

GE_GERICHTE ATAS/71/2022 vom 31. Januar 2022

GE Cour de justice, 2022-01-31, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_71_2022

FR: GE_GERICHTE ATAS/71/2022 du 31 janvier 2022

IT: GE_GERICHTE ATAS/71/2022 del 31 gennaio 2022

Erwägungen

E. 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

A/1854/2021 - 5/11 - 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.

E. 2

Interjeté en temps utile, le recours est recevable (art. 60 LPGA).

E. 3

Le litige porte sur le délai de départ du droit aux indemnités de chômage de l'assuré, l'intimé l'ayant fixé au 16 décembre 2021 alors que le recourant le réclame au 13 août 2021.

E. 3.2

; ATF 139 V 176 consid. 5.3 ; ATF 138 V 218 consid. 6).

E. 4.1

L'assuré a droit à l'indemnité de chômage si, entre autres conditions, il subit une perte de travail à prendre en considération (art. 8 al. 1 let. b de la loi sur l'assurance-chômage, LACI [RS 837.0]). 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). Il existe un certain nombre de dispositions qui visent à coordonner les règles du droit du travail avec l'ouverture du droit à l'indemnité de chômage. 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 n'est pas prise en considération (art. 11 al. 3 LACI). En conséquence, l'assurance ne verse en principe pas d'indemnités si le chômeur peut faire valoir des droits à l'encontre de son employeur pour la période correspondant à la perte de travail invoquée. 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 CO) 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 (Arrêt du Tribunal fédéral 8C_427/2018 du 30 avril 2019, consid. 3.2; ATF 143 V 161 consid. 3.2 p. 163; voir Boris RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, nos 28 et 34 ad art. 11 LACI).

E. 4.2

Selon l'art. 11a LACI, la perte de travail n'est pas 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 (al. 1). Les prestations volontaires de l'employeur ne sont prises en compte que pour la part qui dépasse le montant maximum visé à l'art. 3 al. 2 (al. 2). Le Conseil fédéral règle les exceptions lorsque les prestations volontaires sont affectées à la prévoyance professionnelle (al. 3). L'art. 3 al. 2 LACI fait référence au gain mensuel assuré dans l'assurance-accident obligatoire, soit CHF 148'200.- (art. 22 al. 1 de l'Ordonnance sur l'assurance-accidents, OLAA ; RS 832.202, selon la teneur en vigueur depuis le 1er janvier 2016). Lorsqu'elles dépassent ce montant, les prestations volontaires repoussent donc dans le temps le délai-cadre d'indemnisation, ouvrant ainsi une période de carence (Arrêt du Tribunal fédéral 8C_427/2018 du 30 avril 2019, consid. 3.4).

A/1854/2021 - 6/11 - La perte de travail n'est pas prise en considération si des prestations volontaires couvrent une perte de revenu découlant de la résiliation des rapports de travail. Il s'agit, en particulier, d'éviter une indemnisation à double. Les prestations ne sont cependant prises en compte qu'à partir d'un certain seuil, afin de ne pas dissuader les employeurs de proposer des plans sociaux (RUBIN, op. cit., n° 2 ad art. 11a LACI; Vincent CARRON, 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, Rémy WYLER [éd.], 2009, p. 679; Arrêt du Tribunal fédéral 8C_427/2018 du 30 avril 2019, consid. 3.5).

E. 4.3

Aux termes des chiffres 122 à 129 du bulletin LACI IC, les prestations volontaires versées par un employeur à la résiliation d'un rapport de travail n'entraînent la non-prise en considération de la perte de travail que si elles dépassent le montant maximum du gain assuré selon l'art. 3, al. 2, LACI, soit CHF 148'200.-. Les montants affectés à la prévoyance professionnelle sont déduits, en plus du montant de CHF 148'200.-, des prestations volontaires à prendre en compte jusqu'à concurrence du montant maximum du salaire coordonné défini à l'art. 8 LPP en liaison avec l'art. 5 OPP 2. Ce montant s'élève à CHF 84'600.- et sera régulièrement adapté. La caisse doit se faire confirmer l'affectation par l'institution de prévoyance. Si, après avoir quitté l'emploi pour lequel il avait touché une prestation volontaire, l'assuré a accompli la période de cotisation minimale dans un autre emploi, la prestation volontaire n'est plus prise en considération. La période pendant laquelle la perte de travail n'est pas prise en considération commence à courir le premier jour après l'expiration du rapport de travail pour lequel l'assuré a touché la prestation volontaire. La date à laquelle il s'inscrit au chômage n'a donc aucune incidence sur l'écoulement de la période, de même que la prise d'une autre activité ne l'interrompt pas. Pour déterminer la durée de cette période, on divise le montant des prestations volontaires prises en compte par le salaire perçu dans le cadre de l'activité ayant donné lieu à leur versement. Si le montant du salaire variait, le salaire déterminant est le salaire moyen des 6 ou 12 derniers mois comme prévu à l'art. 37, al. 1 et 2, OACI. Si le rapport de travail a duré moins de 6 mois, le salaire déterminant est le salaire moyen couvrant la durée du rapport de travail. L'élément déterminant pour le calcul de la durée de la perte de travail non prise en considération est le salaire effectivement touché, 13e mois, gratification, etc. (C2) même si son montant dépasse le montant du gain assuré maximum (actuellement CHF 12'350.- par mois). Le taux d'occupation avant l'inscription au chômage et le taux de l'activité recherchée n'ont aucune incidence sur la perte de travail non prise en considération. Le

