

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 21 mars 2014

Présidence de Mme BRÉLAZ BRAILLARD
Juges : M. Neu et Mme Dessaux
Greffier : Mme Berseth Béboux

* * * * *

Cause pendante entre :

M._____, à Lausanne, recourant, représenté par DAS Protection Juridique
SA, à Etoy,

et

I._____, à Lausanne, intimée.

Art. 23 al. 1 LACI, 40b OACI

E n f a i t :

A. **a)** M. _____ (ci-après : l'assuré ou le recourant), né en [...], a été employé en qualité de chauffeur à 100% par la société R. _____ Sàrl, à [...], du 1^{er} septembre 2007 au 31 décembre 2011.

Victime d'un accident le 28 octobre 2008, il a bénéficié d'une prise en charge de la SUVA. Cette assurance lui a tout d'abord versé des indemnités journalières jusqu'au 31 mars 2012. Puis, par décision du 27 avril 2012, elle lui a reconnu une capacité de travail de 80% dans une activité adaptée à son état de santé et lui a accordé une rente d'invalidité dès le 1^{er} avril 2012. Calculée sur la base d'une incapacité de gain de 35% et d'un gain assuré de 60'434 fr., la rente d'invalidité octroyée s'élevait mensuellement à 1'411 francs.

M. _____ a sollicité l'octroi d'indemnités de chômage dès le 1^{er} avril 2012 auprès d'I. _____ (ci-après : I. _____ ou la caisse). Il a été mis au bénéfice d'un délai-cadre d'indemnisation couvrant la période du 2 avril 2012 au 1^{er} avril 2014.

Par courrier du 25 septembre 2012 à I. _____ et agissant pour le compte de M. _____, DAS Protection Juridique SA a demandé à la caisse de rendre une décision formelle arrêtant le mode de calcul de l'indemnité journalière de chômage, afin qu'elle soit en mesure de contester les décomptes d'indemnisation du 3 juillet 2012 concernant les mois d'avril, mai et juin 2012.

Par décision du 27 septembre 2012, I. _____ a fixé le montant du gain assuré à 2'730 fr. dès le 2 avril 2012, équivalant à une indemnité journalière de 100 fr. 65, compte tenu d'un taux d'indemnisation de 80%. A l'appui de sa décision, la caisse expliquait s'être basée sur le dernier salaire perçu par l'assuré avant son accident, soit 4'200 fr., ce gain devant toutefois être ramené à 2'730 fr. (65% de

4'200 fr.), compte tenu de la rente d'invalidité de 35% versée par la SUVA dès le 1^{er} avril 2012.

Par acte du 22 octobre 2012, l'assuré s'est opposé à cette décision. Il a contesté le calcul opéré par I._____ et, arguant du fait que la Circulaire IC du SECO invoquée par la caisse se référait à la capacité résiduelle de travail, il a soutenu qu'il convenait de ne ramener le gain réalisé avant accident qu'à concurrence du taux de sa capacité de travail de 80%, c'est-à-dire à 3'360 francs.

I._____ a rejeté l'opposition par décision sur opposition du 15 janvier 2013. Se fondant sur l'art. 40b OACI, elle a confirmé sa première décision.

B. Par acte du 11 février 2013, représenté par sa mandataire, M._____ a recouru auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal à l'encontre de la décision précitée, dont il demande la réforme. Il fait valoir que c'est à tort qu'I._____ a calculé son gain assuré en tenant compte de sa capacité de gain de 65%, alors que les directives du SECO précisent que la protection de l'assurance-chômage porte uniquement sur la capacité de travail résiduelle. Il relève en substance que la caisse de chômage elle-même se réfère à la notion de capacité de travail dans la décision attaquée, et non à la capacité de gain, mais qu'elle applique toutefois le taux de 65%, qui correspond à la capacité de gain. Invoquant la capacité résiduelle de travail de 80% reconnue par la SUVA, il soutient qu'I._____ aurait dû retenir un gain assuré de 3'360 fr., correspondant au 80% de 4'200 francs.

Invitée à se déterminer, I._____ a repris les arguments développés dans la décision attaquée et a conclu au rejet du recours. L'assuré n'a pas fait valoir d'autres déterminations.

