RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1346/2022 **ATAS/940/2022**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 26 octobre 2022

4ème Chambre

En la cause

Monsieur A_____, domicilié _____, ONEX, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître François MEMBREZ	recourant

contre

CAISSE CANTONALE DE CHÔMAGE, sise rue de Montbrillant 40, GENÈVE	intimée

Siégeant : Catherine TAPPONNIER, Présidente; Dana DORDEA et Christine LUZZATTO, Juges assesseures

EN FAIT

A. **a.** Monsieur A_____ (ci-après : l'assuré ou le recourant), né en _____ 1963, s'est annoncé le 22 juin 2021 à l'office cantonal de l'emploi (ci-après : l'OCE) en indiquant vouloir retrouver un emploi à plein temps dès le 1er juillet 2021.

b. Le 5 juillet 2021, l'assuré a déposé une demande d'indemnités de chômage auprès de la caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après : la caisse ou l'intimée) et produit divers justificatifs, dont il ressortait notamment les éléments suivants :

- sa dernière employeuse était PostFinance SA (ci-après : l'ex-employeuse), pour le compte de laquelle il avait travaillé à plein temps du 1er décembre 2015 au 30 juin 2017 et laquelle avait résilié les rapports de travail et établi une convention de départ, signée le 6 mars 2017 par l'assuré, pour le 30 juin 2017 (cf. contrat de travail du 27 novembre 2015 et annexes ; lettre de résiliation du 12 janvier 2017 ; convention de départ du 6 mars 2017) ;
- l'assuré expliquait ne pas avoir été partie à un rapport de travail du 12 novembre 2018 au 30 juin 2021 (cf. lettre de l'assuré du 3 juillet 2021) ;
- le 24 avril 2017, il avait déposé une demande de prestation auprès de l'office cantonal de l'assurance-invalidité (ci-après : l'OAI) et avait suivi des mesures médicales du 12 novembre 2018 au 11 août 2019 et des mesures d'ordre professionnel (un reclassement sous la forme d'un réentrainement au travail dans la même profession) du 12 août 2019 au 30 avril 2020, du 15 juin au 18 octobre 2020 et du 1er au 30 juin 2021 (cf. diverses communications du 13 novembre 2018, 26 février, 3 juin et 19 août 2019, 22 janvier et 21 juillet 2020 et 4 mai 2021 de l'OAI) ;
- durant ces mesures, il avait perçu des indemnités journalières d'assurance-invalidité (ci-après : AI) du 12 novembre 2018 au 31 mai 2021, fixées à CHF 252.- par jour jusqu'au 11 novembre 2020, puis à CHF 260.80 par jour (cf. décisions et décomptes d'indemnités journalières du 12 décembre 2018, 1er mars, 5 juin et 20 août 2019, 28 janvier, 23 juillet et 17 septembre 2020 et 31 mai et 28 juin 2021) ;
- il avait deux filles, nées le _____ 1996, respectivement le _____ 1998, toutes deux étudiantes à l'université, envers lesquelles il avait une obligation d'entretien (cf. formulaire d'obligation d'entretien envers des enfants du 2 juillet 2021 ; jugement de divorce du 26 janvier 2006 ; attestations d'inscription à l'université des semestres d'automne 2020 et de printemps 2021).

c. Sur demande de la caisse, l'assuré a complété sa demande le 5 août 2021, en lui transmettant en particuliers un certificat médical du 3 août 2021 du docteur B_____, médecin interne FMH, attestant d'une pleine aptitude au travail dès le

1er avril 2021, ainsi que la décision du 31 mai 2021 et le récapitulatif du 6 juillet 2021 relatifs aux indemnités journalières AI.

d. Par courriel du 24 août 2021, la caisse a informé l'assuré que son délai-cadre d'indemnisation s'étendait du 1er juillet 2021 au 30 juin 2023, qu'elle avait fixé son gain assuré à CHF 7'867.- et son taux d'indemnisation à 80%. L'indemnité journalière brute de chômage, versée cinq jours par semaine, s'élevait à CHF 290.05 (gain assuré / 21,7 x taux d'indemnisation). Il avait un délai d'attente de cinq jours et le nombre maximum d'indemnités journalières était de 520 dans la limite du délai-cadre.

e. Le 30 août 2021, la caisse a expliqué à l'assuré, par courriel, qu'elle avait calculé son gain assuré sur la base des indemnités journalières de l'AI qu'il avait perçues durant le délai-cadre de cotisation. Ces indemnités journalières étaient soumises aux cotisations sociales raison pour laquelle elles servaient de base de salaire, étant précisé que le salaire perçu avant le délai cadre de cotisation, soit avant le 1er juillet 2019, ne pouvait pas être pris en compte. La caisse avait ainsi calculé la moyenne des douze derniers mois ainsi que celle des six derniers mois et avait choisi la plus favorable à l'assuré en tant que gain assuré. S'il souhaitait une décision juridique, l'assuré avait droit de s'opposer par écrit, dans les 90 jours, après avoir reçu son décompte de juillet 2021.