délai-cadre d'indemnisation commence à courir le premier jour où la perte de travail est prise en considération et où l'assuré remplit toutes les autres conditions ouvrant droit à l'IC. Les périodes pendant lesquelles la perte de travail n'est pas prise en considération en raison de prestations volontaires comptent comme périodes de cotisation, que la prestation volontaire soit ou non

A/1854/2021 - 7/11 - considérée comme salaire déterminant selon la législation sur l'AVS. Les prestations volontaires qui n'entraînent pas le report du droit aux prestations ne comptent pas comme périodes de cotisation.

E. 5.1

La notion de « prestations volontaires » au sens de l'art. 11a LACI, est définie négativement : il faut entendre les prestations allouées en cas de résiliation des rapports de travail régis par le droit privé ou par le droit public qui ne constituent pas des prétentions de salaire ou d'indemnités selon l'art. 11 al. 3 LACI (art. 10a de l'Ordonnance sur l'assurance-chômage, OACI [RS 837.02]). Dans un sens large, ce sont les indemnités de départ qui excèdent ce à quoi la loi donne droit durant le délai de résiliation, à la fin des rapports de travail. Il peut s'agir de prestations reposant sur un contrat, mais seulement pour la part qui excède ce que la loi prévoit, en particulier les indemnités de départ destinées à compenser les conséquences de la perte de l'emploi (même si elles sont prévues dans un plan social ou une convention collective de travail), les gratifications, ou les bonus de rétention (contrat individuel de travail ; causes ordinaires d'extinction, in *Droit du travail*, Rémy WYLER et Boris HEINZER, Berne 2019, pp. 655 et 656). Il conviendra donc de bien distinguer les montants qui constituent une indemnité de départ, des montants qui récompensent les prestations passées et qui ne seraient pas versés en raison de la fin des rapports de travail. Ainsi, un bonus qui récompense l'activité passée n'est pas pris en compte par l'article 11a LACI (CARRON, op. cit., pp. 680-682). Pour délimiter le champ d'application de l'art. 11a LACI, ce qui est décisif n'est pas la qualification de la prestation au regard des règles de la LAVS sur le salaire déterminant, mais le caractère volontaire de la prestation versée par l'employeur à la fin du rapport de travail (RUBIN, op. cit., n° 5 ad art. 11a LACI). Le fait que la prestation ait été convenue avant, pendant ou au moment de la résiliation des rapports de travail n'est pas déterminant. Ces prestations peuvent par exemple découler d'un plan social ou d'une convention collective de travail ou des indemnités de départ prévues dans les contrats (cf. arrêt 4A_670/2010 du 4 avril 2011 consid. 5; Thomas NUSSBAUMER, *Arbeitslosenversicherung*, in *Sécurité sociale*, SBVR vol. XIV, 3e éd. 2016, p. 2315 n. 168). Par contre, il n'y a pas de caractère volontaire lorsqu'il existe un droit légal à la prestation. Il est par exemple admis en doctrine que les prestations visées à l'art. 339b CO, en tant qu'elles sont obligatoires (art. 362 CO), ne sont pas des prestations volontaires entrant dans le champ d'application de l'art. 11a LACI (NUSSBAUMER, op. cit., p. 2315 n. 168; RUBIN, op. cit., n° 6 ad art. 11a LACI; cf. aussi Werner GLOOR, in *Commentaire du contrat de travail*, Dunand/Mahon [éd.], 2013, n° 3 ad art. 339b CO; CARRON, op. cit., pp. 681 et ss.).

E. 5.2

Dans un arrêt du 19 juin 2007, le Tribunal des assurances sociales du canton de Zurich a considéré un bonus versé au moment où la résiliation du contrat de travail avait été effective comme une prestation volontaire mais qui n'était pas liée à la fin des rapports de travail puisque ce bonus n'était pas une indemnisation pour la

A/1854/2021 - 8/11 - fin des rapports de travail mais une récompense pour les prestations fournies pendant les rapports de travail. Dès lors, il ne devait pas être pris en compte comme prestations volontaires versés par l'employeur (arrêt TCAS AL.2006.00467 de Zurich du 19 juin 2007, consid. 4.4).

