

# **BE\_VERWALTUNGSGERICHT 200 2022 671 vom 20. November 2023**

BE Verwaltungsgericht, 2023-11-20, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be\\_verwaltungsgericht\\_200\\_2022\\_671](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_verwaltungsgericht_200_2022_671)

FR: BE\_VERWALTUNGSGERICHT 200 2022 671 du 20 novembre 2023

IT: BE\_VERWALTUNGSGERICHT 200 2022 671 del 20 novembre 2023

## **Regeste**

Gain intermédiaire

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

La décision sur opposition du 6 octobre 2022 représente l'objet de la contestation. Elle ressortit au droit des assurances sociales et confirme la décision de l'intimée du 27 juin 2022, selon laquelle les indemnités journalières de janvier à avril 2022 ont été calculées en tenant compte d'un gain intermédiaire de Fr. 1'253.50 pour chacun de ces mois. L'objet du litige porte sur l'annulation, tant de la décision du 27 juin 2022, que de la décision sur opposition du 6 octobre 2022. Est particulièrement critiqué par l'assurée le fait que l'intimée ait retenu que la somme allouée par le dernier employeur, de Fr. 5'014.-, équivalait à quatre mois de salaires et qu'elle devait être prise en compte (en tant que gain intermédiaire réparti sur quatre mensualités) pour la fixation des indemnités de janvier à avril 2022.

### **E. 1.2**

Ainsi, en tant que la recourante conclut à l'annulation de la décision du 27 juin 2022, elle méconnaît l'effet dévolutif de l'opposition du 29 août 2022, qui implique que la décision sur opposition rendue le 6 octobre 2022 a remplacé la décision initiale de l'intimée. Partant, seul ce nouveau prononcé (sur opposition) est sujet à recours (ATF 132 V 368 c. 6.1; UELI KIESER, ATSG-Kommentar, 2020, art. 52 n. 74 et n. 79, ainsi qu'art. 56 n. 16). Dans cette mesure, le recours est dès lors irrecevable.

Jugement du Tribunal administratif du canton de Berne du 20 novembre 2023, 200.2022.671.AC, page 4

### **E. 1.3**

Au surplus, interjeté en temps utile, dans les formes prescrites, auprès de l'autorité de recours compétente, par une partie disposant de la qualité pour recourir et représentée par un mandataire dûment constitué, le recours est recevable (art. 100 al. 3 de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage [LACI, RS 837.0], en relation avec l'art. 128 al. 1 de l'ordonnance fédérale du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage [OACI, RS 837.02]; art. 56 ss de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales [LPGA, RS 830.1], qui s'applique par renvoi de l'art. 1 al. 1 LACI; art. 15 et 74 ss de la loi cantonale du 23 mai 1989 sur la procédure et la juridiction administratives [LPJA, RSB 155.21]).

### **E. 1.4**

La recourante critique le montant des indemnités journalières qui lui a été versé en tenant compte d'un gain intermédiaire de Fr. 1'253.50 pour les mois de janvier à avril 2022, soit des mensualités nettes de Fr. 211.25 (janvier), Fr. 157.05 (février), Fr. 319.60 (mars) et Fr. 211.25 (avril), ce qui représente un total de Fr. 899.15 (dossier [dos.] de la Caisse de chômage [CCh] 93 à 96). En retranchant le gain intermédiaire du calcul de l'indemnité, cette somme serait de Fr. 4'603.75 (Fr. 1'137.40, Fr. 1'083.25, Fr. 1'245.70 et Fr. 1'137.40; que l'on obtient en multipliant le montant de l'indemnité journalière par le nombre de jours contrôlés, puis en déduisant les cotisations sociales). La valeur litigieuse est par conséquent inférieure à Fr. 20'000.-, si bien que le jugement de la cause incombe à un juge unique de la Cour des affaires de langue française du TA (art. 54 al. 1 let. c et art. 57 al. 1 de la loi cantonale du 11 juin 2009 sur l'organisation des autorités judiciaires et du Ministère public [LOJM, RSB 161.1]).