E n d r o i t :

1. a) Les dispositions de la LPGA (loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales; RS 830.1) s'appliquent aux contestations relevant de la LACI (art. 1 al.1 LACI [loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité; RS 837.0]). Les décisions sur opposition et celles contre lesquelles la voie de l'opposition n'est pas ouverte sont sujettes à recours (art. 56 al. 1 LPGA) auprès du tribunal des assurances compétent, à savoir celui du lieu où l'assuré se soumet au contrôle obligatoire lorsque la cause concerne l'indemnité de chômage (art. 100 al. 3 LACI, 128 al. 1 OACI [ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.02] et 119 al. 1 let. a OACI). Le recours doit être déposé dans les trente jours suivant la notification de la décision sujette à recours (art. 60 al. 1 LPGA).

Dans le cas présent, le recours a été formé en temps utile et dans le respect des formalités prévues par la loi (art. 61 let. b LPGA notamment), de sorte qu'il est recevable.

b) La LPA-VD (loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative; RSV 173.36) s'applique aux recours et contestations par voie d'action dans le domaine des assurances sociales (art. 2 al. 1 let. c LPA-VD). La Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal est compétente pour statuer (art. 93 al. 1 let. a LPA-VD). La valeur litigieuse étant vraisemblablement supérieure à 30'000 fr., la Cour statue à trois juges (art. 94 al. 1 et 4 LPA-VD).

2. a) En tant qu'autorité de recours contre des décisions prises par des assureurs sociaux, le juge des assurances sociales ne peut, en principe, entrer en matière – et le recourant présenter ses griefs – que sur les points tranchés par cette décision; de surcroît, dans le cadre de l'objet du litige, le juge ne vérifie pas la validité de la décision attaquée dans son ensemble, mais se borne à examiner les aspects de cette décision que le recourant a critiqués, exception faite lorsque les points non critiqués ont des liens étroits avec la question litigieuse (cf. ATF 125 V 413 consid. 2c p. 417; ATF 110 V 48 consid. 4a; RCC 1985 p. 53).

b) En l'occurrence, la question litigieuse est celle de savoir quel est le montant du gain assuré permettant le calcul de l'indemnité de chômage due au recourant dès l'ouverture de son délai-cadre d'indemnisation. Il s'agit plus particulièrement de déterminer, dans le cas d'un assuré dont la capacité de travail est durablement réduite, si le gain assuré doit être réduit en proportion de l'incapacité de gain de 35%, ou au contraire de l'incapacité de travail de 20%, telles que reconnues par la SUVA.

3. a) A teneur de l'art 23 al. 1, 1^{ère} phrase LACI, est réputé gain assuré le salaire déterminant au sens de la législation sur l'AVS qui est obtenu normalement au cours d'un ou de plusieurs rapports de travail durant une période de référence, y compris les allocations régulièrement versées et convenues contractuellement, dans la mesure où elles ne sont pas des indemnités pour inconvénients liés à l'exécution du travail.

L'art. 37 OACI précise que le gain assuré est calculé sur le salaire moyen des six derniers mois de cotisation (art. 11) qui précèdent le délai-cadre d'indemnisation (al. 1). Pour les périodes qui, selon l'art. 13 al. 2 let. b à d LACI (notamment les périodes sous rapport de travail, mais sans droit au salaire en raison de maladie ou accident), sont prises en compte comme périodes de cotisation, est déterminant le salaire que l'assuré aurait normalement obtenu (art. 39 OACI).

Est déterminant pour le calcul du gain assuré des personnes qui, en raison de leur santé, subissent une atteinte dans leur capacité de travail (Erwerbfähigkeit, capacità lucrativa) durant le chômage ou immédiatement avant, le gain qu'elles pourraient obtenir, compte tenu de leur capacité effective de gagner leur vie (art. 40b OACI).

b) Dans un arrêt de principe du 9 juin 2006, le Tribunal fédéral a indiqué que la ratio legis de l'art. 40b OACI était d'assurer une coordination avec l'assurance-invalidité par une correction du gain assuré, dans le but d'empêcher une surindemnisation résultant de la coexistence

