

# GE\_GERICHTE A/4060/2023 vom 14. Mai 2024

GE Cour de justice, 2024-05-14, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_A\\_4060\\_2023](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_4060_2023)

FR: GE\_GERICHTE A/4060/2023 du 14 mai 2024

IT: GE\_GERICHTE A/4060/2023 del 14 maggio 2024

## Erwägungen

### E. 1

er mars 2007, pour un salaire annuel de base de CHF 72'000.-. Elle était éligible au plan d'intéressement à la participation au bénéfice « Profit Sharing Incentive Plan » (ci-après : PSIP) à hauteur de 5% de sa rémunération annuelle. Par avenant du 3 octobre 2012, son salaire annuel et le taux cible du PSIP ont été augmentés, respectivement à CHF 94'848.- et 12%. b. Le 31 mai 2022, l'assurée a déposé une demande d'indemnités de chômage auprès de la caisse de chômage Unia (ci-après : la caisse). Elle a indiqué que les rapports de travail avaient duré du 1<sup>er</sup> mars 2007 au 31 mai 2022, que le dernier jour de travail effectué était le 30 septembre 2021, qu'elle avait été licenciée en raison d'une suppression de poste. Elle a sollicité le versement d'indemnité de chômage à compter du 1<sup>er</sup> juin 2022. L'intéressée a notamment communiqué à la caisse : - la confirmation de son inscription le 2 mai 2022 auprès de l'office cantonal de l'emploi (ci-après : l'OCE), mentionnant le 1<sup>er</sup> juin 2022 comme date de placement ; - une convention de fin des rapports de travail, intitulée « Separation Agreement », conclue avec l'employeur le 28 octobre 2020 ; - ses fiches de salaires du 1<sup>er</sup> juin 2020 au 31 mai 2022, attestant qu'elle avait perçu 24 salaires et cotisé aux assurances sociales durant toute la période considérée. c. Dans l'attestation complétée le 13 juin 2022, l'employeur a indiqué que le rapport de travail avait duré du 1<sup>er</sup> mars 2007 au 30 septembre 2021, qu'il avait résilié ledit rapport le 28 octobre 2020 pour le 30 septembre 2021, que le « délai de congé légal ou conventionnel » était de trois mois, mais qu'il avait continué à verser un montant de CHF 13'285.- par mois dès le 1<sup>er</sup> octobre 2021, « au-delà de la période conventionnelle » jusqu'au 31 mai 2022. Le dernier jour effectué était le 30 juin 2021 et le salaire avait été versé jusqu'au 30 septembre 2021. d. Par courrier du 8 juillet 2022, la caisse a informé l'assurée qu'elle avait droit à l'indemnité de chômage dès le 1<sup>er</sup> juin 2022, que son gain assuré s'élevait à CHF 12'350.- et l'indemnité journalière à CHF 398.40, soit 70% du gain assuré journalier, et qu'elle avait droit à 260 indemnités journalières jusqu'au 31 mai 2024, date d'expiration du délai-cadre d'indemnisation. e. Par courrier du 11 juillet 2023, la caisse a indiqué à l'assurée que, selon le décompte du mois de juin 2023, elle avait perçu 207.1 indemnités journalières et que le solde se montait à 52.9 jours. f. Le 3 août 2023, l'assurée a demandé à la caisse de revoir le nombre total de ses indemnités à 400 au lieu de 260, car sa relation de travail avec l'employeur s'était terminée au mois de mai 2022. Elle a transmis un extrait de son compte individuel AVS, attestant du paiement par l'employeur de montants soumis à cotisations jusqu'au mois de mai 2022. B. a. Par décision du 14 août 2023, la caisse a fixé le droit maximum de l'assurée à 260 indemnités journalières durant le délai-cadre d'indemnisation du 1<sup>er</sup> juin 2022 au 31 mai 2024, compte tenu d'une période de cotisation de 16 mois réalisée du 1<sup>er</sup> juin 2020 au 30 septembre 2021 auprès de l'employeur. b. Le 12 septembre 2023, l'assurée a formé opposition à la décision précitée, soutenant qu'elle pouvait se prévaloir d'une période de cotisation de 24 mois lui donnant droit à 400 indemnités