### **E. 1.5**

Le Tribunal examine librement la décision contestée et n'est pas lié par les conclusions des parties (art. 61 let. c et d LPGA; art. 80 let. c ch. 1 et 84 al. 3 LPJA).

### **E. 2.1**

L'assuré a droit à l'indemnité de chômage, notamment, s'il est sans emploi ou partiellement sans emploi (art. 8 al. 1 let. a LACI). Est réputé sans emploi celui qui n'est pas partie à un rapport de travail et cherche à

Jugement du Tribunal administratif du canton de Berne du 20 novembre 2023, 200.2022.671.AC, page 5 exercer une activité à plein temps (art. 10 al. 1 LACI). Est en revanche réputé partiellement sans emploi celui qui n'est pas partie à un rapport de travail et cherche à n'exercer qu'une activité à temps partiel (let. a), ou occupe un emploi à temps partiel et cherche à le remplacer par une activité à plein temps ou à le compléter par une autre activité à temps partiel (let. b). Entre autres conditions, l'assuré a en outre droit à l'indemnité de chômage s'il a subi une perte de travail à prendre en considération (art. 8 al. 1 let. b LACI). Il y a lieu de prendre en considération la perte de travail lorsqu'elle se traduit par un manque à gagner et dure au moins deux journées de travail consécutives (art. 11 al. 1 LACI).

### **E. 2.2**

Conformément à l'art. 22 al. 1 phr. 1 LACI et sous réserve de l'art. 22 al. 2 LACI, l'indemnité journalière pleine et entière s'élève à 80 % du gain assuré. Selon l'art. 23 al. 1 phr. 1 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.

### **E. 2.3**

Est réputé intermédiaire tout gain que le chômeur retire d'une activité salariée ou indépendante durant une période de contrôle. L'assuré qui perçoit un gain intermédiaire a droit à la compensation de la perte de gain (art. 24 al. 1 LACI). Est réputée perte de gain la différence entre le gain assuré et le gain intermédiaire (art. 24 al. 3 in initio LACI). Aux termes de l'art. 41a al. 1 OACI, reconnu conforme à la loi (SVR 1999 ALV n° 8 c. 2c), lorsque l'assuré réalise un revenu inférieur à son indemnité de chômage, il a dès lors droit à

des indemnités compensatoires pendant le délai-cadre d'indemnisation (ATF 127 V 479 c. 2; SVR 2006 ALV n° 24 c. 4.3).

### **E. 3.1**

Dans la décision sur opposition contestée et sa réponse, l'intimée a d'abord rappelé que la recourante avait travaillé en dernier lieu pour une institution de formation, en tant que chargée de cours rémunérée à l'heure

Jugement du Tribunal administratif du canton de Berne du 20 novembre 2023, 200.2022.671.AC, page 6 et à la demande. L'intimée a ensuite ajouté qu'après un premier entretien avec l'assurée, le 19 janvier 2022, puis une seconde entrevue similaire, le 7 février 2022, l'employeur avait finalement mis fin aux rapports de travail l'unissant à la recourante, par un écrit daté du même jour, mais avec effet rétroactif au 31 décembre 2021. L'autorité précédente a précisé que la recourante avait dès lors reçu une indemnité de Fr. 5'014.- de la part de son employeur, ce qui correspondait à quatre mois de salaire, calculés en fonction des gains obtenus au cours des 12 mois ayant précédé la pandémie de maladie à coronavirus (du 1er mars 2019 au 29 février 2020). L'intimée a donc fait savoir qu'elle avait tenu compte de cette somme au titre d'un gain intermédiaire, perçu pour les périodes de contrôle de janvier à avril 2022. L'intimée a en effet signifié que ce montant équivalait à un salaire et qu'il devait donc être réparti en quatre parts égales, de janvier jusqu'à avril 2022, conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, applicable en ce qui concerne les contrats de travail sur appel. Enfin, l'intimée a expliqué que, contrairement à l'avis de la recourante, le délai-cadre d'indemnisation ne pouvait pas être reporté, une fois qu'il avait été ouvert.