f. Par décision du 19 novembre 2021, l'OAI a reconnu à l'assuré le droit à une rente d'invalidité entière du 1er novembre 2017 au 28 février 2019, sur la base d'un degré d'invalidité de 100%, puis, à un quart de rente dès le 1er juin 2021 sur la base d'un degré d'invalidité de 47%. Son incapacité de travail était totale dans toute activité dès le 7 décembre 2013 (début du délai d'attente d'un an) et le droit à une rente entière était ouvert dès le 7 décembre 2014 mais sa demande avait été déposée seulement le 2 mai 2017, de sorte que la rente ne pouvait être versée qu'à compter du mois de novembre 2017 (demande tardive). Suite aux mesures professionnelles dont il avait bénéficié et durant lesquelles il avait perçu des indemnités journalières, il avait pu augmenter sa capacité de travail jusqu'à atteindre une pleine capacité de travail dans une activité adaptée à ses limitations fonctionnelles.

g. Par communication du 10 décembre 2021, valant décision, la caisse a informé l'assuré que dans la mesure où il allait prochainement bénéficier rétroactivement d'une rente AI à 100% du 1er novembre 2017 au 28 février 2019, puis à 47% dès le 1er juin 2021, elle avait demandé à la caisse de compensation la somme de CHF 29'786.- en remboursement des indemnités qu'elle lui avait versées.

h. Le 23 décembre 2021, l'assuré a contesté cette décision, en faisant valoir qu'il allait recevoir, non pas une rente AI à 47%, mais seulement un quart de rente, soit CHF 531.-, de sorte que seul ce montant devait être pris en compte par la caisse. Par ailleurs, il expliquait être très inquiet car son conseiller lui avait indiqué que son indemnité journalière de chômage serait calculée sur 53% de son gain assuré,

ce qu'il contestait. Il mentionnait en outre avoir recouru contre la décision de l'OAI, contestant le taux d'invalidité retenu par l'OAI et sollicitant une demi-rente.

i. Par pli du 25 janvier 2022, l'assuré, représenté par un mandataire, a confirmé que son opposition portait sur le calcul de ses indemnités de chômage opéré par la caisse, à savoir en prenant en compte seulement 53% de son gain assuré. Il rappelait qu'il existait certes une perte économique de 53%, selon la décision AI du 19 novembre 2021, mais qu'il était apte au placement à 100% dans une activité adaptée, de sorte qu'il ne pouvait être considéré comme apte au travail seulement à 53%.

B. **a.** Par décision du 7 février 2022, la caisse a confirmé à l'assuré qu'elle avait recalculé le montant du gain assuré, en le fixant à CHF 4'170.- dès le 1er juillet 2021 pour tenir compte de sa capacité de gain restante. L'OAI lui avait octroyé un quart de rente sur la base d'un degré d'invalidité de 47% dès le 1er juin 2021. C'était dans ce contexte qu'elle avait recalculé son gain assuré et demandé le 10 décembre 2021 à la caisse de compensation la restitution des prestations de chômage indues, par compensation avec les arriérés de prestations de l'AI. Le montant demandé en compensation de CHF 29'786.- correspondait à la rente entière AI de CHF 2'087 des mois de novembre 2017 à novembre 2018 (13 x CHF 2'087.- = CHF 27'131.-), plus le quart de rente AI de CHF 531.- des mois de juillet à novembre 2021 (5 x CHF 531.- = CHF 2'655.-). Elle relevait que sa décision du 10 décembre 2021 portait exclusivement sur la compensation et que, suite à l'opposition du 23 décembre 2021 de l'assuré, dont les griefs concernaient en réalité le montant du gain assuré, elle rendait cette nouvelle décision concernant la détermination dudit gain assuré.

b. Le 9 mars 2022, l'assuré a, par l'intermédiaire de son mandataire, contesté cette décision et maintenu son opposition du 23 décembre 2021.

c. Le 11 avril 2022, la caisse a rejeté cette opposition.

C. **a.** Le 29 avril 2022, l'assuré, toujours représenté par son mandataire, a interjeté recours par-devant la chambre des assurances sociales de la Cour de justice (ci-après : la CJCAS ou la chambre de céans) contre cette décision, concluant, sous suite de dépens, à son annulation, à la fixation de son gain assuré à CHF 7'867.- par mois et de son indemnité journalière à CHF 290.05 par jour dès le 1er juillet 2021 et à la condamnation de l'intimée au paiement en sa faveur du solde d'indemnités journalières, plus intérêts à 5% l'an dès le 1er juillet 2023. À titre subsidiaire, il concluait, sous suite de dépens, au renvoi de la cause à l'intimée pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