d'une rente d'invalidité et d'indemnités de chômage (ATF 132 V 357, consid. 3.2.3). Pour le calcul du gain assuré selon l'art. 40b OACI, le Tribunal fédéral a précisé que, conformément à la pratique administrative et à la jurisprudence constante, le salaire déterminant était celui que l'assuré avait réalisé pendant une période déterminée avant d'être touché dans sa capacité de gain en raison d'une atteinte à la santé. Indiquant que cette notion du gain assuré était parfaitement conforme à la lettre de l'art. 23 al. 1 LACI, il a retenu que ce revenu devait ensuite être multiplié par le facteur résultant de la différence entre 100 % et le degré d'invalidité (ATF 132 V 357 op. cit., consid. 3.2.4.2). Dans cet arrêt, la Haute Cour a en définitive confirmé le contenu, et par là-même la légalité, de la Circulaire du SECO 2003 sur l'indemnité de chômage en vigueur à l'époque et dont la teneur a été reprise, sans changements notables s'agissant de la partie sur le gain assuré des handicapés, dans la Circulaire du SECO 2007. Ultérieurement, le Tribunal fédéral a élargi la ratio legis de l'art. 40b OACI en considérant qu'il s'agissait également de délimiter la compétence de l'assurance-chômage par rapport à d'autres assureurs, en fonction de la capacité de gain de la personne assurée pendant la période de chômage. Il a indiqué qu'il convenait de veiller à ce que les prestations de l'assurance-chômage se mesurent en fonction de la capacité de travail réduite de la personne assurée pendant la période de chômage, et que compte tenu du taux d'invalidité reconnu, cette capacité n'était plus entière, mais réduite. Dans cette optique, une correction du gain assuré au sens de la disposition réglementaire devait en principe également avoir lieu lorsque l'invalidité n'ouvrait pas le droit à une rente (ATF 133 V 524, consid. 5.2 et 5.3). Enfin, la Haute Cour a considéré qu'une atteinte a lieu « immédiatement avant » le chômage lorsque la diminution de la capacité de gain n'a pas (encore) eu d'effet sur le salaire déterminant pour le calcul du gain assuré selon l'art. 23 al. 1 LACI, en liaison avec l'art. 37 OACI (ATF 133 V 530, consid. 4.1.2).

Le Tribunal administratif fédéral a confirmé que dès qu'un taux d'invalidité était constaté, il en résultait obligatoirement une incidence sur le montant de l'indemnisation octroyée par l'assurance-chômage. Il a conclu que seul le taux d'invalidité reconnu s'avérait décisif pour le calcul

du gain assuré et de l'indemnité journalière à allouer à l'assuré, précisant que la Circulaire du SECO sur l'indemnité de chômage ne prêtait à aucune interprétation sur ce point. Le fait que l'assuré puisse effectuer une activité « en plein » ou qu'il recherche un emploi à 100 % ne voulait pas encore dire qu'il puisse réaliser un revenu égal à ce qui était le cas avant son accident. En effet, par capacité de travail (être en mesure de travailler), on entend la capacité physique et mentale ainsi que la disponibilité quant au temps et au lieu (ch. B222 de la Circulaire du SECO 2007 sur l'indemnité de chômage). Le fait pour l'assuré de ne pas pouvoir exercer certains travaux induit une telle capacité de travail réduite qui se répercute sur sa capacité de gain. Constatant que le recourant concerné par la cause s'était vu reconnaître par la SUVA un taux d'invalidité de 36%, la Haute Cour en a conclu qu'il convenait de réduire dans la même mesure le montant de son gain assuré (TAF B-7970/2009, arrêt du 17 juin 2010, consid. 7.2).

c) La Circulaire IC 2007 du SECO citée par la caisse de chômage dans sa décision initiale et par le recourant a été entre temps remplacée par le Bulletin LACI IC. Ledit bulletin a toutefois rigoureusement repris le libellé du chiffre C26 cité par les parties : le gain assuré des personnes dont la capacité de travail est durablement réduite pour raison de santé est fixé en fonction du salaire qu'elles pourraient obtenir, compte tenu de leur capacité de gain résiduelle. Sont visées ici les personnes reconnues invalides par une autre institution d'assurance sociale. La protection d'assurance de l'assurance-chômage porte uniquement sur la capacité de travail résiduelle. La caisse se fondera donc sur le salaire que touchait l'assuré avant de voir sa capacité de travail réduite (salaire avant l'invalidité) et non sur le revenu hypothétique, établi par l'AI, que l'assuré pourrait encore réaliser compte tenu de son invalidité.