### **E. 3.2**

L'assurée conteste les décomptes de janvier à avril 2022, qui incluent Fr. 5'014.- (reçus de l'employeur) en tant que gain intermédiaire. Elle affirme d'abord qu'il n'est pas logique que l'intimée ait réparti ce montant sur quatre mois, alors qu'il a admis que le délai de résiliation du contrat de travail était de trois mois. Elle critique aussi l'avis de l'intimée, d'après qui cette somme constituerait du salaire. Elle fait savoir qu'il s'agissait d'un dédommagement pour le travail non proposé entre septembre et décembre 2021 (période pendant laquelle le revenu de l'assurée avait nettement baissé). Aussi, elle souligne que si son employeur avait calculé ce montant sur la base d'un revenu moyen perçu du 1er mars 2019 au 29 février 2020, comme exposé par l'intimée, on parviendrait à un montant différent. Elle ajoute que cette rétribution ne peut du reste pas être un gain intermédiaire, puisqu'elle a été obtenue en dehors d'une période de contrôle. En outre, elle conteste qu'il y a eu un accord sur la résiliation des rapports de travail et qu'elle a reçu une indemnité de départ. Elle explique qu'elle n'avait pas droit à une telle prestation d'après son contrat de travail et que celle-ci n'aurait pas dû être prise en compte, puisqu'elle n'atteignait

Jugement du Tribunal administratif du canton de Berne du 20 novembre 2023, 200.2022.671.AC, page 7 pas le seuil qui le permettait. Enfin, elle signale que même en ignorant cette condition, une indemnité de départ aurait dû entraîner un report du délai-cadre, ce qui n'a pas été le cas. Elle est d'avis qu'il s'agissait donc d'une indemnité pour résiliation anticipée des rapports de travail, sous la forme d'un dédommagement.

### **E. 4**

En premier lieu, il faut relever que la recourante était liée à ses derniers employeurs par des contrats de travail sur appel (ce qui n'est à juste titre pas remis en cause par les parties; au sujet de ce type de contrat de travail en droit de l'assurance-chômage, voir arrêt du Tribunal fédéral [TF] 8C\_318/2014 du 21 mai 2015 c. 5.1 et JTA AC/2022/261 du 12 novembre 2022 c. 5.1). D'autre part, il sied de mentionner que le délai-cadre d'indemnisation du 1er mars 2019 au 30 novembre 2021 a été ouvert suite à la perte de l'emploi en faveur de l'organisation active dans la formation pour adultes. Les salaires perçus auprès du premier employeur ont alors été pris en compte au titre de gains intermédiaires. L'intimée a en effet retenu que cette activité avait été entreprise afin de réduire le dommage (voir ATF 139 V 259 c. 5.1 et c. 5.3.1). Quant au second délai-cadre d'indemnisation, l'intimée a relaté, dans sa décision sur opposition du 5 avril 2022, que cette même activité avait débuté en 2004 et qu'au cours des deux années ayant précédé son prononcé initial du 10 janvier 2022 (par lequel un délai-cadre consécutif avait d'abord été exclu; dos. CCh 224), les heures de travail accomplies n'avaient en moyenne pas fluctué de plus ou de moins de 20%. L'intimée en a déduit que, même s'il était question d'un travail sur appel, la recourante avait subi une perte de travail à prendre en considération (voir ATF 146 V 112 c. 3.3 et c. 5.5 s. [in: DTA 2020 p. 177], 139 V 259 c. 5.3.1; SVR 2014 ALV n° 8 c. 2.2 et c. 3.3 s.; voir aussi JAB 2020 p. 360 c. 2.3.2). Un second délai-cadre a alors été ouvert (dos. CCh 107 s.; TF 8C\_814/2019 du 11 mars 2020 c. 4.3.2, 8C\_656/2014 du 10 novembre 2015 c. 4.2, 8C\_46/2014 du 24 avril 2014 c. 3.3.1). Cela étant, il apparaît que la perte du dernier emploi n'a dès lors pas été à la base de l'ouverture du second délai-cadre. Le droit de l'intéressée a en effet été reconnu dès le 1er décembre 2021 (dos. CCh 107), suite à la demande de

