

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1494/2013

ATAS/744/2013

**COUR DE JUSTICE**

**Chambre des assurances sociales**

**Arrêt du 22 juillet 2013**

**9<sup>ème</sup> Chambre**

En la cause

Monsieur S \_\_\_\_\_, domicilié à GENEVE

recourant

contre

CAISSE DE CHOMAGE UNIA, Office de paiement Genève, sise  
rue Necker 17, GENEVE

intimé

**Siégeant : Francine PAYOT ZEN-RUFFINEN, Présidente; Christine TARRIT-DESHUSSES et Dana DORDEA, Juges assesseurs**

---

### **EN FAIT**

1. Monsieur S \_\_\_\_\_ (ci-après l'assuré ou le recourant), né en 1984, de nationalité portugaise, a effectué un apprentissage de "gestionnaire du commerce de détail / conseil" du 1<sup>er</sup> août 2009 au 31 juillet 2012 auprès de X \_\_\_\_\_ à Chavannes-de-Bogis. Son dernier salaire mensuel se montait à 1'300 fr. brut.
2. Cette formation a été prise en charge par l'Office cantonal de l'assurance-invalidité (ci-après l'OAI). L'assuré était mis au bénéfice de "petites indemnités journalières selon l'art. 22 LAI pour la durée de la formation, sous déduction du salaire versé par l'employeur, CHF 900 du 1<sup>er</sup> août 2009 au 31 juillet 2010 (ce montant sera réévalué dès le 1<sup>er</sup> août 2010)" selon la décision du 14 août 2009.
3. L'assuré a obtenu son certificat fédéral de capacité en gestion du commerce de détail (ci-après CFC) le 31 juillet 2012.
4. Le 22 août 2012, l'assuré a déposé une demande d'indemnités de chômage. Son délai-cadre d'indemnisation a été fixé à la période du 3 août 2012 au 2 août 2014, son gain assuré à 2'756 fr., et son aptitude au placement a été retenue à 100%.
5. Par projet de décision adressé le 23 novembre 2012 à l'assuré par l'OAI, celui-ci l'a félicité de la réussite de son CFC et a relevé sa capacité de travail médico-théorique raisonnablement exigible de 100% sans baisse de rendement dans une activité adaptée respectant strictement ses limitations fonctionnelles.

L'OAI a déterminé le préjudice financier subi par l'assuré après l'obtention de son CFC en se fondant sur l'Enquête Suisse sur la structure des Salaires (ci-après ESS) publiée par l'Office fédéral de la statistique. Pour fixer le revenu réalisable par l'assuré sans invalidité l'OAI a fait application de l'article 26 du règlement du 17 janvier 1961 sur l'assurance-invalidité du 17 janvier 1961 (RAI ; RS 831.201), selon lequel lorsque la personne assurée n'a pu acquérir de connaissances professionnelles suffisantes à cause de son invalidité, le revenu qu'elle pourrait obtenir si elle n'était pas invalide correspond en pour-cent, selon son âge, à des fractions de la médiane, actualisée chaque année, telle qu'elle ressort de l'ESS et a fixé ce revenu à 69'300 fr.

Le revenu avec invalidité a été retenu à 65'991 fr. au vu de l'obtention du CFC. Ce chiffre est basé sur l'ESS 2010, indexé à 2012, pour une activité à 100%, tableau TA7, pour un homme, dans le domaine de la vente de biens de consommation et vente au détail, pour les connaissances spécialisées (niveau 3).

La comparaison du revenu annuel actualisé sans invalidité et du revenu déterminant annuel d'invalide donnait un taux d'invalidité de 5%.

