

S1 13 76

**JUGEMENT DU 8 JUILLET 2013**

**Tribunal cantonal du Valais  
Cour des assurances sociales**

Composition : Eve-Marie Dayer-Schmid, présidente ; Jean-Bernard Fournier et Jean-Pierre Zufferey, juges ; Garance Klay, greffière

**en la cause**

X\_\_\_\_\_, recourant

**contre**

**CAISSE CANTONALE DE CHÔMAGE**, intimée

(LACI ; aptitude au placement, gain assuré)

## Faits

**A.** X\_\_\_\_\_, né le xxx 1987, a présenté une incapacité de travail totale depuis le 10 mai 2010. Le 15 novembre 2010, il a déposé une demande de prestations auprès de l'Office cantonal AI du Valais (OAI).

X\_\_\_\_\_ a bénéficié d'une mesure de réinsertion professionnelle à charge de l'assurance-invalidité, mesure assortie d'indemnités journalières de l'AI du 3 octobre au 31 décembre 2011, du 2 février au 31 juillet 2012, du 27 août au 30 septembre 2012 et du 2 octobre au 16 décembre 2012. Durant cette période, il a touché des indemnités journalières de 136 fr./jour fixées sur la base d'un revenu déterminant de 61'876 fr. 70.

**B.** Au terme de cette mesure, X\_\_\_\_\_ a requis des prestations de l'assurance-chômage dès le 20 décembre 2012, indiquant dans sa demande qu'il était disposé et en mesure de prendre un emploi à plein temps. Son gain assuré a été fixé à 4'121 fr. pour une disponibilité entière ; la caisse s'est basée sur les indemnités journalières versées par l'AI durant la période des six mois la plus favorable à l'assuré ; cette indemnité n'a pas été contestée.

Le 13 février 2013, l'Office cantonal AI du Valais (OAI) a adressé un projet d'acceptation de rente à X\_\_\_\_\_. L'OAI a considéré que l'incapacité de travail avait été totale dans toute activité depuis le 10 mai 2010 ; par contre, au terme de sa réadaptation professionnelle, soit dès le 17 décembre 2012, l'assuré était apte à œuvrer en tant qu'aide paysagiste ou aide jardinier à 50%. Il résultait de la comparaison de son revenu hypothétique dans son ancienne activité et de son revenu d'invalidé dans une nouvelle activité adaptée à 50% un taux d'invalidité de 71%, ce qui donnait le droit à une rente entière.

La caisse de chômage ayant adressé à son assuré une demande de restitution faisant mention d'un gain assuré de 1'195 fr., X\_\_\_\_\_ s'est étonné que son gain assuré ait été réduit dans une mesure correspondant à son taux d'invalidité de 71% alors que sa capacité de travail résiduelle était de 50%, taux équivalant également à son degré d'activité lors des stages mis en place par l'AI (courrier du 26 février 2013).

La caisse de chômage a, par décision du 7 mars 2013, confirmé qu'elle ramenait le gain assuré de X\_\_\_\_\_ à 1'195 fr., montant correspondant à une aptitude au placement de 29% dès le 1<sup>er</sup> décembre 2012.

Le 24 mars suivant, X\_\_\_\_\_ s'est opposé à cette décision. Il estimait que son gain assuré était de 2'060 fr. 50 vu sa capacité de travail résiduelle de 50%.

Par décision du 3 avril 2013, la caisse a exposé que, compte tenu du taux d'invalidité de 71%, il convenait de fixer sa capacité résiduelle de gain à 29% et non à 50%. Elle a par ailleurs ajouté qu'une révision procédurale se justifiait dès le 1<sup>er</sup> décembre 2012 afin de corriger rétroactivement le montant des indemnités fixées erronément sur une

pleine capacité de gain. La décision du 7 mars 2013 a dès lors été confirmée s'agissant du gain assuré. Une décision de compensation du montant versé en trop par la caisse de chômage avec les prestations rétroactives versées par l'OAI a été rendue le 22 avril 2013.

**C.** X\_\_\_\_\_ a interjeté recours céans en date du 29 avril 2013 à l'encontre de la décision du 3 avril 2013. En substance, il a contesté le fait que l'assurance-chômage ne lui ait pas reconnu une aptitude au placement, et en particulier un taux d'indemnisation de 50%, étant rappelé que la capacité de travail résiduelle reconnue par l'AI était de 50%.