Jugement du Tribunal administratif du canton de Berne du 20 novembre 2023, 200.2022.671.AC, page 8 celle-ci, du 28 septembre 2021, d'obtenir la prolongation du versement des indemnités de chômage, motif pris qu'elle n'avait pas retrouvé un travail de formatrice d'adultes (dos. CCh 275). Le délai-cadre n'a pas été admis dès le 1er janvier 2022, suite au dépôt de la demande du 10 février 2022 (dos. CCh 220). Partant, indépendamment de la nature du montant alloué par le dernier employeur, celui-ci doit en tous les cas être appréhendé sous l'angle du gain intermédiaire et non sous l'angle de la perte de travail à prendre en considération (ATF 141 V 426 c. 5.1; voir aussi BORIS RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014 [cité: Commentaire], art. 11 n. 21 et la référence). Afin de répondre à la question de savoir si la somme litigieuse de Fr. 5'014.- peut ou non être prise en compte au titre du gain intermédiaire, il convient cependant d'en déterminer la nature à l'aune des règles applicables en matière de perte de travail à prendre en considération (voir c. 5).

### **E. 5.1**

N'est pas prise en considération la perte de travail pour laquelle le chômeur a droit au salaire ou à une indemnité pour cause de résiliation anticipée des rapports de travail (art. 11 al. 3 LACI). On entend par "droit au salaire" au sens de cette disposition, le salaire dû pour la période postérieure à la résiliation des rapports de travail, soit le salaire dû en cas de non-respect du délai de congé (art. 335c du Code des obligations du 30 mars 1911 [CO, RS 220]) ou en cas de résiliation en temps inopportun (art. 336c CO). Quant à la notion de "résiliation anticipée des rapports de travail", elle vise principalement des prétentions fondées sur les art. 337b et 337c al. 1 CO. S'il y a résiliation anticipée des rapports de travail d'un commun accord, la perte de travail, pendant la période correspondant au délai de congé, ou jusqu'au terme prévu par le contrat dans le cas des contrats à durée

déterminée, n'est pas prise en considération tant que les prestations de l'employeur couvrent la perte de revenu afférant à cette période (art. 10h al. 1 OACI). Lorsque les prestations de l'employeur dépassent le montant des salaires dus à l'assuré jusqu'au terme ordinaire des rapports de travail, les dispositions concernant les prestations volontaires de l'employeur selon l'art. 11a LACI sont applicables (art. 10h

Jugement du Tribunal administratif du canton de Berne du 20 novembre 2023, 200.2022.671.AC, page 9 al. 2 OACI; ATF 139 V 384 c. 3.1; TF 8C\_595/2018 du 29 novembre 2018 c. 3.2 s.; B. RUBIN, Commentaire, art. 11, n. 28 et n. 34).

## **E. 5.2**

La perte de travail n'est pas non plus prise en considération tant que des prestations volontaires versées par l'employeur couvrent la perte de revenu résultant de la résiliation des rapports de travail (art. 11a al. 1 LACI). Les prestations volontaires de l'employeur sont toutefois prises en compte pour la part qui dépasse le montant maximal visé à l'art. 3 al. 2 LACI (art. 11a al. 2 LACI). Celui-ci est actuellement de Fr. 148'200.- (art. 3 al. 2 LACI, en relation avec l'art. 22 al. 1 de l'ordonnance fédérale du 20 décembre 1982 sur l'assurance-accidents [OLAA, RS 832.202]). Lorsqu'elles dépassent ce montant, les prestations volontaires repoussent dans le temps le délai-cadre d'indemnisation et ouvrent une période de carence. La notion de "prestations volontaires" de l'employeur au sens de l'art. 11a LACI est définie de façon négative. Il faut entendre les prestations allouées en cas de résiliation des rapports de travail régis par le droit privé ou le droit public qui ne constituent pas des prétentions de salaire ou d'indemnités selon l'art. 11 al. 3 LACI (art. 10a OACI). Il s'agit, dans un sens large, des indemnités qui excèdent ce à quoi la loi donne droit à la fin du contrat de travail, en particulier des indemnités de départ destinées à compenser les conséquences de la perte de l'emploi (ATF 145 V 188 c. 3.4, 143 V 161 c. 3.4; TF 8C\_585/2019 du 18 octobre 2019 c. 3.2, 8C\_595/2018 du 29 novembre 2018 c. 3.4; B. RUBIN, Commentaire, art. 11a n. 5).

