



Coordination entre assurance-chômage et assurance-invalidité. Analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 8C_357/2019 du 24 octobre 2019

EMILIE CONTI MOREL

I. Objet de l'arrêt

Cet arrêt traite de la question de savoir si la caisse de chômage est en droit de mettre un terme aux avances de prestations au moment où elle reçoit la motivation de la décision de l'office AI adressée à la caisse de compensation en vue du calcul de la rente, ou si elle doit attendre que la décision d'octroi de rente soit notifiée à l'assuré. Le Tribunal fédéral évoque également la question du moment de l'adaptation du gain assuré, qui concorde en principe avec le terme des avances.

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

Le 12 janvier 2016, un assuré âgé de 47 ans dépose une demande de prestations d'invalidité après avoir été victime d'un infarctus thalamique. Le 14 mars 2017, il s'annonce à l'assurance-chômage compte tenu de la résiliation de son contrat de travail avec effet au 31 mars 2017 en raison de son incapacité de travail. Dès le 1^{er} avril 2017, l'assurance-chômage lui verse des prestations à titre d'avances sur les prestations d'invalidité.

Le 27 février 2018, l'office AI rend un projet de décision à teneur duquel l'assuré est mis au bénéfice d'un quart de rente d'invalidité à partir du 1^{er} janvier 2017, puis d'une demi-rente dès le 1^{er} avril 2017. Le 30 avril 2018, il transmet la motivation de sa décision à la caisse de compensation, avec copie à la caisse de chômage.

Le 11 juin 2018, la caisse de chômage rend une décision de reconsidération à teneur de laquelle les indemnités de chômage des mois d'avril 2017 à mai 2018 sont recalculées à hauteur de 50 % du gain assuré. Cette décision est confirmée par décision sur opposition du 20 août 2018.

Sur recours de l'assuré, le tribunal des assurances du canton d'Argovie admet le recours et annule la décision sur opposition, au motif que le devoir de l'assurance-chômage d'avancer

les prestations n'a pas pris fin lors de la transmission de la motivation de la décision par l'office AI du 30 avril 2018.

La caisse de chômage forme un recours en matière de droit public au Tribunal fédéral.

B. Le droit

Le Tribunal fédéral commence par rappeler que pour avoir droit aux prestations du chômage, l'assuré doit être **apte au placement** (art. 8 al. 1 let. f et 15 al. 1 LACI). Cette condition ne peut pas être remplie à moitié, ce qui signifie que soit l'assuré est apte, c'est-à-dire qu'il est prêt à accepter un emploi à hauteur de **20 % du temps de travail ordinaire au minimum** (art. 5 OACI), soit il ne l'est pas (rappel de jurisprudence, c. 2.2).

Il rappelle ensuite la teneur des art. 15 al. 2 LACI et 15 al. 3 OACI concernant l'aptitude au placement des assurés atteints dans leur santé. Selon cette dernière disposition, lorsque, dans l'hypothèse d'une situation équilibrée sur le marché du travail, un handicapé n'est pas manifestement inapte au placement et qu'il s'est annoncé à l'assurance-invalidité (ou à une autre assurance selon l'al. 2), il est **réputé apte au placement jusqu'à la décision de l'autre assurance**. C'est dans ce sens que l'art. 70 al. 2 let. b LPGA impose à l'assurance-chômage de prendre en charge provisoirement les prestations dont la prise en charge par l'assurance-chômage, l'assurance-maladie, l'assurance-accidents ou l'AI est contestée (c. 2.3).

Sur la base de ces dispositions, il incombe à l'assurance-chômage d'indemniser les assurés qui se sont annoncés à une autre assurance **tant que leur inaptitude au placement n'est pas manifeste**. Cette prétention à une indemnité de chômage non-réduite existe notamment lorsque l'assuré sans emploi ne dispose que d'une capacité de travail réduite en raison de son état de santé, du moment qu'il est disposé à accepter un emploi à la hauteur de sa capacité résiduelle de travail. La présomption de l'aptitude au placement de l'assuré atteint dans sa santé ne vaut que pour la période durant laquelle la prétention aux prestations de l'autre assurance est en cours d'instruction et n'est pas encore établi. Le but est **d'éviter des lacunes dans les revenus de l'assuré**. Le devoir de faire des avances est ainsi limité à la période d'incertitude (« *Schwebezustand* »). Il prend fin dès que l'ampleur de l'incapacité de gain est fixée (c. 2.4).