6. Sur le décompte des indemnités journalières du mois de décembre 2012 de l'assuré, la CAISSE DE CHOMAGE UNIA a diminué le gain assuré de 5%, le portant à 2'618 fr.
7. Le 16 janvier 2013, l'OAI a rendu une décision conforme au projet du 23 novembre 2012.
8. Par courrier du 22 janvier 2013, l'assuré a contesté la diminution de son gain assuré auprès de la CAISSE DE CHOMAGE UNIA et sollicité une décision. N'ayant pas reçu de réponse, il leur a récrit le 25 février 2013.
9. Par décision du 28 février 2013, la CAISSE DE CHOMAGE UNIA a confirmé l'aptitude au placement de l'assuré de 95% dès décembre 2012 et, de ce fait, la diminution du gain assuré à 2'618 fr. dès décembre 2012.
10. Par pli recommandé du 11 février 2013, reçu le 12 mars 2013, l'assuré a fait opposition à la décision de la CAISSE DE CHOMAGE UNIA du 28 février 2013. L'assuré a rappelé avoir fait un apprentissage durant trois ans en étant à 100% valide, et s'être inscrit au chômage avec une aptitude au placement de 100%.
11. Le 18 mars 2013, la CAISSE DE CHOMAGE UNIA a rejeté l'opposition de l'assuré du 12 mars 2013. Elle a confirmé la décision du 28 février 2013 concernant la rectification du taux d'aptitude de l'assuré (95%), mais a repoussé la date à partir de laquelle le taux de 95% était retenu, au 1<sup>er</sup> février 2013, au lieu du 1<sup>er</sup> décembre 2012. La détermination du gain assuré sur la base du montant forfaitaire était par ailleurs erronée, puisqu'il convenait de calculer le gain assuré sur le salaire et les indemnités de l'AI effectivement perçus par l'assuré. Une nouvelle décision de calcul du gain assuré était annoncée à l'assuré.  
  
La CAISSE DE CHOMAGE UNIA a justifié la diminution des indemnités chômage par la rectification du taux d'aptitude au placement, afin de tenir compte de l'invalidité de 5% retenue par l'OAI.
12. Par décision du 20 mars 2013, la CAISSE DE CHOMAGE UNIA a modifié le montant du gain assuré à 3'254 fr. dès le 3 août 2012, et 3'019 fr. dès le 1<sup>er</sup> février 2013. Le nouveau calcul se fonde sur le salaire perçu par l'assuré auprès de X\_\_\_\_\_ à Chavannes-de-Bogis lors de son apprentissage et les indemnités journalières de l'assurance invalidité reçues jusqu'au 31 juillet 2012.
13. Par courrier du 16 avril 2013, l'assuré a recouru auprès de la CAISSE DE CHOMAGE UNIA suite au rejet de son opposition.
14. Le 17 avril 2013, la CAISSE DE CHOMAGE UNIA a invité l'assuré à s'adresser au Tribunal cantonal des assurances sociales, s'il souhaitait maintenir son recours.

15. Par courrier du 18 avril 2013, l'assuré a fait opposition à la décision de la CAISSE DE CHOMAGE UNIA du 20 mars 2013, en ce qu'elle diminuait de 5% son gain assuré dès le 1<sup>er</sup> février 2013.
16. Par courrier du 15 mai 2013, la CAISSE DE CHOMAGE UNIA a transmis à la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice, le courrier du 16 avril 2013 de l'assuré.
17. Par décision sur opposition du 16 mai 2013, la CAISSE DE CHOMAGE UNIA a suspendu la procédure d'opposition de Monsieur S\_\_\_\_\_ contre sa décision du 20 mars 2013, dans l'attente de l'issue de la présente procédure.
18. Invitée à répondre d'ici au 24 juin 2013 au recours de Monsieur S\_\_\_\_\_, la CAISSE DE CHOMAGE UNIA a confirmé sa position, concluant au rejet du recours, à la confirmation de sa décision sur opposition de la CAISSE DE CHOMAGE UNIA du 18 mars 2013, et à ce qu'aucune indemnité de procédure ou dépens ne soit allouée au recourant.
19. Le recourant ayant renoncé à répliquer, les parties ont été informées par courrier du 24 juin 2013 que la cause était gardée à juger.

### **EN DROIT**

1. Conformément à l'art. 134 al. 1 let. a ch. 8 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ; RS E 2 05) en vigueur dès le 1<sup>er</sup> janvier 2011, 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.