## **E. 5.3**

En l'espèce, le dossier permet de relever les principaux faits suivants.

### **E. 5.3.1**

Par un contrat de travail à temps partiel du 23/28 mai 2007, la recourante a été engagée en qualité d'enseignante de langue étrangère pour une durée indéterminée. Ce contrat de travail (sur appel) ne garantissait pas de droit à un taux d'occupation d'une ampleur déterminée et prévoyait que le travail devait être fourni à la demande de l'entreprise (dos. CCh 420). Selon un courrier de l'employeur, du 7 février 2022, l'intéressée aurait par la suite été informée, au mois d'août 2021, que l'école de langue dans laquelle elle était active allait être fermée au 31 décembre 2021 et que son lieu de travail allait être déplacé. L'employeur

Jugement du Tribunal administratif du canton de Berne du 20 novembre 2023, 200.2022.671.AC, page 10 aurait toutefois par la suite constaté qu'il avait transmis cette information par erreur, puisqu'aucune possibilité de remplacement ou alternative n'était possible pour l'intéressée et qu'il aurait plutôt dû mettre fin à ses rapports de travail. Dans ce même courrier, l'employeur s'est référé à deux entretiens avec l'intéressée, des 19 janvier et 7 février 2022, à l'issue desquels cette dernière aurait manifesté son approbation quant au fait que le terme du contrat de travail soit fixé avec effet rétroactif au 31 décembre 2021. En conclusion à son écrit, l'employeur s'est enfin excusé pour son erreur, de même que pour la

gêne occasionnée et a accordé à la recourante une "indemnité de départ" (Austrittsabfindung) de Fr. 5'014.- "au total" (insgesamt). L'employeur a précisé que ce montant correspondait au revenu moyen cumulé sur quatre mois (entspricht Ihrem kumulierten Durchschnittsverdienst von 4 Monaten; dos. CCh 175).

### **E. 5.3.2**

En réponse à deux e-mails de l'intimée, des 17 et 25 mars 2022 (dos. CCh 114 s.), l'employeur a précisé, le 29 mars 2022, que le délai de résiliation relatif au contrat de travail était de trois mois. Il a répété qu'il aurait dû résilier le contrat de la recourante en août 2021, du fait de la fermeture du site, au lieu d'évoquer un transfert du lieu d'activité, erreur qu'il n'avait découverte qu'en janvier 2022. Il a ajouté que, dans la mesure où il ne pouvait plus proposer de travail à la recourante, celle-ci n'aurait dès lors plus pu percevoir le moindre revenu de sa part dès janvier 2022. Aussi, l'employeur a relevé que sa décision de mettre fin au contrat avait été prise le 19 janvier 2022, ce qui avait ensuite été concrétisé, après des clarifications internes, lors de l'entrevue du 7 février 2022. En accord avec la recourante, il aurait alors été mis fin au contrat avec effet rétroactif au 31 décembre 2021 (dos. CCh 112).

### **E. 5.3.3**

L'employeur a encore été sollicité par l'intimée le 12 septembre 2022 (dos. CCh 66), si bien qu'il s'est prononcé le 29 septembre 2022 (dos. CCh 53). Il a alors précisé que l'école au sein de laquelle la recourante travaillait devait être fermée pour le 31 décembre 2021, raison pour laquelle des solutions de remplacement avaient été recherchées pour les enseignants. L'employeur a déclaré que la recourante avait ainsi été informée en août 2021 de la clôture du site pour le 31 décembre 2021 et la poursuite de son activité dès le 1er janvier 2022 dans l'établissement d'une

Jugement du Tribunal administratif du canton de Berne du 20 novembre 2023, 200.2022.671.AC, page 11 autre localité (voir dos. CCh 62). Il a par ailleurs précisé que le montant de Fr. 5'014.- constituait une "indemnité de départ" (Austrittsabfindung), sous la forme du cumul du revenu moyen de quatre mois (sur la base des 12 mois ayant précédé la pandémie de COVID-19, soit du 1er mars 2019 au 29 février 2020).