L'instance cantonale a considéré que la transmission de la motivation de la décision en date du 30 avril 2018 était une communication interne à l'administration adressée à la caisse de compensation qui ne mettait pas formellement fin à la procédure. A ce stade, l'assuré avait encore la possibilité de faire parvenir des documents (médicaux) à l'office AI. **La période d'incertitude ne prenait fin qu'au moment où la décision du 7 septembre 2018 commençait à déployer ses effets** (c. 3.1).

La recourante et le SECO soutiennent pour leur part que le degré de l'incapacité de gain était déjà fixé **lors de la transmission du 30 avril 2018**. En effet, à ce moment-là, les objections de l'assuré contre le projet de décision avaient été traitées et le degré d'invalidité avait été fixé. Il n'y avait donc plus de modification à attendre (c. 3.2.1).

Subsidiairement, selon la recourante et le SECO, il convient d'admettre que l'assuré et la caisse de chômage se sont **mis d'accord sur un taux minimum d'invalidité** lors du projet de décision, raison pour laquelle il faut adapter le gain assuré dès cette date. Si l'office AI n'était pas encore en état de statuer sur le droit à la rente, c'est parce que la question d'éventuels

remboursements d'avances à des tiers, notamment à la caisse de chômage, n'avait pas encore été réglée. A l'inverse, la caisse de chômage doit connaître à l'avance la décision de l'AI afin de pouvoir faire valoir sa prétention en remboursement avant la notification de la décision à l'assuré. Pour elle, la communication de la décision de l'office AI est **contraignante**. Si la caisse de chômage n'avait pas fait valoir ses prétentions en remboursement malgré la communication du 30 avril 2018, elle aurait couru le risque de perdre son droit au remboursement vis-à-vis de l'assurance-invalidité, qui aurait pu verser les arriérés à l'assuré avec effet libératoire (c. 3.2.2).

Selon le Tribunal fédéral, dès que le degré de l'incapacité de gain est fixé par projet de décision ou décision de l'autre assureur social, le devoir d'avancer les prestations de l'assurance-chômage prend fin et le gain assuré doit être adapté avec effet rétroactif au moment de la réduction de la capacité de gain (art. 23 al. 1 LACI *cum* 40b OACI) (c. 4.1).

Si aucune objection n'est soulevée à l'encontre du projet de décision ou que la décision n'est pas contestée, la période d'incertitude prend fin, puisque le degré d'incapacité de gain est fixé. Par conséquent, au même moment, le gain assuré peut être (rétroactivement) adapté à la capacité résiduelle de travail. En lien avec le terme de la période d'incertitude, il n'y a pas de raison d'attendre une décision sur le droit à la rente **lorsqu'une incapacité totale de gain avec inaptitude manifeste** existe déjà avant ou au moment du projet de décision (c. 4.1.2).

Il peut par ailleurs arriver que la fin de la période d'incertitude et le moment de l'adaptation du gain assuré ne concordent pas. Ceci concerne avant tout des cas dans lesquels la décision d'octroi de rente a été valablement contestée et le degré exact d'incapacité de gain n'est pas encore arrêté ; l'incertitude demeure ainsi jusqu'au terme de la procédure AI et l'entrée en force de la décision. Dans un tel cas, l'adaptation du gain assuré ne peut toutefois survenir à l'avance que si l'assuré et la caisse de chômage se sont déjà mis d'accord sur un certain degré d'invalidité. En d'autres termes, **ce n'est en principe que la décision de l'AI ou de l'autre assureur social (pas encore entrée en force) qui constitue une base suffisante pour adapter le gain assuré** en fonction du degré d'incapacité de gain reconnu, ou du moins du pourcentage non contesté de l'invalidité (ATF 142 V 380) (c. 4.1.3).