2. L'obligation, pour une autorité qui s'estime incompétente de transmettre l'affaire à l'autorité compétente découle d'un principe général du droit administratif (qui trouve notamment son expression à l'art. 8 al. 1<sup>er</sup> de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative) et donc aussi du droit des assurances sociales. Unanimement reconnu comme tel par la doctrine et la jurisprudence, il s'impose également dans les relations entre les autorités judiciaires cantonales, même en l'absence de règle idoine de droit fédéral ou de droit cantonal (VSI 1995 p. 199 consid. 3b et les arrêts cités). Peu importe en outre qu'il s'agisse d'une procédure de recours ou d'une procédure d'action (ATFA non publié du 25 janvier 2000, H 363/99 consid. 3b et les références).

C'est à juste titre que la CAISSE DE CHOMAGE UNIA a transmis le recours de l'assuré du 16 avril 2013 à la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice.

3. Interjeté dans les délais, le recours est recevable (art. 56 ss LPGA).
4. L'objet du litige porte sur la diminution de 5% de l'aptitude au placement, respectivement du gain assuré du recourant dès le 1<sup>er</sup> février 2013.
5. En vertu de l'art. 8 al. 1<sup>er</sup> LACI, l'assuré a droit à l'indemnité de chômage s'il est sans emploi ou partiellement sans emploi (let. a), s'il a subi une perte de travail à prendre en considération (let. b), s'il est domicilié en Suisse (let. c), s'il a achevé sa scolarité obligatoire, qu'il n'a pas encore atteint l'âge donnant droit à une rente AVS et ne touche pas de rente de vieillesse de l'AVS (let. d), s'il remplit les conditions relatives à la période de cotisation ou en est libéré (let. e), s'il est apte au placement (let. f) et s'il satisfait aux exigences du contrôle (let. g).

Ces conditions sont cumulatives (ATF 124 V 218 consid. 2).

6. L'art. 15 LACI dispose qu'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 (al. 1er). 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 (al. 2). S'il existe des doutes sérieux quant à la capacité de travail d'un chômeur, l'autorité cantonale peut ordonner qu'il soit examiné par un médecin-conseil, aux frais de l'assurance (al. 3). Les assurés qui, avec l'autorisation de l'autorité cantonale, exercent une activité bénévole dans le cadre d'un projet pour chômeurs sont considérés comme aptes au placement (al. 4).
7. Selon la jurisprudence, l'aptitude au placement n'est pas sujette à fractionnement. Il convient en effet de distinguer entre aptitude au placement et perte de travail à prendre en considération. La seconde est déterminée, en principe, en relation avec le dernier rapport de travail (ATF 126 V 126 consid. 2, 125 V 58 consid. 6); mais si, par la suite, la disponibilité de l'assuré est réduite, en ce sens, par exemple, qu'il n'est plus en mesure d'accepter qu'un emploi à mi-temps, il subit une perte de travail partielle, ce qui entraîne une réduction proportionnelle de l'indemnité journalière (voir l'exemple chiffré in ATF 125 V 59 consid. 6c/aa).

La personne qui a déposé une demande de prestations de l'assurance-invalidité et qui est entièrement sans emploi, mais qui n'est capable de travailler qu'à temps partiel en raison d'atteintes à sa santé, a droit à une pleine indemnité journalière de l'assurance-chômage, fondée sur l'obligation de l'assurance-chômage d'avancer les prestations, si elle est prête à accepter un emploi dans la mesure de sa capacité de travail attestée médicalement (ATF 136 V 95 consid. 5-7).