Exemple

Salaire avant l'invalidité CHF 4000 Décision de l'AI/AA :	Calcul de l'AC :
Taux d'invalidité 40 %	Capacité de travail 60 %
Rente CHF 1000	Gain assuré CHF 2400

Les chiffres B256 à B256 f du Bulletin LACI IC ont remanié l'ancien chiffre B256 de la Circulaire IC 2007 du SECO. Ils reprennent l'essentiel des règles fixées par la jurisprudence citée au considérant 3a ci-dessus et précisent notamment que par « capacité de travail réduite » on entend l'invalidité constatée par l'office AI (chiffre B 256a in fine).

d) L'art. 40b OACI prescrit de tenir compte non de la capacité résiduelle de travail qui peut figurer par exemple sur un certificat médical, mais de la capacité résiduelle de gain fixée par l'AI (Boris Rubin, Assurance-Chômage, 2^{ème} édition mise à jour et complétée, Schulthess 2006, p. 318 ; DTA 1991 p. 92).

4. a) En l'espèce, se fondant sur l'art. 40b OACI et le Bulletin LACI IC du SECO, la caisse a fixé le gain assuré du recourant en tenant compte de l'incapacité de gain de 35% reconnue par la SUVA. Partant d'un salaire déterminant de 4'200 fr., la caisse a procédé à une réduction de 35% et arrêté le gain assuré déterminant à 2'730 fr. (65% de 4'200 fr.).

Le recourant ne conteste pas le montant de 4'200 fr. pris en considération comme salaire de référence. Il remet toutefois en question le taux de la réduction opérée par la caisse, arguant du fait que la capacité de travail fixée par la SUVA dans sa décision du 27 avril 2012 est de 80%. Il soutient que c'est ce taux qui devrait servir de base au calcul du gain assuré, et non la capacité de gain de 65% reconnue par la SUVA. A l'appui de sa contestation, il se réfère au libellé d'une phrase du chiffre C26 de la Circulaire IC 2007 du SECO, qui stipulait que « la protection d'assurance de l'assurance-chômage porte uniquement sur la **capacité de travail résiduelle** », relevant que la caisse elle-même utilise cette terminologie dans la décision contestée. Soutenant que l'assurance-chômage indemnise une incapacité de travail alors que la SUVA indemnise une incapacité de gain, il conclut à la fixation du gain assuré déterminant au 80% de 4'200 fr., soit 3'360 fr., limitant ainsi la réduction à 20% au lieu des 35% appliqués par la caisse.

Cette argumentation ne saurait toutefois être suivie. L'art. 40b OACI prévoit qu'est déterminant pour le calcul du gain assuré des personnes qui, en raison de leur santé, subissent une atteinte dans leur capacité de travail durant le chômage ou immédiatement avant, le gain qu'elles pourraient obtenir, compte tenu de leur capacité effective de gagner leur vie. Il ressort clairement de cette disposition que l'adaptation, ou plus précisément la réduction, se fait en fonction du gain que l'assuré se trouve encore en mesure de percevoir, compte tenu de ses atteintes à la santé. Bien que la norme fasse référence à une atteinte à la capacité de travail, elle prévoit la fixation du gain assuré en fonction de la « capacité effective de gagner sa vie ».

La phrase tirée par le recourant de la Circulaire IC 2007 du SECO fait partie du chiffre C26, qui précise les modalités d'application de l'art. 40b OACI, notamment au moyen d'un exemple. Elle doit toutefois être remise dans son contexte en tenant compte du début du chiffre C26, qui se calque sur la lettre de l'ordonnance et préconise clairement la fixation du gain assuré en fonction du salaire que l'intéressé pourrait obtenir, compte tenu de sa capacité de gain résiduelle (cf. consid. 3c ci-dessus). On notera à ce propos que là où la version française de l'extrait du Bulletin LACI IC cité par le recourant fait état de « capacité de travail », les versions allemande et italienne mentionnent «Erwerbsfähigkeit (Validitätsgrad) » ainsi que « perdita di guadagno » et « capacità lucrativa rimanente », termes qui renvoient clairement à la notion de capacité de gain. Cette différence de terminologie découle du libellé même de l'art. 40b OACI, comme relevé au considérant 3a ci-dessus. Le chiffre B256a du Bulletin LACI IC précise à ce propos que par « capacité de travail réduite », on entend l'invalidité constatée par l'office AI. Certes, le SECO a introduit cette précision en octobre 2012, mais il n'a fait qu'entériner les principes reconnus antérieurement par le Tribunal fédéral.

Les directives précitées sont bien conformes au but poursuivi par l'art. 40b OACI, qui vise à ne permettre une indemnisation par l'assurance-chômage qu'en fonction du (nouveau) gain que l'assuré est réellement en mesure de réaliser, compte tenu de son atteinte à la santé.