Il faisait valoir qu'il avait eu un accident vasculaire cérébral (AVC) le 7 décembre 2013, suivi de plusieurs périodes d'incapacité de travail et avait bénéficié dès novembre 2018 de prestations de l'AI (mesures et indemnités journalières). Or, son inscription au chômage était intervenue seulement le 1er juillet 2021, soit sept ans et demi après la survenance de son atteinte à la santé, de sorte que celle-ci

n'avait pas eu lieu immédiatement avant la période de chômage. La capacité de gain avait de surcroit été atteinte bien avant la période de chômage débutée en 2021. Aussi, la condition d'atteinte dans la capacité de gain intervenant immédiatement avant le chômage, pour tenir compte de la capacité de gain effective, n'était pas remplie. Par ailleurs, la décision litigieuse était arbitraire, violait les principes du calcul du gain assuré et d'égalité de traitement. En effet, le calcul opéré par l'intimée correspondait à 53% de 80% de sa dernière rémunération, amoindrie par son état de santé. Il le défavorisait à trois reprises : d'abord, en tenant compte d'un degré d'invalidité de 47%, son gain assuré correspondait à 53% des indemnités journalières qui avaient été versées par l'AI ; ensuite, lesdites indemnités journalières correspondaient à 80% de sa précédente rémunération ; enfin, cette précédente rémunération n'avait pas évolué en raison de ses problèmes de santé et était donc plus faible que ce qu'elle n'aurait été en l'absence d'atteinte à sa santé. L'indemnité journalière telle que calculée par l'intimée correspondait à 33,92% (80% x 53% x 80%) du dernier salaire, lui-même plus faible en raison de son atteinte. Il fallait donc fixer son gain assuré à CHF 7'867.- par mois et son indemnité journalière à CHF 290.05, comme initialement.

À l'appui de son recours, l'assuré a notamment produit : son relevé de durée d'assurance jusqu'en 2013, établi par la caisse de compensation ; des extraits du salarium (calculateur individuel de salaires 2018 selon l'Office fédéral de la statistique) ; son certificat de salaire 2016 et le récapitulatif d'indemnités journalières AI établi par la caisse de compensation.

b. Invitée à se déterminer, l'intimée a conclu le 28 juin 2022 au rejet du recours.

c. Le 22 juillet 2022, le recourant a maintenu ses conclusions.

d. Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1.

1.1 Conformément à l'art. 134 al. 1 let. a ch. 8 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05), la chambre des assurances sociales de la Cour de justice connaît, en instance unique, des contestations prévues à l'art. 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales, du 6 octobre 2000 (LPGA - RS 830.1) relatives à la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, du 25 juin 1982 (loi sur l'assurance-chômage, LACI - RS 837.0).

Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

1.2 À teneur de l'art. 1 al. 1 LACI, les dispositions de la LPGA s'appliquent à l'assurance-chômage obligatoire et à l'indemnité en cas d'insolvabilité, à moins que la LACI n'y déroge expressément.

La modification du 21 juin 2019 de la LPGA est entrée en vigueur le 1er janvier 2021. Elle est ainsi applicable au recours, introduit après cette date (art. 82a LPGA a contrario).

1.3 Interjeté dans le délai et la forme requis, le recours est recevable (art. 56ss LPGA).

2. Le litige porte sur le bien-fondé de la décision de l'intimée de réduire le gain assuré du recourant de CHF 7'867.- à CHF 4'170.- en proportion du degré d'invalidité de 47% fixé par l'OAI.

3.

3.1 Selon l'art. 8 al. 1 LACI, l'assuré a droit à l'indemnité de chômage, entre autres, s'il est apte au placement (let. f). Est réputé apte à être placé le chômeur qui est disposé à accepter un travail convenable et à participer à des mesures d'intégration et qui est en mesure et en droit de le faire (art. 15 al. 1 LACI).

L'aptitude au placement n'est pas sujette à fractionnement. Soit cette condition du droit est donnée, soit elle ne l'est pas (Boris RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, n. 5 ad art. 15 LACI). Si un chômeur a cotisé sur la base d'une activité à un taux donné et qu'une fois au chômage, il ne recherche, globalement, qu'une activité à un taux inférieur, la perte de travail à prendre en considération et le gain assuré devront être réduits proportionnellement. C'est uniquement sous l'angle de la perte de travail à prendre en considération, exprimée en pour cent, qu'il convient, le cas échéant, de tenir compte du fait qu'un chômeur ne peut ou ne veut travailler selon une disponibilité comparable à celle qui prévalait durant le rapport de travail qui a été pris en compte pour le calcul de la période de cotisation (RUBIN, op cit., n. 9 ad art. 11 LACI et les références citées).