Le 16 mai 2013, la caisse de chômage a renoncé à exercer son droit de réponse et a renvoyé à sa décision sur opposition du 3 avril 2013. L'échange d'écritures a dès lors été clos le 21 mai suivant.

### **Considérant en droit**

**1.1** Selon l'article 1 alinéa 1 de la loi du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (LACI), les dispositions de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA) s'appliquent à l'assurance-chômage obligatoire et à l'indemnité en cas d'insolvabilité, à moins que la LACI ne déroge expressément à la LPGA.

Les articles 56ss LPGA, en particulier l'article 57 LPGA, disposent que chaque canton doit instituer un tribunal des assurances, qui statue en instance unique sur les recours dans le domaine des assurances sociales (Meyer-Blaser, La LPGA - les règles de procédure judiciaires, in La partie générale du droit des assurances sociales, Lausanne 2003, p. 27; dans le même ouvrage: Bettina Kahil-Wolff, Présentation générale de la LPGA, p. 18). Selon l'article 82 alinéa 2 LPGA, les cantons devaient adapter leur législation à cette loi dans un délai de cinq ans à partir de l'entrée en vigueur de la LPGA (1<sup>er</sup> janvier 2003) (art. 82 al. 2 LPGA). En conformité de l'article 81bis de la loi cantonale sur la procédure et la juridiction administratives (LPJA), depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2008, la Cour des assurances du Tribunal cantonal est ainsi compétente pour connaître des recours formés contre les décisions des organes de l'assurance-chômage (art. 7 al. 2 de la loi sur l'organisation de la Justice, LOJ).

**1.2** Posté le 29 avril 2013, le présent recours a été interjeté dans le délai légal de trente jours (art. 60 LPGA). Il répond par ailleurs aux autres conditions formelles de recevabilité (art. 61 let. b LPGA), de sorte que la Cour doit entrer en matière.

**2.** Le présent litige porte sur le montant du gain assuré du recourant, étant relevé que le principe d'une révision procédurale tenant compte rétroactivement du versement d'une rente AI n'est pas contesté en tant que tel.

**2.1** Selon l'article 23 alinéa 1 1<sup>ère</sup> 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.

Ordinairement, selon l'article 37 alinéas 1 et 2 OACI, le gain assuré est calculé sur la base du salaire moyen des six derniers mois de cotisation (art. 11) qui précèdent le délai-cadre d'indemnisation. Il est déterminé sur la base du salaire moyen des douze derniers mois de cotisation précédant le délai-cadre d'indemnisation si ce salaire est plus élevé que le salaire moyen visé à l'al. 1.

Lorsqu'un chômeur présente un handicap mais qu'il conserve une certaine capacité de gain, il lui est loisible de s'annoncer aux deux assurances (AI et AC). Le système légal distingue l'aptitude au placement des chômeurs invalides (art. 15 al. 2 LACI) de celle des chômeurs qui se sont annoncés en vue d'obtenir une rente AI (art. 15 al. 3 OACI; Boris Rubin, Assurance-chômage, Droit fédéral, Survol des mesures cantonales, Procédure, 2<sup>ème</sup> éd. mise à jour et complétée, ch. 3.9.8.15.3, p. 246).

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 (art. 40 let. b OACI). Cet article veut éviter que la personne invalide soit rémunérée sur la base d'un gain qu'elle ne peut plus toucher en raison de sa capacité de travail réduite. C'est le cas des personnes pour lesquelles une autre assurance sociale (par exemple l'AI) a constaté une invalidité. La couverture de l'assurance chômage se limite à couvrir la capacité de travail restante (taux de validité). Ce principe s'applique aussi lorsque le taux d'invalidité constaté ne débouche sur aucun droit à une rente.

Pour fixer le gain assuré, 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. Il faut rappeler que l'AI couvre en partie les conséquences de l'invalidité, soit une impossibilité de travailler due à une atteinte durable à la santé. L'AI se limite donc à couvrir la perte de capacité de gain, non la seule perte de gain. L'assurance-chômage répond quant à elle des conséquences de l'impossibilité de tirer parti de la capacité de gain résiduelle pour des raisons tenant à la conjoncture et à l'état du marché du travail. Les deux assurances sociales couvrent donc des risques différents pour lesquels il ne se justifie pas d'instituer un concours de prestations (cf. Rubin, op.cit., p. 318s. et les réf. citées).