Il résulte de cette jurisprudence qu'un degré minimum d'invalidité n'est pas reconnu lorsque des **objections** sont formulées à l'encontre du projet de décision, comme c'est le cas en l'espèce. Il n'est par ailleurs pas établi que l'assuré et la caisse de chômage se soient **mis d'accord** sur un degré minimum d'invalidité (c. 4.2).

Les conditions ne sont donc **pas remplies** pour retenir que la période d'incertitude a déjà pris fin lors du projet de décision. Seule la décision de l'office AI du 7 septembre 2018 constitue une base suffisante pour adapter le gain assuré selon l'art. 40b OACI. En effet, contrairement à l'opinion de la recourante et du SECO, **ce n'est pas la décision interne à l'administration sur le droit à la rente d'invalidité qui clôture la procédure de préavis selon l'art. 57a al. 1 LAI, mais bien la décision qui statue sur le droit aux prestations** (art. 57a al. 1 LAI avec 73^{bis} et 73^{ter} RAI). Par ailleurs, la recourante ne prétend pas, à juste titre, qu'il se soit agi d'une situation où il était possible d'octroyer des prestations sans décision au sens de l'art. 74^{ter} RAI. L'office AI a bien notifié sa décision à l'assuré au moyen d'une décision sujette à recours (art. 74 et 76 RAI) (c. 4.3).

Comme l'a retenu l'instance cantonale, la décision purement interne à l'administration sur le droit aux prestations ne déploie pas d'effet contraignant à l'égard de l'assuré au sens d'un acte administratif formateur. Lors de la transmission de la motivation de la décision, non adressée à l'assuré, il est uniquement demandé à la caisse de compensation, en cours de procédure, de procéder au calcul de la rente selon les prescriptions de l'AI (art. 60 al. 1 let. b LAI). La décision qui est ensuite notifiée à l'assurée contient deux parties, soit d'une part le principe du devoir de prester, défini par l'office AI, et d'autre part, le calcul du montant de la rente, fixé par la Caisse de compensation. Dans la mesure où la procédure administrative ne prend fin que lors de la notification de la décision par l'office AI, **celui-ci doit tenir compte des éléments (médicaux) nouveaux jusqu'à la notification de sa décision** (art. 57 al. 1 let. g LAI et 76 al. 1 RAI). La situation étant encore susceptible d'évoluer après la transmission de la décision par l'office AI à la caisse de compensation, le degré d'invalidité n'est pas encore fixé à ce moment-là. L'issue de la procédure reste incertaine. Cela vaut d'autant plus lorsque, comme dans le cas d'espèce, **une période de quatre mois** s'écoule entre la communication du 30 avril 2018 et la décision du 7 septembre 2018. Le taux d'invalidité peut donc différer et, notamment, être inférieur à celui qui avait été fixé dans le projet de décision (c. 4.4).

Il en résulte qu'il ne peut pas être mis fin à la période d'incertitude par la transmission de la motivation de la décision à la caisse de compensation, hors des exceptions exposées. La communication du 30 avril 2018 ne constitue donc pas une base suffisante pour mettre fin à la période d'incertitude et donner lieu à l'adaptation du gain assuré par l'assurance-chômage. Il convient de souligner que le devoir de l'assurance-chômage d'avancer les prestations a pour but d'éviter des lacunes dans les revenus. La jurisprudence développée en lien avec la fin de ce devoir d'avancer les prestations a pour but de permettre à la caisse de chômage d'octroyer les prestations adéquates dès que possible, autrement dit dès que le degré d'incapacité de gain est connu. **Il serait contraire au principe de la sécurité du droit de permettre une telle adaptation lors d'une communication interne à l'administration.** En principe, il n'y a donc pas lieu de déroger au principe selon lequel la période d'incertitude prend fin **lors de la notification de la décision de l'office AI**, d'autant plus qu'il n'en résulte pas d'inconvénient pour la caisse de chômage (c. 4.5).