3.2 Le handicapé physique ou mental est réputé apte à être placé lorsque, compte tenu de son infirmité et dans l'hypothèse d'une situation équilibrée sur le marché de l'emploi, un travail convenable pourrait lui être procuré sur ce marché (art. 15 al. 2 1ère phrase, LACI). L'octroi d'une rente d'invalidité n'exclut pas l'aptitude au placement, d'autant plus que les organes de l'assurance-chômage ne sont pas liés par l'appréciation de l'assurance-invalidité (arrêt du Tribunal fédéral C 140/05 du 1er février 2006 consid. 3.1).

3.3 L'indemnité journalière pleine et entière s'élève à 80% du gain assuré lorsque l'assuré a une obligation d'entretien envers des enfants de moins de 25 ans (art. 22 al. 1 1ère phrase, et al. 2 let. a *a contrario* LACI).

3.4 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 (art. 23 al. 1, 1ère phrase, LACI).

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 (art. 37 al. 1 de l'ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 31 août 1983 [OACI - RS 837.02]). 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 (art. 37 al. 2 OACI).

3.4.1 Le salaire déterminant comprend toute rémunération pour un travail dépendant, fourni pour un temps déterminé ou indéterminé (art. 5 al. 2, 1ère phrase, de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 [LAVS -RS 831.10]). Le Conseil fédéral peut excepter du salaire déterminant les prestations sociales, ainsi que les prestations d'un employeur à ses employés ou ouvriers lors d'événements particuliers (art. 5 al. 4 LAVS). L'art. 6 al. 2 let. b du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 (RAVS - RS 831.101) dispose que ne sont pas comprises dans le revenu provenant d'une activité lucrative : les prestations d'assurance en cas d'accident, de maladie ou d'invalidité, à l'exception des indemnités journalières selon l'art. 29 de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur l'assurance militaire et l'art. 25 de la loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité (LAI - RS 831.20), dont l'al. 1 let. d indique que sont payées sur les indemnités journalières les cotisations à l'assurance-chômage.

Ainsi, l'indemnité journalière versée par l'assurance-invalidité durant l'exécution d'une mesure de réadaptation est prise en compte en tant que salaire déterminant, pour autant que l'assuré ait exercé auparavant une activité lucrative dépendante (ATF 123 V 223 consid. 4e/bb). L'indemnité journalière AI sert donc de base

pour déterminer le gain assuré (arrêt du Tribunal fédéral 8C_829/2016 du 30 juin 2017 consid. 4.2.3 et la référence).

Le gain assuré journalier se détermine en divisant le gain assuré mensuel par 21,7 (art. 40a OACI), lequel correspond au nombre d'indemnités journalières par mois en moyenne annuelle (RUBIN, op cit., n. 6 ad art. 23 LACI).

3.5 Aux termes de l'art. 40b OACI, relatif au gain assuré des handicapés, 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.

3.5.1 Par « atteinte dans la capacité de travail », étant relevé que la version allemande de cet article mentionne « Beeinträchtigung ihrer Erwerbsfähigkeit », on entend l'invalidité au sens de l'art. 8 LPGA et, partant, l'incapacité de gain complète ou partielle, a priori définitive ou pour une longue durée (ATF 133 V 530 consid. 3.2 ; ATF 140 V 89 consid. 5.2).

La ratio legis de l'art. 40b OACI est 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). Dans un arrêt ultérieur, le Tribunal fédéral a élargi la ratio legis de l'art. 40b OACI en considérant que cette disposition règle non seulement la coordination des prestations de l'assurance-chômage et de l'assurance-invalidité, mais également - d'une manière plus générale - la délimitation de la compétence de l'assurance-chômage par rapport à d'autres assureurs en fonction de la capacité de gain de la personne assurée (ATF 133 V 524 consid. 5.2).

L'art. 40b OACI prescrit une correction du gain assuré lorsque l'atteinte à la capacité de gain imputable à l'état de santé survient immédiatement avant ou pendant le chômage, dès lors que, dans un tel cas, la capacité de gain actuelle de l'assuré ne correspond plus à celle qui était la sienne avant la période de chômage et en fonction de laquelle le salaire avait été déterminé. Le salaire réalisé avant la période de chômage, qui sert de base de calcul pour le gain assuré, doit être adapté, puisque l'assuré ne pourrait plus obtenir ce revenu en raison de l'invalidité survenue dans l'intervalle. Une atteinte a lieu « immédiatement avant » le chômage au sens de l'art. 40b OACI lorsque la diminution de la capacité de gain imputable à l'état de santé 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 lien avec l'art. 37 OACI (ATF 133 V 530 consid. 4.1.2).