8. À teneur de l'art. 23 al. 1<sup>er</sup> 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. Le montant maximum du gain assuré (art. 18 LPGA) correspond à celui de l'assurance-accidents obligatoire. Le gain n'est pas réputé assuré lorsqu'il n'atteint pas un montant minimum. Le Conseil fédéral détermine la période de référence et fixe le montant minimum. Le gain assuré est calculé sur la base du salaire moyen des six derniers mois de cotisations qui précèdent le délai-cadre d'indemnisation (art. 37 al. 1 OACI). Il est déterminé sur la base du salaire moyen des douze derniers mois de cotisations précédant le délai-cadre d'indemnisation si ce salaire est plus élevé que le salaire moyen visé à l'al. 1<sup>er</sup> (art. 37 al. 2 OACI).
9. Par salaire normalement obtenu au sens de l'art. 23 al. 1<sup>er</sup> LACI, il faut entendre la rémunération touchée effectivement par l'assuré. Le salaire contractuel n'est déterminant que si les parties respectent sur ce point les clauses contractuelles. Il s'agit en effet d'éviter des accords abusifs selon lesquels les parties conviendraient d'un salaire fictif qui, en réalité, ne serait pas perçu par le travailleur : un salaire contractuellement prévu ne sera dès lors pris en considération que s'il a réellement été perçu par le travailleur durant une période prolongée, sans faire l'objet de contestations (ATF 131 V 444 consid. 3.2 ; ATF non publié C 155/06 du 3 août 2007, consid. 3.2).
10. En vertu de l'art. 23 al. 2 LACI, pour les assurés qui, au terme d'un apprentissage, touchent des indemnités de chômage, ainsi que pour les personnes qui sont libérées des conditions relatives à la période de cotisation, le Conseil fédéral fixe des montants forfaitaires comme gain assuré. Il tient compte en particulier de l'âge, du niveau de formation ainsi que des circonstances qui ont amené à la libération des conditions relatives à la période de cotisation (art. 14).
11. L'art. 40b OACI précise 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. Selon la jurisprudence, l'art. 40b OACI prescrit la correction du gain assuré lorsque celui-ci est fondé sur un salaire que l'assuré n'est plus en mesure de réaliser au moment de la survenance du chômage, en raison d'une invalidité survenue entre-temps (ATF 133 V 530 consid. 4.1.2). Cette correction se justifie également lorsque le taux d'invalidité constaté n'ouvre pas droit à une rente (ATF 133 V 524 consid. 5.2). En revanche, la situation est différente lorsque l'assuré est déjà atteint dans sa capacité de gain bien avant le début du chômage. Dans ce cas, l'art. 40b OACI ne s'applique pas et le gain assuré est calculé sur la base du dernier salaire, lequel correspond à la

capacité de gain résiduelle inchangée (ATF non publié 8C\_104/2011 du 2 décembre 2011, consid. 3.3.1).

12. Le Bulletin LACI IC du Secrétariat d'Etat à l'économie (ci-après SECO) de janvier 2013 relatif à l'indemnité de chômage ([ci-après : IC 2013], § B256a ss) à propos de l'art. 40b OACI précise que par « capacité de travail réduite » on entend l'invalidité constatée par l'office AI.

Toute baisse de performance liée à des raisons de santé ne peut naturellement se refléter dans le salaire que si elle ne survient pas directement avant ou même pendant le chômage. En d'autres termes, si la capacité de travail est réduite pour des raisons de santé immédiatement avant ou pendant le chômage, la capacité de performance réelle ne correspondra plus à celle prise en compte pour le calcul du gain assuré fondé sur la situation de l'assuré avant le chômage. Dans ce type de cas, les organes de l'assurance chômage doivent procéder à une adaptation répondant à la teneur de l'art. 40b OACI.

Ainsi, lorsque le gain assuré est calculé sur la base d'un salaire auquel l'assuré ne peut plus prétendre lorsqu'il est au chômage en raison d'une invalidité survenue entre-temps, le gain assuré doit être recalculé conformément à l'art. 40b OACI. On considère que la réduction de la capacité de travail pour des raisons de santé a lieu immédiatement avant ou pendant le chômage comme l'entend l'art. 40b OACI à partir du moment où elle ne se reflète pas (encore) dans le salaire qui sert de base pour le calcul du gain assuré comme le prévoit l'art. 23, al. 1, LACI en liaison avec l'art. 37 OACI (ATF 133 V 530). Cette correction sur le gain assuré doit intervenir au moment où tombe la décision de l'assurance invalidité, indépendamment du fait que l'invalidité constatée donne lieu ou non au versement d'une rente (ATF 133 V 524).

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 (IC 2013 § C26 ss).