En ce qui concerne la problématique de la **restitution**, l'intimé relève à juste titre que l'AI est libre de statuer, dans un premier temps, sur le droit à la rente en cours puis, dans un deuxième temps, sur les prestations dues à titre rétroactif. Cela correspond d'ailleurs aux prescriptions de l'OFAS qui mentionne expressément cette possibilité dans une circulaire, que ce soit pour les prétentions en restitution des assurances-maladies ou pour celles des Caisses de chômage (voir Directives concernant les rentes [DR] de l'assurance vieillesse, survivants et invalidité fédérale du 1^{er} janvier 2003 qui renvoie à la Circulaire de l'OFAS sur la compensation des rétroactifs de l'AI avec des prétentions en restitution des assurances-maladie du 1^{er} janvier 1999). Cette manière de procéder permettrait à la caisse de chômage, dès la prise de décision sur le droit à la rente, de statuer sur l'adaptation du gain assuré au taux d'invalidité fixé, puis de faire valoir à temps sa demande de restitution lors de la deuxième étape (art. 94 al. 2 LACI). Le recours est infondé (c. 5).

III. Analyse

1. Rappel des principes de coordination entre assurance-chômage et assurance-invalidité

La coordination entre l'assurance-chômage et l'assurance-invalidité est complexe.

Le principe est que l'assurance-chômage doit **prendre en charge provisoirement** les assurés qui ont déposé une demande de prestations d'invalidité auprès de l'AI ou d'une autre assurance sociale, pour autant qu'ils ne soient pas d'emblée totalement inaptes au placement, jusqu'à ce que le taux d'incapacité de gain soit fixé par la décision de l'office AI ou de l'autre assureur social.

Pour ne pas être considéré comme manifestement inapte au placement, l'assuré en situation de handicap doit être en mesure de prendre un emploi convenable correspondant **à 20 % au moins d'un emploi à plein temps** (Bulletin LACI IC, B 248 ss).

Pendant toute la **période d'incertitude** (« *Schwebezustand* »), même s'il n'a qu'une capacité de travail réduite, l'assuré peut prétendre à une pleine indemnité de chômage dès lors qu'il se montre disposé à accepter un emploi à la hauteur de ses capacités et effectue des recherches d'emploi en ce sens (Bulletin LACI IC, B 254).

Ce régime transitoire, ancré à l'art. 15 al. 3 OACI, a pour but de **combler des lacunes** dans les revenus de l'assuré. Il est en effet fréquent que l'assurance-invalidité n'ait pas encore statué sur le droit à la rente à l'échéance des prestations d'assurance perte de gain maladie du dernier employeur. La prise en charge par l'assurance-chômage évite donc aux personnes atteintes dans leur santé qui attendent une décision d'octroi de rente de devoir recourir à l'assistance sociale.

Naturellement, ce régime transitoire est destiné à prendre fin dès que le taux d'incapacité de gain a été fixé et, selon nous, dès que l'assuré perçoit les prestations auxquelles il a droit de la part de l'office AI ou de l'autre assureur social concerné.

A partir de ce moment-là, l'assuré continue à pouvoir prétendre aux indemnités de chômage si les conditions sont toujours remplies selon l'article 15 al. 2 LACI. En effet, la perception d'une rente d'invalidité, même entière, n'exclut pas que l'assuré conserve une capacité de gain résiduelle ouvrant droit aux prestations de l'assurance-chômage (Bulletin LACI IC, B 256f ; RUBIN BORIS, *Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage*, Zurich 2014, ad art. 15 N 84). Pour pouvoir continuer à prétendre aux prestations de l'assurance-chômage, l'assuré doit avoir la volonté d'accepter un travail convenable ainsi qu'une disponibilité suffisante correspondant **au moins à 20 % d'un horaire de travail complet** (arrêt commenté, c. 2.2 ; arrêt du TF 8C_490/2010, c. 4.1 ; art. 5 OACI).

En ce qui concerne les prestations avancées par l'assurance-chômage durant la période transitoire, elles peuvent être réclamées par la caisse de chômage à la caisse de compensation AI, **à concurrence des montants dus par l'AI ou les autres assureurs sociaux pour la même période** (art. 95 al. 1^{bis} LACI) (Bulletin LACI RCRE/B12).