Ainsi, pour le calcul du gain assuré selon l'art. 40b OACI, le salaire déterminant, que l'assuré a effectivement touché pendant la période de référence avant que sa capacité de gain ne soit restreinte pour des raisons de santé, doit être multiplié par le facteur résultant de la différence entre 100 % et son degré d'invalidité. Le

revenu d'invalide hypothétique ne fait pas foi (ATF 132 V 357 consid. 3.2.4.3). Le gain assuré se mesure donc en fonction de la capacité de gain résiduelle, si bien que dans le cas d'un taux d'invalidité de 33% - par exemple - la capacité de gain n'est plus entière, mais réduite. Le fait de se fonder sur la capacité de gain résiduelle vise à empêcher que l'indemnité de chômage se base sur un gain que l'assuré n'est plus à même de réaliser. Il y a donc lieu de veiller à ce que les prestations de l'assurance-chômage se mesurent en fonction de la capacité de gain réduite de la personne assurée pendant la période de chômage. Dans cette optique, une correction du gain assuré doit en principe également avoir lieu lorsque l'invalidité n'ouvre pas droit à une rente (ATF 133 V 524 consid. 5.2 et 5.3). Toutefois, lorsque l'incapacité de gain est inférieure à 10 %, l'art. 40b OACI ne trouve pas application (ATF 140 V 89 consid. 5.4.2).

3.5.2 Le calcul du gain assuré prenant en compte l'invalidité, il ne doit pas faire intervenir une diminution supplémentaire des indemnités journalières en raison d'une restriction de la disponibilité à un taux d'activité de 50 % (arrêt du Tribunal fédéral C.140/05 du 1er février 2006 consid. 3.2.3).

3.5.3 En principe, la décision, non encore entrée en force, de l'assurance-invalidité ou d'une autre assurance sociale constitue une base suffisante pour adapter le gain assuré au sens de l'art. 40b OACI, en particulier lorsque l'OAI envisage d'octroyer une rente AI, car, dans ce cas de figure, on peut supposer que l'assuré ne soulèvera pas d'objections à l'encontre de cette décision (ATF 142 V 380 consid. 5.5).

Le Secrétariat d'État à l'économie (SECO) précise dans le Bulletin relatif à l'indemnité de chômage que la correction du gain assuré intervient dès le préavis de l'AI. Lorsque l'assuré perçoit une rente, le gain assuré est recalculé à partir du mois où l'assuré a droit à une rente (Bulletin LACI IC ch. C29).

4.

4.1 En l'espèce, le recourant a bénéficié (durant douze mois au moins pendant le délai-cadre de cotisation) des indemnités journalières AI, soumises à cotisation, jusqu'au 31 mai 2021, si bien que l'intimée a ouvert en sa faveur un délai-cadre d'indemnisation du 1er juillet 2021 au 30 juin 2023.

Le gain assuré, fixé à CHF 7'867.-, a été calculé sur la base desdites indemnités, ce qui est correct, dès lors que celles-ci sont considérées comme salaire déterminant.

L'intimée a toutefois procédé à une réduction de 47% dudit montant, équivalant à un gain assuré de CHF 4'170.-, pour tenir compte du taux d'invalidité de 47% retenu par l'OAI dans sa décision du 19 novembre 2021. Elle a appliqué cette réduction dès l'ouverture du délai-cadre, soit dès le 1er juillet 2021.

4.2 Le recourant conteste la réduction du gain assuré opérée par l'intimée. Il considère que l'art. 40b OACI ne s'applique pas à son cas puisque son atteinte à la

santé n'est ni survenue pendant le chômage, ni juste avant. Il relève que les indemnités journalières AI - déterminantes pour le calcul du gain assuré - étaient déjà inférieures au dernier revenu perçu avant son atteinte à la santé (AVC), laquelle remonte au 7 décembre 2013, et que le salaire déterminant a donc déjà été affecté par celle-ci. Il fait valoir que sans son atteinte ses perspectives salariales auraient augmenté.

5.

5.1 En l'occurrence, le Tribunal fédéral a certes considéré, dans un arrêt C 314/02 du 4 mars 2005, que lorsqu'un assuré est déjà atteint dans sa capacité de gain bien avant le début du chômage, l'art. 40b OACI ne s'applique pas (consid. 2.2.1).

Dans cette affaire, l'assurée, atteinte d'une maladie dégénérative des muscles depuis 1992, avait bénéficié d'une reconversion professionnelle de l'assurance-invalidité entre 1994 et 1997. Au cours du premier délai-cadre d'indemnisation en 1997, elle avait occupé divers postes, qu'elle avait dû abandonner en raison de son handicap, avant de pouvoir bénéficier à nouveau des indemnités de chômage sur la base d'un gain assuré, fixé en proportion de son taux de disponibilité. Au cours du second délai-cadre d'indemnisation, la caisse de chômage avait requis la restitution des indemnités indûment perçues suite à la décision de l'OAI de lui accorder une rente pour cas pénible et une rente d'invalidité avec effet rétroactif à une date antérieure au second délai-cadre d'indemnisation. Le Tribunal fédéral a relevé qu'au vu de ces circonstances, il y avait lieu d'admettre que la capacité de gain de l'assurée était déjà limitée bien avant la première demande d'indemnités, mi-septembre 1997, de même que lors de la seconde demande de prestations, de sorte qu'elle n'avait subi une atteinte dans sa capacité de gain imputable à son état de santé ni immédiatement avant, ni pendant le chômage.