### **E. 5.4.1**

Cela étant, quoi qu'en dise la recourante (p. 5 § 4 du recours), force est de constater qu'un accord a bel et bien été conclu au sujet de la résiliation anticipée du contrat de travail. Il résulte en effet des pièces produites (voir en particulier dos. CCh 175), dont le contenu n'a du reste pas été remis en question par la recourante, que l'employeur et l'intéressée se sont rencontrés les 19 janvier et 7 février 2022, qu'ils ont évoqué la fin des rapports de travail (problématique en raison de l'erreur commise par l'employeur, de proposer un autre lieu de travail, au lieu de mettre fin à la relation contractuelle), puis qu'ils ont convenu ensemble de mettre un terme à ce contrat avec effet rétroactif au 31 décembre 2021. Une telle convention de résiliation (voir TF 9C\_374/2021 du 3 mai 2022 c. 5.2, in SVR 2023 BVG n° 6) ne nécessite en effet pas le respect d'une forme particulière (TF 4A\_362/2015 du 1er décembre 2015 c. 3.2, 4A\_103/2010 du 16 mars 2010 c. 2.2). Il est toutefois exigé qu'elle implique une équivalence appropriée de concessions réciproques, les prétentions auxquelles chaque partie renonce devant être d'une valeur comparable (ATF 136 III 467 c. 4.5; TF 8C\_176/2022 du 21 septembre 2022 c. 5.1.2, 4A\_57/2021 du 21 juillet 2021 c. 3.2.3, 4A\_13/2018 du 23 octobre 2018 c. 4.1.2; WYLER/HEINZER, Droit du travail, 2019, p. 648 ss). Au cas particulier, il faut d'abord rappeler que l'employeur a communiqué à la

recourante qu'il mettait fin à la relation de travail en janvier 2022 seulement (par téléphone), puis en février 2022 (par écrit), alors que le délai de résiliation était de trois mois (dos. CCh 112). Partant, la recourante n'était pas tenue d'accepter le terme rétroactif (rückwirkend; dos. CCh 175) mentionné par l'employeur. Elle aurait pu se prévaloir de la poursuite de son contrat de travail au-delà de cette échéance. Il ne faut cependant pas perdre de vue que la recourante était liée à l'employeur par un contrat de travail sur appel, qui ne garantissait aucun nombre d'heures de travail minimal (dos. CCh 420), tel

Jugement du Tribunal administratif du canton de Berne du 20 novembre 2023, 200.2022.671.AC, page 12 que déjà évoqué. Ce faisant, la recourante ne pouvait obtenir un salaire que pour autant qu'elle soit effectivement appelée à travailler. Or, ainsi que l'employeur l'a expliqué dans son envoi du 7 février 2022, dès lors que l'école de langues dans laquelle l'intéressée était employée devait être fermée au 31 décembre 2021, la recourante n'aurait de toute manière plus eu aucune possibilité d'y travailler et donc de percevoir des revenus tirés de cette activité à compter du 1er janvier 2022 (dos. CCh 175). Dans ces conditions, la recourante avait donc un intérêt important à accepter l'échéance rétroactive du contrat de travail au 31 décembre 2021, puisque cette concession était accompagnée de l'allocation d'un montant de Fr. 5'014.-. Par conséquent, il a donc effectivement été question d'un accord des parties sur la résiliation anticipée des rapports de travail, impliquant des concessions réciproques et équivalentes.