journalières. Il ressortait notamment de l'accord de fin des rapports de travail du 30 octobre 2020 que le délai de congé avait été prolongé conventionnellement au 31 mai 2022, date jusqu'à laquelle elle percevrait une rémunération soumise aux cotisations sociales, que les couvertures d'assurance maladie supplétive et d'assurance-accident cesseraient le 31 mai 2022, respectivement 31 jours après cette date, qu'un certificat de travail final lui serait remis après le 31 mai 2022 et qu'elle demeurerait jusqu'à cette date à disposition de l'employeur. La cessation de la couverture d'assurance et la remise de documents tels que l'attestation de l'employeur et le certificat de travail intervenaient nécessairement à l'issue des rapports de travail. Dans le cadre de son opposition, l'assurée a notamment communiqué son certificat de travail établi le 27 février 2023. c. Par décision sur opposition du 31 octobre 2023, notifiée le 3 novembre 2023, la caisse a maintenu que l'assurée avait droit à 260 indemnités journalières, dès lors qu'elle ne pouvait justifier que de 16 mois de cotisation, soit du 1<sup>er</sup> juin 2020 au 30 septembre 2021, durant le délai-cadre de cotisation du 1<sup>er</sup> juin 2020 au 31 mai 2022. En substance, la caisse a conclu qu'il ressortait des différents documents en sa possession que les rapports de travail avaient effectivement pris fin au 30 septembre 2021 et que les montants versés durant les huit mois après le terme des rapports de travail ne constituaient pas des salaires, mais des prestations volontaires. Elle a également relevé que la chambre des assurances sociales de la Cour de justice s'était déjà prononcée sur une situation très similaire et n'avait pas reconnu au titre de période de cotisation la période durant laquelle des prestations volontaires avaient été versées au-delà du terme des rapports de travail ( ATAS/645/2019 du 8 juillet 2019, confirmé par arrêt du Tribunal fédéral 8C 585/2019 du 18 octobre 2019). C. a. Par acte du 4 décembre 2023, l'assurée, représentée par un conseil, a saisi la chambre de céans d'un recours contre la décision sur opposition du 31 octobre 2023. Elle a conclu, sous suite de frais et dépens, préalablement, à l'audition de Mesdames C\_\_\_\_\_, D\_\_\_\_\_ et E\_\_\_\_\_, principalement, à l'annulation de la décision entreprise et à ce qu'il soit dit et constaté que sa période de cotisations s'étendait à 24 mois, assortie d'un droit aux indemnités journalières de 400 unités maximum. La décision litigieuse méconnaissait la volonté réelle des parties, attestée par de nombreuses pièces. Ainsi, le formulaire de l'employeur du 13 juin 2022 indiquait faussement la fin du rapport de travail le 30 septembre 2021, qui correspondait au dernier jour effectivement travaillé, mais précisait bien que le droit au salaire avait été prolongé conventionnellement au-delà du délai de congé légal jusqu'au 31 mai 2022. De même, les fiches de salaire de juin 2020 à mai 2022 démontraient qu'elle avait perçu 24 salaires et cotisé aux assurances sociales durant toute la période considérée. Il ressortait également de l'accord du 30 octobre 2020 que le délai de congé était prolongé conventionnellement au 31 mai 2022, qu'elle percevrait une rémunération soumise aux cotisations sociales jusqu'au 31 mai 2022, que les couvertures d'assurance-maladie supplétive et d'assurance-accidents cesseraient le 31 mai 2022, respectivement 31 jours après le 31 mai 2022, qu'un certificat de travail final lui serait remis après le 31 mai 2022, qu'un service de reconversion professionnelle lui serait proposé jusqu'au 31 mai 2022 et qu'elle devrait demeurer à la disposition de l'employeur jusqu'au 31 mai 2022. Enfin, l'attestation de la caisse de compensation justifiait du versement des cotisations dues par l'employeur du 1<sup>er</sup> juin 2020 au 31 mai 2022, soit durant 24 mois, et l'employeur avait évoqué dans un courriel du 1<sup>er</sup> octobre 2022 son « départ » de la société « dans le premier semestre 2022 », soit au 31 mai 2022. Ainsi, il ne faisait aucun doute pour l'employeur que la fin des rapports de travail surviendrait le 31 mai 2022. La perception effective du salaire durant 24 mois était établie, de sorte que sa période de cotisation était supérieure au seuil de 18 mois. Elle était fondée à