5.2 Cela étant, l'art. 40b OACI permet de corriger le gain assuré retenu initialement lorsqu'un assuré est reconnu invalide (pour autant que le taux d'invalidité soit supérieur à 10%) par un assureur après son inscription au chômage, afin d'éviter que l'intéressé ne perçoive des indemnités de chômage basées sur un gain qu'il n'est en réalité plus en mesure de réaliser. Ainsi, lorsqu'un assuré se voit allouer une rente d'invalidité, avec effet rétroactif, pour une période pendant laquelle il a déjà perçu des indemnités journalières de l'assurance-chômage, la caisse de chômage qui lui a alloué ces indemnités est en droit de procéder à une révision procédurale des décisions d'indemnisation et, s'il s'avère qu'elle a versé des prestations auxquelles l'assuré n'avait pas droit en raison d'un gain assuré inférieur à celui retenu initialement, d'en d'exiger la restitution (arrêt du Tribunal fédéral C 93/05 du 20 janvier 2007 consid. 2.3).

Par conséquent, le fait qu'un assuré voit sa capacité de gain réduite (invalidité), bien avant la période de chômage n'exclut pas l'application de l'art. 40b OACI, si, durant le délai-cadre d'indemnisation, sa capacité de gain demeure réduite. Est déterminante pour la correction du gain assuré au sens de cette disposition, non

pas la question de savoir si l'invalidité est antérieure à la période de chômage, mais celle de savoir si la diminution de la capacité de gain imputable à l'état de santé a été prise en compte pour le calcul du gain assuré.

À cet égard, dans un ATF 133 V 530, précisant en particulier la notion d'« immédiateté » au sens de l'art. 40b OACI, le Tribunal fédéral a renvoyé la cause à la caisse de chômage afin qu'elle recalcule le gain assuré, initialement basé sur le dernier salaire réalisé par l'assuré - qui s'était annoncé au chômage en juin 2002 -, car la perte de la capacité de gain n'avait pas été prise en compte dans le calcul du gain assuré, alors que le degré d'invalidité, arrêté à 65%, ouvrait droit à une demi-rente dès le 1er avril 2001 (et à un trois quarts de rente à partir du 1er janvier 2004). Par conséquent, le fait que l'invalidité soit survenue avant la période de chômage ne fait pas obstacle à l'adaptation du gain assuré en vertu de l'art. 40b OACI.

5.3 Au vu des développements qui précèdent, même si l'invalidité du recourant - au bénéfice d'un délai-cadre d'indemnisation à partir du 1er juillet 2021 - remonte au 7 décembre 2013, cela ne signifie pas encore qu'une correction du gain assuré est exclue selon l'art. 40b OACI. Sur le principe, l'intimée pouvait réduire le gain assuré du recourant à la suite de la décision de l'OAI du 19 novembre 2021.

6.

6.1 Le recourant soutient que le calcul de son gain assuré par l'intimée le défavorise à trois niveaux, puisqu'en se fondant sur les indemnités journalières AI – déjà inférieures au revenu qu'il a réalisé en dernier lieu auprès de son ex-employeuse –, l'intimée a retenu un gain assuré correspondant à 53% de 80% de sa dernière rémunération, déjà amoindrie en raison de son état de santé.

6.1.1 Il est vrai que durant les mesures de réadaptation de l'AI, en vertu de l'art. 23 al. 1 1ère phrase LAI, l'assuré perçoit une indemnité de base qui s'élève à 80% du revenu obtenu pour la dernière activité lucrative exercée sans restriction due à des raisons de santé.

6.1.2 Dans une affaire ayant fait l'objet de l'arrêt du Tribunal fédéral 8C_829/2016 , l'assuré, qui avait bénéficié d'un premier délai-cadre d'indemnisation du 3 octobre 2011 au 2 octobre 2013, avait déposé le 6 décembre 2012 une demande de prestations auprès de l'assurance-invalidité en raison d'une atteinte oculaire. Du 1er juillet 2013 au 11 janvier 2015, il avait participé à différentes mesures d'insertion AI, pendant lesquelles lui avaient été versées des indemnités journalières à hauteur de 80% du dernier salaire obtenu. Au cours du nouveau délai-cadre d'indemnisation débuté le 12 janvier 2015, la caisse avait adapté le gain assuré, après que l'OAI eût arrêté le degré d'invalidité à 32%.