Les deux questions qui ont occupé le Tribunal fédéral à plusieurs reprises concernent, d'une part, le moment précis à partir duquel le devoir d'avancer les prestations de l'assurance-chômage prend fin – autrement dit le terme de la période d'incertitude – et, d'autre part, la

manière de calculer le gain assuré des personnes atteintes dans leur santé à partir de ce moment-là selon l'article 40b OACI.

2. Terme de la période d'incertitude

A l'ATF 142 V 380, le Tribunal fédéral a jugé que sauf exception, la période transitoire devait prendre fin **lors du prononcé de la décision**, et non pas déjà lors du projet de décision par lequel l'assuré est invité à faire valoir son droit d'être entendu. C'est également à ce moment-là que le gain assuré peut être adapté en fonction de la capacité résiduelle de gain. Peu importe que la décision soit contestée ou non (RUBIN, *op. cit.*, ad art. 23 N 31).

Dans l'arrêt présentement commenté, notre Haute Cour réaffirme ce principe. Le devoir de l'assurance-chômage d'avancer les prestations ne prend pas fin lors de la communication de la motivation de la décision de l'office AI à la caisse de compensation. Il s'agit là d'un acte interne à l'administration. Le taux d'invalidité est par ailleurs encore susceptible d'évoluer, à la hausse comme à la baisse, jusqu'à la notification de la décision à l'assuré. En effet, l'office AI doit tenir compte des éléments nouveaux jusqu'à sa prise de décision. Ce n'est donc en principe **qu'au moment de la notification de la décision** que le taux d'invalidité est fixé et que le devoir d'avancer les prestations de la caisse de chômage prend fin. C'est également à ce moment-là que la caisse de chômage doit procéder à l'adaptation du gain assuré selon l'art. 40b OACI.

Pour le Tribunal fédéral, le terme de la période d'incertitude peut être exceptionnellement avancé au moment du projet de décision lorsqu'une **incapacité totale de gain avec inaptitude manifeste est reconnue** (arrêt commenté, c. 4.1.2).

De plus, notre Haute Cour tolère que l'adaptation du gain assuré soit effectuée par la caisse de chômage avant que son devoir d'avancer les prestations ne prenne fin dans le cas où l'assuré et l'assureur social se sont **mis d'accord** sur un taux minimum d'invalidité.

Un accord de ce type paraît toutefois extrêmement rare en pratique. Le fait que l'office AI ait admis un certain taux d'invalidité dans le projet de décision ne permet en tout cas pas d'inférer l'existence d'un tel accord. De plus, dès lors que l'assuré soulève des objections en lien avec le projet de décision, le Tribunal fédéral considère qu'aucun taux d'invalidité minimum n'est fixé (arrêt commenté, c. 4.2).

On peut regretter que le Tribunal fédéral ne se soit pas montré plus ferme en ne tolérant aucune exception au principe de la fin des avances (et de l'adaptation du gain assuré) uniquement au moment de la notification de la décision.

En effet, même en cas d'incapacité de gain totale avec inaptitude manifeste, l'assuré risque de se trouver privé de revenus du jour au lendemain si la caisse de chômage peut mettre un terme à ses avances dès la notification du projet de décision. Il devra en effet attendre la notification de la décision de l'AI, qui peut prendre plusieurs mois, pour commencer à percevoir sa rente, ce qui n'est naturellement pas satisfaisant. Il nous aurait ainsi paru pleinement justifié d'affirmer que même dans ces cas-là, le devoir de la caisse de chômage d'avancer les prestations ne prend fin que lorsque la personne commence à percevoir sa rente d'invalidité, étant rappelé que la caisse de chômage peut ensuite récupérer une partie de ses avances sur les rétroactifs de rente.