E. 6.1

Dans le domaine des assurances sociales, la procédure est régie par la maxime inquisitoire selon laquelle les faits pertinents de la cause doivent être constatés d'office par l'autorité (art. 43 LPGA; ATF 145 V 90 consid. 3.2; ATF 138 V 218 consid. 6). Cette règle n'est toutefois pas absolue. Sa portée est restreinte par le devoir des parties de collaborer à l'instruction de l'affaire. Cela comporte en partie l'obligation d'apporter, dans la mesure où cela peut être raisonnablement exigé, les preuves commandées par la nature du litige et des faits invoqués, faute de quoi la partie concernée s'expose à devoir supporter les conséquences de l'absence de preuve (ATF 145 V 90 consid. 3.2; ATF 138 V 218 consid. 6; ATF 115 V 133 consid. 8a), sauf si l'impossibilité de prouver ce fait peut être imputée à la partie adverse (ATF 138 V 218 consid. 8.1.1). A cet égard, il est possible de s'inspirer du principe général consacré à l'art. 8 CC selon lequel chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit (ATF 138 V 218 consid. 6; en ce sens également : ATF 146 V 51 consid. 5.1 ; ATF 145 V 90 consid. 3.2 ; ATF 115 V 133 consid. 8a ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_412/2011, du 30 avril 2012 consid. 3.2). En conséquence, la partie qui fait valoir un droit doit prouver les faits fondant ce dernier, alors que le fardeau de la preuve relatif aux faits supprimant le droit, respectivement l'empêchant, incombe à la partie, qui affirme la perte du droit ou qui conteste son existence ou son étendue (ATF 141 III 241 consid. 3 ; ATF 139 III 13 consid. 3.1.3.1 ; ATF 139 III 7 consid. 2.2). Dans le même sens, le Tribunal fédéral a récemment précisé que la partie qui se prévaut d'une exception à la règle générale doit prouver les faits qui fondent ladite exception (ATF 147 III 393 consid. 6.3.1).

E. 6.2

Le juge des assurances sociales fonde sa décision, sauf dispositions contraires de la loi, sur les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent comme les plus vraisemblables, c'est-à-dire qui présentent un degré de vraisemblance prépondérante. Il ne suffit donc pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible ; la vraisemblance prépondérante suppose que, d'un point de vue objectif, des motifs importants plaident pour l'exactitude d'une allégation, sans que d'autres possibilités revêtent une importance significative ou entrent raisonnablement en considération (ATF 144 V 427 consid. 1).

E. 7.1

En l'espèce, l'intimé et le SECO retiennent que le bonus de rétention d'un montant de CHF 80'360.- représente une prestation volontaire de l'employeur puisqu'il relève purement du pouvoir discrétionnaire de ce dernier, a un lien direct

A/1854/2021 - 9/11 - avec la fin planifiée des rapports de travail et a pour objectif de prévenir un départ prématuré de l'employé. De plus, le droit au bonus n'existe pas au prorata jusqu'à la fin du contrat et le bonus de rétention s'inscrit dans un processus de mise en place d'un plan social en vue d'une volonté de l'employeur de se séparer d'une grande partie de ses employés, ce qui est corroboré par le fait que la lettre de résiliation du 22 juillet 2020, remplaçant celle datée du 26 février 2020, laisse penser que les conditions de réalisation de

l'octroi du bonus de rétention ne s'étaient pas réalisées, l'employeur n'avait donc aucune obligation de verser le bonus. L'intimé estime également que le fait que le recourant se soit vu attribuer une mission de courte durée, prolongeant la durée du rapport de travail initial, n'a pas d'importance. Par conséquent, l'intimé conclut que le montant du bonus doit être inclus dans le calcul du report du droit à l'indemnité chômage.

E. 7.2

Le recourant estime, quant à lui, que le bonus de rétention octroyé ne représente pas une prestation volontaire de l'employeur puisqu'il est prévu sur une période de travail antérieure à la résiliation du contrat de travail, quand bien même le versement dudit bonus n'a pu être effectué qu'à la fin des rapports de travail, ce qui était dû au manque de liquidités de la société au moment où le droit au versement du bonus s'est concrétisé, le 30 avril 2020. Le bonus résulte de la seule volonté des parties et non d'un plan social ou d'une convention collective de travail. Sur sa fiche de salaire du mois de janvier 2021, le bonus est désigné sous les termes de « rétention bonus » (bonus de rétention) et n'est pas inclus dans « severance » (indemnité de départ), démontrant que le bonus ne fait pas partie des indemnités versées par l'employeur dans le cadre de la résiliation des rapports de travail. La première résiliation des rapports de travail du 26 février 2020 a été annulée uniquement parce qu'une nouvelle mission lui a été proposée en juin 2020, pour une durée de 8 mois, et non pas pour remplir les conditions d'octroi du bonus.