Saisi d'un recours de l'assuré, le Tribunal cantonal de Bâle-Campagne l'avait admis et avait renvoyé la cause à la caisse pour recalcul du montant des indemnités journalières. Le tribunal avait estimé que le gain assuré, qui devait être adapté au sens de l'art. 40b OACI, ne pouvait être calculé sur la base d'un revenu

ayant déjà fait l'objet d'une réduction de 20%. À l'appui de sa position, le tribunal cantonal avait mentionné que le calcul de l'indemnité journalière AI - comprenant une réduction de 20% opérée en vertu de l'art. 23 al. 1 LAI - était effectué indépendamment de la capacité de gain effective de la personne assurée. Or, le gain assuré selon l'art. 40b OACI - correspondant à la capacité de gain résiduelle - englobait également cette réduction de 20%, puisqu'il était calculé sur la base des indemnités journalières AI (arrêt 715 16 122 du 18 août 2016 consid. 3.5).

Saisi par la caisse, le Tribunal fédéral a considéré que le tribunal cantonal avait violé le droit fédéral en retenant comme base de calcul du gain assuré le dernier revenu généré par l'assuré, en lieu et place des indemnités journalières AI perçues durant la période de référence, celles-ci étant réputées salaire déterminant au sens de la LAVS (consid. 5). De manière convaincante, le tribunal cantonal avait exposé qu'il convenait d'adapter le gain assuré en fonction du degré d'incapacité de gain au sens de l'art. 40b OACI, mais on ne pouvait arguer qu'en vertu des art. 23 al. 1 LACI et 40b OACI, l'incapacité de gain existante à hauteur de 20% avait déjà au moins partiellement été prise en compte au moment de la détermination du gain assuré sur la base des indemnités journalières AI (consid. 6).

6.1.3 Le Tribunal fédéral a d'ailleurs confirmé sa position dans un arrêt 8C_821/2017 + 8C_825/2017 du 4 juin 2018. Dans cette affaire, l'intéressé avait également perçu des indemnités AI durant la période de référence des douze derniers mois de cotisation précédent le délai-cadre d'indemnisation, indemnités qui, puisque soumises à cotisation, devaient être prises en compte pour le calcul du gain assuré déterminant (consid. 6). Le Tribunal fédéral a estimé qu'il n'y avait pas de motif de revenir sur sa jurisprudence, selon laquelle la différence de 20% entre le revenu assuré et le montant de l'indemnité journalière de l'AI ne devait pas être prise en considération dans l'adaptation de gain assuré prescrite à l'art. 40b OACI (consid. 7.3).

6.1.4 Quand bien même le salaire déterminant, fixé sur la base des indemnités journalières AI, correspond approximativement à 80% du dernier revenu réalisé, la réduction de 20% opérée selon l'art. 23 al. 1 LAI est indépendante de la capacité de gain effective. En effet, l'indemnité journalière, à titre de prestation accessoire aux mesures de réadaptation, a été prévue pour garantir une aide économique à l'assuré qui, au stade de la réadaptation, est souvent encore atteint d'une incapacité de travail ou ne peut exercer une activité lucrative en raison précisément de l'application des mesures de réadaptation (Message du Conseil fédéral relatif à un projet de loi sur l'assurance-invalidité ainsi qu'à un projet de loi modifiant celle sur l'assurance-vieillesse et survivants du 24 octobre 1958, FF 1958 II 1161, p. 1190).

Par conséquent, l'indemnité journalière AI couvre la perte économique et non la diminution de la capacité de gain (cf. ATAS /563/2018 du 21 juin 2018).

Ceci est d'autant plus vrai que le risque d'incapacité de travail et le risque d'incapacité de gain, respectivement d'invalidité, constituent des risques différents, si bien que les prestations octroyées sont différentes selon qu'il s'agit de l'un ou de l'autre risque (Ueli-KIESER, ATSG-Kommentar, 3ème éd., 2015, n. 45 ad art. 6). L'incapacité de travail donne en effet lieu à des prestations à court terme (indemnités journalières - soit des prestations en espèces versées au jour le jour, qui procurent un revenu de remplacement à l'assuré empêché d'exercer sa profession). L'incapacité de gain, quant à elle, donne lieu à des prestations à long terme (rentes - soit des prestations en espèces versées mensuellement ; Pierre-Yves GREBER / Bettina KAHIL-WOLFF / Ghislaine FRÉSARD-FELLAY / Romolo MOLO, Droit suisse de la sécurité sociale, Volume I, 2010, p. 123-124 ; Anne-Sylvie DUPONT, Le droit de la sécurité sociale au contact du droit des assurances privées, in: Revue de droit suisse, Vol. 133[2014], Halbbd. 2, p. 403 ; KIESER, op cit., n. 12 et 15 ad art. 15).

En outre, compte tenu du principe de la priorité de la réadaptation sur la rente, le droit à la rente - qui présuppose une incapacité de gain totale ou partielle présumée permanente ou de longue durée (art. 8 al. 1 LPGA) - revêt un caractère subsidiaire, car elle n'est en principe allouée que lorsque la réadaptation est impossible, lorsqu'elle s'est avérée insuffisante ou lorsqu'elle a échoué. Il s'ensuit notamment que l'assuré n'a pas droit à une rente tant que sont mises en œuvre des mesures de réadaptation et que des indemnités journalières sont allouées à ce titre (Michel VALTERIO, Droit de l'assurance-vieillesse et survivants [AVS] et de l'assurance-invalidité [AI], 2011, n. 2016 et les références).