13. Le salaire que l'assuré a effectivement touché avant que sa capacité de travail ne soit restreinte pour des raisons de santé est déterminant pour calculer le gain assuré. Ce revenu doit être multiplié par le facteur résultant de la différence entre 100 % et son degré d'invalidité. Le revenu hypothétique établi par l'AI ne fait pas foi. (ATF 132 V 357)

14. En l'espèce, l'intimée applique l'art. 40b OACI.

Elle en tire des conclusions sur l'aptitude au placement de l'assuré et la réduit à 95%, compte tenu de la décision de l'OAI retenant une invalidité de 5%.

La jurisprudence a eu l'occasion de préciser que l'aptitude au placement ne pouvait pas être fractionnée. L'influence d'une éventuelle invalidité s'exerce non pas sur l'aptitude au placement mais sur le calcul du gain assuré conformément aux articles 23 LACI et 40b OACI.

Selon l'OAI, le recourant présente une capacité de travail médico-théorique raisonnablement exigible de 100% sans baisse de rendement dans une activité adaptée respectant strictement ses limitations fonctionnelles. Il a par ailleurs toujours manifesté une volonté claire de reprendre une activité professionnelle à plein temps et s'estime apte à le faire.

La Cour considère donc qu'il est apte au placement malgré l'invalidité de 5% reconnue par la décision de l'OAI.

15. L'application de l'art. 40b OACI peut avoir des conséquences sur le gain assuré, celui-ci pouvant être diminué en cas d'invalidité de l'assuré.

Le gain assuré du recourant a été initialement fixé de façon forfaitaire au sens de l'art. 23 al. 2 LACI.

L'intimée a toutefois décidé de modifier le mode de calcul du gain assuré dans la décision dont est recours afin de tenir compte des gains effectivement perçus par l'assuré au sens de l'art. 23 al. 1 LACI.

Les parties ne contestent ni le nouveau mode de calcul, ni le montant du gain assuré à 100% auquel l'intimée parvient, soit 3'254 fr. en lieu et place de 2'756 fr.

Pour fixer le nouveau gain assuré, l'intimée s'est fondée sur les gains perçus par le recourant pendant la période qui a précédé le chômage, soit pendant sa formation auprès de X\_\_\_\_\_ à Chavannes-de-Bogis.

Ces gains sont le salaire d'apprenti du recourant ainsi que les indemnités journalières de l'assurance invalidité au sens de l'art. 22 de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité du 19 juin 1959 (LAI ; 831.20) allouées pendant sa formation jusqu'au 31 juillet 2012.

Ces indemnités sont expressément prévues pour les assurés qui suivent une formation professionnelle initiale et qui n'ont pas encore exercé d'activité lucrative.

La perte, entière ou partielle, de la capacité de gain de l'assuré est une condition nécessaire à l'octroi de ces indemnités journalières (art. 22 al. 1bis LAI).

Le recourant avait donc déjà perdu partiellement sa capacité de gain avant le début de sa formation. Il a pu entreprendre sa formation initiale grâce aux prestations de l'assurance invalidité qui lui a servi des indemnités journalières pendant son apprentissage.

Le recourant n'a pas perçu de gain ou de salaire avant l'atteinte à sa santé sur lesquels se serait fondée l'intimée pour fixer le gain assuré. Celui-ci se fonde donc non pas sur un salaire que le recourant ne pourrait plus percevoir ou auquel il ne pourrait plus prétendre suite à une invalidité survenue entretemps, mais sur des revenus qui sont déjà fonction de l'atteinte à la santé du recourant.

Le recourant n'a ainsi pas subi une atteinte dans sa capacité de travail durant le chômage ou immédiatement avant au sens de l'art. 40b OACI.

La diminution de 5% du gain assuré du recourant effectuée par l'intimée s'avérant infondée, le recours sera admis.

\*\*\*\*\*

**PAR CES MOTIFS,  
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :**

**Statuant**

**A la forme :**

1. Déclare le recours recevable.

**Au fond :**

2. L'admet, annule la décision sur opposition du 18 mars 2013.
3. Fixe le gain assuré à 3'254 fr.
4. Dit que la procédure est gratuite.
5. 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

Brigitte BABEL

Francine PAYOT ZEN-  
RUFFINEN

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