E. 7.3

En l'occurrence, il convient d'examiner si le bonus de rétention doit être qualifié de prestation volontaire de l'employeur. Pour retenir une prestation volontaire de l'employeur au sens de la LACI, il faut que la prestation ait été accordée dans le cadre de la résiliation des rapports de travail. Il convient de distinguer les montants versés en lien avec le départ de l'employé des montants qui récompensent les prestations passées et qui, a contrario, ne sont pas versés en raison de la fin des rapports de travail. En 2019, l'employeur a traversé une période économique difficile (cf. article de presse du journal le « 20 minutes » publié le 19 septembre 2019, cité par l'intimé) et a mis en place un plan social le 25 novembre 2019. L'accord de rétention du bonus a été approuvé et signé le 20 septembre 2019, soit deux mois avant la mise en place du plan social, dans le but d'encourager le recourant à rester au service de l'employeur jusqu'au 30 avril 2020. Le montant du bonus de rétention n'est dès lors pas versé au titre du plan social, bien qu'il apparaisse sur l'annexe des lettres de résiliation des rapports de travail du 26 février 2020 et du 22 juillet 2020. Ces annexes font référence à un bonus de rétention exigible, mais ne lient pas le

A/1854/2021 - 10/11 - versement du bonus à la fin des rapports de travail. Par ailleurs, le bonus de rétention n'est pas mentionné dans le corps du texte du plan social. Il apparaît donc que le bonus litigieux a été proposé au recourant afin d'éviter une fuite d'employés au cours des mois de septembre 2019 à avril 2020 et non dans le cadre du licenciement à la fin de la période visée par l'accord du 20 septembre 2019. A cela s'ajoute qu'une première résiliation du 26 février 2020 a mis fin aux rapports de travail au 31 août 2020 mais a été « annulée » par l'addendum du 8 juin 2020 et ensuite la lettre de licenciement du 22 juillet 2020 mettant un terme au contrat de travail. De plus, on ne saurait suivre l'intimé ainsi que le SECO en tant qu'ils affirment que le bonus litigieux est lié à la mise en place du plan social en se basant sur un article de presse faisant écho de la volonté de l'employeur de se séparer d'une grande partie de son personnel. En effet, cet article de presse ne suffit pas à prouver que

durant les mois de crise de l'entreprise, le recourant allait être personnellement licencié. La preuve n'est pas non plus apportée par le SECO et l'intimé lorsqu'ils se basent sur un cas similaire pour lequel le bonus de rétention était mentionné sous la rubrique « termination information », puisque cela n'est pas le cas du recourant. Au vu des éléments précités, la résiliation des rapports de travail n'ayant donc finalement eu lieu que le 22 juillet 2020 pour le 31 janvier 2021, il est établi, au degré de la vraisemblance prépondérante, que le bonus de rétention n'a pas été prévu dans le cadre du processus de la résiliation des rapports de travail entre le recourant et l'employeur. Il en irait différemment si les rapports avaient bel et bien été résiliés par lettre du 26 février 2020. Comme le souligne le SECO, la lettre du 26 février 2020 remettrait alors en cause la réalisation des conditions d'octroi du bonus de rétention puisqu'elle résilie les rapports de travail avant le 30 avril 2020. Dans ce cas, on aurait dû admettre que le versement d'un bonus à la fin des rapports de résiliation était une prestation volontaire de l'employeur (l'arrêt du Tribunal fédéral 8C_822/2015 du 14 janvier 2021 trouverait alors application). Toutefois, les rapports de travail entre le recourant et l'employeur ayant été prolongés, cet argument tombe à faux. Le seul fait que le bonus ait été effectivement payé à la fin des rapports de travail ne suffit pas à infirmer ce qui précède. Ainsi, le bonus de rétention ne s'inscrivant pas dans le processus de résiliation des rapports de travail, il ne peut être considéré comme une prestation volontaire de l'employeur.

E. 8

Partant, le report du droit à l'indemnisation chômage est de 6 mois et 20 jours et le délai de départ du droit aux indemnités de chômage du recourant est établi au 13 août 2021.

E. 9

En conséquence, le recourant, qui obtient gain de cause, a droit à une indemnité à titre de participation à ses frais et dépens (art. 61 let. g LPGA) qui sera fixé à CHF 1'500.- à charge de l'intimée.

A/1854/2021 - 11/11 - PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant À la forme :

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