6.2

6.2.1 En l'espèce, certes le recourant a été mis au bénéfice, avec effet rétroactif, d'une rente entière d'invalidité du 1er novembre 2017 au 28 février 2019, puis, dès le 1er juin 2021, d'un quart de rente fondé sur un taux d'invalidité de 43% consécutif aux mesures professionnelles suivies notamment durant le délai-cadre de cotisation. Toutefois, les indemnités journalières AI, soumises à cotisations, en particulier celles versées au cours des six derniers mois précédant le délai-cadre d'indemnisation (art. 37 al. 1 OACI), soit du 1er janvier au 30 juin 2021 - dont la moyenne est supérieure à celle des douze derniers mois (art. 37 al. 2 OACI) - déterminantes pour le calcul du gain assuré, n'ont pas été affectées par l'invalidité, contrairement à ce que semble croire le recourant.

En effet, la réduction du revenu de la dernière activité lucrative de 20%, effectuée en vertu de l'art. 23 al. 1 LAI, qui se répercute sur le salaire déterminant, n'équivaut pas à une perte de la capacité de gain. D'autre part, l'octroi du quart de rente rétroactif au 1er juin 2021, ce qui implique pourtant une incapacité de gain de longue durée, ne modifie pas le calcul du gain assuré, dès lors que, pour la période du 1er janvier au 30 juin 2021 - ici pertinente - il ressort des décomptes d'indemnités journalières de l'AI figurant au dossier, que la rente a été suspendue

à juste titre en raison du versement des indemnités journalières AI pendant cette période.

6.2.2 À l'ouverture du délai-cadre d'indemnisation le 1er juillet 2021, l'OAI n'avait pas encore rendu sa décision déterminant le taux d'invalidité du recourant. En revanche, dès le moment où cette décision a été rendue, le 19 novembre 2021, celle-ci constituait une base suffisante pour l'adaptation du gain assuré dès l'ouverture du délai-cadre d'indemnisation, puisque que l'intimée, à ce moment-là, avait connaissance du degré d'invalidité du recourant.

Il sied encore de préciser que le fait que le recourant ait recouru contre la décision de l'OAI – en concluant à ce qu'il lui soit reconnu un taux d'invalidité supérieur – n'a pas d'influence sur la présente cause. En effet, dans l'hypothèse où son taux d'invalidité devait être revu à la hausse, l'intimée devrait simplement adapter le gain assuré en proportion du taux d'invalidité, conformément à l'art. 40b OACI.

Ainsi, force est de constater que le recourant n'est plus en mesure de réaliser ni le salaire qu'il percevait avant son invalidité, ni le salaire déterminant correspondant à la moyenne des indemnités journalières perçues au cours des six derniers mois précédant la période de référence, même en mettant pleinement à contribution sa capacité de travail résiduelle dans une activité adaptée. En effet, une telle activité lui permettrait de réaliser un salaire inférieur de 47% à celui qu'il aurait pu espérer en bonne santé dans son activité habituelle. Cette perte de gain, imputable à une atteinte à la santé, ne peut toutefois être mise à la charge de l'assurance-chômage, qui exclut, aux termes de l'art. 1a al. 1 let. a LACI, une compensation convenable du manque à gagner dû à une autre cause que le chômage. De même s'agissant des éventuelles perspectives salariales qui, selon le recourant, auraient été supérieures sans l'atteinte à la santé, qui, en plus d'être hypothétiques, ne peuvent quoi qu'il en soit pas être prises en considération dans l'assurance chômage.

Partant, c'est à juste titre que l'intimée a procédé à la réduction du gain assuré au prorata de la capacité résiduelle de gain, soit 53%, résultant de la différence entre 100% et le degré d'invalidité de 47%, dès l'ouverture du délai-cadre d'indemnisation. Seul le taux d'invalidité est décisif, et non la capacité de travail résiduelle, puisque selon l'art. 40b OACI est déterminante l'atteinte à la capacité de gain (cf. arrêt du Tribunal fédéral C 154/06 du 14 septembre 2007 consid. 8.2). Or, la capacité de travail résiduelle correspond au temps de travail exigible de l'assuré, non à sa capacité de gain.

7.

7.1 Mal fondé, le recours doit être rejeté.

7.2 Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. fbis *a contrario* LPGA).

PAR CES MOTIFS,

LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

À la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. Le rejette.
3. Dit que la procédure est gratuite.
4. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110); le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière	La présidente
Isabelle CASTILLO	Catherine TAPPONNIER

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'au Secrétariat d'État à l'économie par le greffe le