Ainsi, lorsqu'un autre assureur social reconnaît un assuré invalide, c'est parce qu'en raison d'atteintes à sa santé, il n'est plus en mesure de gagner un salaire correspondant à celui qu'il percevait avant l'invalidité, même en mettant à contribution toute sa capacité de travail résiduelle. C'est dire que même en situation de plein emploi, s'il trouvait un travail correspondant à son état de santé, il ne pourrait plus prétendre au salaire qu'il percevait avant l'invalidité, mais seulement à un salaire réduit à concurrence du taux d'invalidité qui lui est reconnu. Considérant qu'à teneur de l'art. 1a al. 1 lettre a LACI, l'assurance-chômage vise à garantir une compensation convenable du seul manque à gagner causé par le chômage, ce n'est dès lors que sur la base de ce gain effectivement réalisable que les prestations de l'assurance doivent être calculées. Un manque à gagner dû à une autre cause ne peut valablement être mis à la charge de l'assurance-chômage.

b) En l'occurrence, à teneur de la décision rendue par la SUVA le 27 avril 2012, M. _____ est à même d'exercer une activité dans différents secteurs de l'industrie, à la condition qu'il ne doive pas porter des charges supérieures à 15 kg et qu'il puisse travailler en position alternée assise/debout. Une telle activité, exigible à raison de 80%, lui permettrait de réaliser un salaire inférieur de 35% à celui réalisable sans accident. Cette perte de gain de 35%, équivalant au taux d'invalidité reconnu, lui a donné droit à une rente d'invalidité de 1'411 fr. par mois. Il a dès lors subi une atteinte dans sa capacité de gain immédiatement avant le chômage au sens de l'art. 40b OACI, dès lors que celle-ci ne se reflète pas (encore) dans le salaire qui sert de base pour le calcul de son gain assuré. Ainsi, en application de l'art. 40b OACI, de la jurisprudence citée sous considérant 3b ci-dessus, des directives du SECO (cf. consid. 3c) et de la doctrine (cf. consid. 3d), c'est sur la base du facteur de 65%, résultant de la différence entre 100% et le degré d'invalidité de 35% (100% - 35%), que le gain assuré doit être adapté. Seul le taux d'invalidité est décisif pour le calcul du gain assuré, et non la capacité de travail résiduelle. Contrairement à ce que soutient le recourant, le taux de 80% retenu par la SUVA ne peut pas être pris en considération, car il correspond à la disponibilité quant au temps de travail exigible de

l'assuré, et non à sa capacité de gain. C'est dès lors à juste titre que la caisse de chômage a réduit le gain assuré de 35%, pour tenir compte de la capacité de gain résiduelle du recourant de 65%. Cette manière de procéder au calcul du gain assuré a été maintes fois confirmée par la jurisprudence.

On relèvera enfin par surabondance que la solution préconisée par le recourant reviendrait à le mettre au bénéfice d'une indemnisation moyenne de l'assurance-chômage de l'ordre de 2'688 francs. En cumulant ce montant aux 1'411 fr. versés au titre de rente d'invalidité de la SUVA, il percevrait un revenu total mensuel d'environ 4'099 fr., dépassant les indemnités de chômage auxquelles il aurait droit s'il n'était pas atteint dans sa santé (environ 3'360 fr.).

Ainsi, l'assuré ayant vu sa capacité de gain diminuée de 35%, c'est à juste titre que la caisse a procédé à une réduction de son gain assuré dans la même proportion et a arrêté celui-ci à 2'730 francs. Le recours s'avère ainsi mal fondé.

5. Il s'ensuit que le recours doit être rejeté et la décision entreprise confirmée.

6. Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires, la procédure étant gratuite (art. 61 let. a LPGA) ni d'allouer de dépens dès lors que le recourant n'obtient pas gain de cause (art. 61 let. g LPGA).

**Par ces motifs,
la Cour des assurances sociales
p r o n o n c e :**

I. Le recours est rejeté.

II. La décision sur opposition du 15 janvier 2013 rendue par
I. _____ Caisse de chômage est confirmée.

III. Il n'est pas perçu de frais ni alloué de dépens.

La présidente :

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à :

- DAS Protection juridique SA (pour M. _____)
- I. _____ Caisse de chômage
- Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO)

par l'envoi de photocopies.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière de droit public devant le Tribunal fédéral au sens des art. 82 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral ; RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne) dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

La greffière :