#### **E. 5.4.2**

Il faut en outre mettre en évidence que le versement de Fr. 5'014.- a été convenu dans le but de compenser les désagréments causés à la recourante du fait de l'erreur de l'employeur (voir c. 5.3.1). L'intéressée a en effet été privée de tout délai de résiliation et donc d'une période de trois mois durant laquelle elle aurait pu rechercher un autre emploi et anticiper les conséquences de sa perte de revenus (voir ATF 125 III 65 c. 4b/aa). En ce sens, l'indemnité devait donc lui garantir une forme de rémunération, même après la résiliation du rapport de travail et ce pendant quatre mois, soit jusqu'en avril, comme l'intimée l'a retenu à juste titre. Qui plus est, la différence évoquée par l'assurée, dans son recours, entre les trois mois du délai de résiliation et les quatre mois accordés par l'employeur peut aisément être comprise, du fait que le contrat a pris fin avec effet rétroactif au 31 décembre 2021, alors que l'accord n'a quant à lui été conclu que le 7 février 2022. Dans ces circonstances, il est en effet compréhensible que les parties aient convenu de verser non seulement les trois mois de salaires du délai de résiliation, mais également un mois rétroactif en sus (à savoir le mois de janvier), étant d'ailleurs rappelé que le contrat de travail avait été résilié par téléphone le 31 janvier 2022 déjà (dos. CCh 187). Cette thèse vaut à plus forte raison que l'employeur a déduit les cotisations sociales de cette somme de Fr. 5'014 (dos. CCh 20; voir aussi ATF 140 V 368 c. 4.3.1; TF 8C\_338/2017 du 29 janvier 2018 c. 4.1; B. RUBIN, Assurance-chômage, Droit fédéral, Survol des mesures cantonales, Procédure, 2006 [cité:

Jugement du Tribunal administratif du canton de Berne du 20 novembre 2023, 200.2022.671.AC, page 13 Assurance-chômage], p. 159 in initio) et qu'il a détaillée le calcul de ce montant en relevant sans détour qu'il s'agissait du cumul de quatre fois la moyenne mensuelle salariale, sur la base de l'année qui avait précédé la pandémie, à savoir du 1er mars 2019 au 29 février 2020 (dos. CCh 53). Cela s'avère logique, puisque depuis le 31 décembre 2021, la recourante n'avait plus travaillé. Il fallait donc déterminer le salaire de janvier à avril sur la base d'une moyenne représentative. Du reste, contrairement à ce qu'indique la recourante (voir p. 5 § 2 du recours), la moyenne des salaires (nets) de cette

période avoisine à quelques francs près le montant alloué par l'employeur, puisque celle-ci atteint en l'espèce Fr. 1'256.30 (dos. CCh 55 et 260) alors que, par mensualités, la somme versée par l'employeur est de Fr. 1'253.50. Enfin, il sied de signaler que, sous l'angle du droit au salaire, il est admis que la notion se recoupe avec le salaire déterminant de l'art. 5 al. 2 LAVS. Elle comprend ainsi toutes les sommes touchées par le salarié (sans égard au fait de savoir si les rapports de travail ont été maintenus ou résiliés), pour autant que leur versement soit économiquement lié au contrat de travail (ATF 140 V 368 c. 4.3.1; TF 8C\_338/2017 du 29 janvier 2018 c. 4.1 et les références; B. RUBIN, Assurance-chômage, p. 158). Or, au vu de tout ce qui précède, ce lien économique doit être confirmé. Partant et en définitive, la somme versée constitue un salaire.

### **E. 5.4.3**

Il n'en reste pas moins que, en raison de l'accord sur la résiliation anticipée des rapports de travail, la présente constellation doit être examinée en tenant compte de l'art. 10h OACI (ATF 145 V 188 c. 3.3, 143 V 161 c. 3.3). Cependant, cette disposition opère une distinction, en ce sens que, pour la partie du montant versé qui dépasse le montant des salaires dus jusqu'au terme ordinaire des rapports de travail, les dispositions concernant les prestations volontaires de l'employeur (art. 11a LACI) sont déterminantes (art. 10h al. 2 OACI). Il s'ensuit que, pour les trois mois correspondant au délai de résiliation de son contrat de travail, un gain intermédiaire pouvait être imputé, dès lors que la recourante disposait alors d'un véritable droit au salaire. Dans la mesure où la recourante a elle-même confirmé que son contrat de travail avait été résilié oralement par l'employeur en date du 31 janvier 2022 (dos. CCh 187; voir également dos. CCh 221), la période correspondant au délai de résiliation courait de février