Pour les assurés qui subissent, durant le chômage ou immédiatement avant, une atteinte à la santé diminuant leur capacité de travail, le gain assuré doit ainsi être corrigé après coup vers le bas à hauteur de la capacité de gain qui leur reste. Les montants versés en trop devront leur être réclamés en retour ou imputés sur les prestations de l'autre assurance sociale. Si l'AI établit un taux AI de 58 %, la caisse partira, dans le calcul du montant de la demande de remboursement, d'une capacité

de gain résiduelle de 42 % et donc d'une réduction correspondante du montant de l'indemnité journalière calculé au départ sur la base du gain assuré déterminant.

Comme l'a exprimé l'intimée, le SECO a également mentionné dans son Bulletin LACI IC (chiffre C26), que 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.

Le SECO fournit l'exemple suivant :

Salaire avant l'invalidité 4'000 francs	Calcul de l'AC:
Décision de l'AI/AA: Taux d'invalidité 40%	Capacité de travail 60%
	-----
Rente 1'000 francs	Gain assuré 2'400 francs

Le Tribunal fédéral a exprimé qu'est déterminant le salaire effectivement réalisé durant une certaine période avant la diminution de la capacité de gain en raison d'une atteinte à la santé. Cette valeur doit être multipliée par le facteur qui résulte de la différence entre 100 % et le degré d'invalidité. Au regard de la pratique administrative et judiciaire depuis de longues années, le revenu (hypothétique) d'invalidité n'est pas pertinent dans ce contexte (ATF 132 V 357, consid. 3.2).

Le gain assuré est recalculé à partir du mois où l'assuré a droit à une rente. Si ce droit débute dans le courant du mois, le recalcul du gain assuré n'intervient qu'au début du mois suivant. Le SECO fournit l'exemple suivant : par décision du 30 juillet 2012, l'assurance-invalidité reconnaît rétroactivement à l'assuré un taux d'invalidité de 80% qui lui ouvre droit à une rente depuis le 15 juillet 2011. La caisse réduit le gain assuré à hauteur de la capacité de gain restante de 20% avec effet au 1<sup>er</sup> août 2011. Elle demande également à l'AI la restitution par voie de compensation (art. 94 LACI). La caisse ne doit pas attendre, pour corriger le gain assuré, que la décision de l'AI soit entrée en force.

**2.2** En l'occurrence, avant d'avoir connaissance du fait que l'assuré avait été mis au bénéfice d'une rente d'invalidité, la caisse intimée a fixé le montant de ses indemnités sur la base des revenus perçus durant la période de six derniers mois la plus favorable à l'assuré. Dans ce cadre, il a été tenu compte du montant de la grande indemnité journalière versée par l'AI ; or, il sied de rappeler que le montant de la grande indemnité journalière est lui-même déterminé sur la base du revenu obtenu par la personne assurée avant la survenance de l'atteinte à la santé. Le calcul des

indemnités versées par la caisse de chômage tenait alors compte d'une pleine capacité de travail.

Comme indiqué, un nouveau calcul était nécessaire à partir de la reconnaissance de l'invalidité de l'assuré. Or, dans ce cadre, la caisse intimée a procédé conformément aux réquisits rappelés ci-dessus, soit en appliquant une réduction correspondant au taux d'invalidité - lequel équivaut à la perte de la capacité de gain - du montant de l'indemnité journalière calculé au départ sur la base du gain assuré déterminant. C'est ainsi que le montant initial non contesté de l'indemnité de chômage, par 4'121 fr., a été réduit de 71%, ce qui donnait une indemnité journalière de 1'195 fr. Cette dernière indemnité tient en effet compte du gain que l'intéressé invalide est censé pouvoir obtenir compte tenu de sa capacité effective de gagner sa vie (art. 40 let. b OACI), soit d'une capacité résiduelle de gain (« degré de validité ») de 29%, étant rappelé que le législateur a voulu éviter que la personne invalide soit rémunérée sur la base d'un gain qu'elle ne peut plus toucher en raison de sa capacité de travail réduite.

Au vu de ces éléments, le calcul de la caisse apparaît dès lors correct.

**3.** Il ressort de ce qui précède que les griefs du recourant ne peuvent être retenus et que le recours doit être rejeté, la décision sur opposition de la caisse cantonale de chômage étant confirmée.

**4.** Il n'est pas perçu de frais (art. 61 let. a LPGA).

Par ces motifs,

### **Prononce**

1. Le recours est rejeté.
2. Il n'est pas perçu de frais.

Sion, le 8 juillet 2013