En l'état, pour éviter ces situations critiques, il paraît indispensable que l'office AI revoie sa pratique et statue dorénavant **en deux phases**, conformément aux recommandations du Tribunal fédéral, soit d'abord sur le droit à la rente courante, puis ensuite sur le paiement du rétroactif. Cela permettra de mieux synchroniser la fin des avances de chômage et le début du versement de la rente d'invalidité, tout en permettant à la caisse de chômage de faire valoir ses prétentions en restitution dans la seconde phase.

3. Calcul du gain assuré des personnes atteintes dans leur santé

A l'ATF 132 V 357, le Tribunal fédéral a confirmé la pratique administrative préconisée par le SECO consistant à définir le gain assuré des personnes atteintes dans leur santé en multipliant leur dernier salaire avant l'atteinte à la santé par leur « taux de validité », soit la **différence entre 100 % et le taux d'invalidité fixé par l'AI**. L'instance cantonale, qui s'était basée sur le salaire d'invalidité défini par l'AI, n'a pas été suivie.

A l'ATF 140 V 89, le Tribunal fédéral a confirmé cette méthode, en soulignant que **l'incapacité de gain au sens de l'art. 40b OACI renvoyait à la notion d'invalidité de l'art. 8 LPGA** (ATF 140 V 89 c. 5.2).

Si la méthode de calcul du gain assuré, aussi discutable soit-elle, est ainsi ancrée dans la jurisprudence, cette méthode ne doit pas conduire à l'exclusion de l'assurance chômage des personnes qui disposent encore d'une **capacité résiduelle de travail suffisante** (20 % au minimum), mais dont le taux de « validité » fixé par l'AI ou l'autre assureur social est inférieur à ce seuil.

Prenons l'exemple qu'une personne percevant un salaire de CHF 188'000.- avant d'être atteinte dans sa santé. Selon l'office AI, il est toujours apte à travailler à 50 % dans une activité adaptée, susceptible de lui procurer un gain de CHF 28'518.-. Son taux d'invalidité est donc de 85 %, lui ouvrant le droit à une rente entière d'invalidité.

Cette personne doit pouvoir continuer à bénéficier des indemnités de chômage tout en percevant une rente entière d'invalidité, puisqu'elle dispose d'une capacité résiduelle de travail de 50 % et est désireux de retrouver un emploi à la hauteur de ses capacités. En effet, c'est bien la capacité résiduelle de travail (ici 50 %), et non le taux de « validité » (ici 15 %), qui définit le droit des assurés atteints dans leur santé aux prestations du chômage (arrêt du TF 8C_490/2010, c. 4.1 ; art. 5 OACI).

Le taux de validité de 15 % pourra en revanche servir au calcul du gain assuré, conformément à la jurisprudence précitée.

4. Conclusions

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral confirme que la caisse de chômage doit en principe attendre la notification de la décision d'octroi de rente d'invalidité à l'assuré avant de mettre un terme à ses avances.

C'est également à ce moment-là que le gain assuré peut être adapté en fonction de l'incapacité de gain fixé dans la décision d'octroi de rente.

Si cette décision est louable, on peut regretter que le Tribunal fédéral ait inutilement compliqué la réflexion en tolérant des exceptions et craindre que l'interprétation de ces exceptions donne lieu à de nouveaux litiges.

Afin de réduire ce risque, il serait opportun que l'office AI prenne pour habitude de statuer, dans un premier temps, sur le droit à la rente courante et, dans un second temps, sur le versement du rétroactif. Cette manière de procéder permettrait d'éviter les mois de carence de revenus de l'assuré en cas d'interruption précoce des avances dans le cas d'une incapacité totale de gain. Cette méthode permettrait aussi à la caisse de chômage d'interrompre plus tôt le versement de ses avances, sans avoir à attendre que toutes les questions liées au versement du rétroactif de rente soient réglées.

Enfin, une fois que l'incapacité de gain est fixée, il importe de ne pas confondre la question de la capacité résiduelle de travail permettant à l'assuré de continuer à prétendre aux prestations du chômage, qui doit être de 20 % au minimum, de la question de l'adaptation du gain assuré en fonction du taux de « validité » défini par l'office AI ou l'autre assureur social concerné, qui peut être inférieur à ce seuil.