Jugement du Tribunal administratif du canton de Berne du 20 novembre 2023, 200.2022.671.AC, page 14 à avril 2022. Partant, en ce qui concerne le mois (rétroactif) de janvier 2022, la prestation allouée pour ce mois l'a donc été faite sur une base purement volontaire. Ce résultat s'impose d'autant plus qu'elle n'a pas été allouée pour la période postérieure au contrat de travail (B. RUBIN, Assurance-chômage, p. 158 s.; voir aussi TF 8C\_94/2020 du 9 juillet 2020 c. 4, in DTA 2020 p. 269). Rien n'imposait à l'employeur d'allouer plus que trois mois de salaire, même si l'échéance du contrat avait été fixée rétroactivement (voir aussi à ce propos: VGE ALV/2017/427 du 27 juin 2017 c. 3.3). Conformément à l'art. 11a al. 2 LACI, cette partie du montant accordé par l'employeur ne peut donc pas être prise en compte, puisque le seuil prévu pour ce faire, de Fr. 148'200.- n'est pas atteint. Pour cette même raison, un report du délai-cadre n'entraîne pas en ligne de compte (voir c. 5.2; voir aussi VINCENT CARRON, Assurances / Fin des rapports de travail et droit aux indemnités de chômage; retraite anticipée et prestations volontaires de l'employeur, in Panorama en droit du travail, 2009, p. 680; B. RUBIN, Assurance-chômage, p. 166 ss, exemple n. 5; voir encore Secrétariat d'Etat à l'économie [SECO], Bulletin LACI Indemnité de chômage, ch. B131).

### **E. 6.1**

En conclusion, le recours s'avère mal fondé, en tant qu'il critique la prise en considération, par l'intimée, d'un gain intermédiaire de Fr. 1'253.50 dans les décomptes d'indemnités journalières de février à avril 2022. En revanche, il est bien fondé, dans la mesure où il remet en cause qu'un tel gain intermédiaire puisse être imputé, s'agissant du décompte de janvier 2022. Sur ce point, la décision sur opposition du 6 octobre 2022 doit être annulée et

la cause renvoyée à l'intimée afin qu'elle procède à un nouveau calcul des prestations, puis qu'elle procède au versement du solde encore dû. Au surplus, le recours doit être rejeté.

### **E. 6.2**

Conformément à l'art. 61 let. fbis LPGA, pour les litiges en matière de prestations, la procédure est soumise à des frais judiciaires si la loi spéciale le prévoit. Dès lors que la législation en matière d'assurance- chômage ne prévoit pas de tels frais, il n'y a pas lieu d'en percevoir.

Jugement du Tribunal administratif du canton de Berne du 20 novembre 2023, 200.2022.671.AC, page 15

### **E. 6.3**

Au regard de ses conclusions, la recourante obtient partiellement gain de cause, soit dans une proportion qu'il y a lieu de fixer à 1/4. Elle a dès lors droit à des dépens dans une même proportion. La recourante, par son mandataire, a produit une note d'honoraires du 2 décembre 2022. Celle-ci comprend en partie des activités antérieures au prononcé de la décision sur opposition litigieuse. Ces travaux ne peuvent être pris en considération pour la fixation judiciaire du montant des honoraires par le tribunal (ATF 114 V 83 c. 4b). En tenant compte de cette correction, on obtient ainsi 7,75 heures. En cas de représentation par un syndicat, le tarif horaire est de Fr. 180.- en cas de représentation par une personne qualifiée, comme en l'espèce (voir la Circulaire du 16 décembre 2009 de la Cour des assurances sociales du Tribunal administratif du canton de Berne, accessible à l'adresse: [www.vgb.justice.be.ch](http://www.vgb.justice.be.ch), "Frais" et "Assistance judiciaire"). Les dépens sont ainsi fixés à Fr. 348.75 (1/4 de Fr. 1'395.- [180 x 7.75]), TVA comprise (étant précisée que celle-ci n'a pas été mise en évidence dans la note d'honoraires produite, qui ne contient en outre pas de débours). Pour le surplus, il n'est pas alloué de dépens (art. 61 let. g LPGA; art. 108 al. 3 en relation avec l'art. 104 al. 1 et 3 LPJA [dans sa version en vigueur jusqu'au 31 mars 2023; voir art. T2-1 LPJA]).

Jugement du Tribunal administratif du canton de Berne du 20 novembre 2023, 200.2022.671.AC, page 16

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.