réclamer un droit maximum aux indemnités journalières de 400 unités. Plusieurs de ses collègues, dont Mmes C\_\_\_\_\_, D\_\_\_\_\_ et E\_\_\_\_\_, avaient également bénéficié d'une prolongation conventionnelle du délai de congé lors de la résiliation de leurs rapports de service. Pour chacune d'elles, les caisses de chômage, y compris l'intimée, avaient pris en considération la fin du délai de congé conventionnellement prolongé pour calculer la période de cotisation et le droit aux indemnités journalières. La situation de Mme C\_\_\_\_\_ était en tout point similaire à la sienne, puisqu'elle avait été licenciée en décembre 2019, son préavis de trois mois s'était terminé le 30 mars 2020, elle avait continué de percevoir son salaire jusqu'au 30 juin 2021, date prise en considération par l'intimée pour calculer la période de cotisation et le droit consécutif aux indemnités journalières, fixé à 400 unités. Sa situation divergeait de l'arrêt cité par l'intimée, car « la date de fin des rapports de travail ne peut être clairement être déterminée le 30 septembre 2021 », comme soutenu par l'intimée. Elle avait toujours considéré que les rapports de travail avaient perduré jusqu'au 31 mai 2022, et la pratique de l'employeur avec trois autres collègues dans une situation similaire démontrait qu'il s'agissait d'une prolongation conventionnelle du délai de congé. L'intimée avait traité différemment un cas similaire, reconnaissant à sa collègue une prolongation du délai de congé et une extension du délai de cotisation dans une même mesure. Le raisonnement de l'intimée constituait une violation du principe de la protection de l'égalité de traitement et le traitement différencié d'un même cas violait le principe d'une pratique administrative uniforme.

b. Dans sa réponse du 27 décembre 2023, l'intimée a conclu au rejet du recours. Si elle avait manifestement déterminé à tort la période de cotisation dans un autre dossier, en incluant la période postérieure au terme des rapports de travail durant laquelle l'indemnité de départ avait été versée, elle procéderait à la reconsidération de l'octroi des prestations pour rétablir une situation juridique conforme au droit.

c. Le 29 février 2024, la recourante a persisté. La caisse de prévoyance professionnelle l'avait informée, par lettre du 29 juin 2022, de sa sortie du fond de pension au 31 mai 2022, en raison de la résiliation des rapports de travail. Ce courrier lui offrait la possibilité de transférer son avoir auprès de la caisse de prévoyance de son nouvel employeur, auprès d'un fonds de libre passage ou encore de poursuivre son affiliation auprès d'elle. Il ressortait du règlement de cette caisse de prévoyance que seul un employé de l'employeur, dont les rapports de travail perduraient, pouvait être affilié au fonds de pension. Alternativement, cette possibilité était offerte au « dismissed member », à l'issue des rapports de travail résiliés par l'employeur. L'affiliation auprès de la prévoyance professionnelle prenait fin lorsque les rapports de travail se terminaient, soit par la résiliation du contrat, soit lorsque l'employé atteignait l'âge légal de la retraite. Il s'agissait d'une consécration de la législation topique, l'obligation d'être assuré cessant ex lege en cas de dissolution des rapports de travail. Le règlement du fonds de pension excluait expressément de prendre en considération les indemnités éventuelles versées par l'employeur affilié, ensuite d'un licenciement. La recourante a produit le « JTI Swiss Pension Fund Pension Plan Rules », valide dès le 1<sup>er</sup> janvier 2023, ainsi que le courrier précité du 29 juin 2022 et ses annexes.

d. En date du 28 mars 2024, l'intimée a également persisté dans ses conclusions. L'accord de séparation prévoyant expressément la cessation des contributions au plan de pension à la fin de la période dénommée « Separation & Benefits Continuation » (« S&BC »), soit au 31 mai 2022, sans préjudice aucun concernant la fin des rapports de travail au 30 septembre 2021. Cette date avait été mentionnée sans équivoque dans l'accord de résiliation et reprise de manière constante dans les différents documents établis par l'employeur. Aucun document ne permettait de considérer que

l'employeur aurait prévu une prolongation des rapports de travail au-delà du 30 septembre 2021. e. Copie de cette écriture a été transmise à la recourante le 8 avril 2024. EN DROIT

### **E. 1.1**

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

### **E. 1.2**

Le délai de recours est de trente jours (art. 56 LPGA ; art. 62 al. 1 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 [LPA - E 5 10]). Si le délai, compté par jours ou par mois, doit être communiqué aux parties, il commence à courir le lendemain de la communication (38 al. 1 LPGA). Lorsque le délai échoit un samedi, un dimanche ou un jour férié selon le droit fédéral ou cantonal, son terme est reporté au premier jour ouvrable qui suit (art. 38 al. 3 LPGA). Interjeté dans la forme et le délai prévus par la loi, le recours du 4 décembre 2023 contre la décision sur opposition du 31 octobre 2023, notifiée le 3 novembre 2023, est recevable.

### **E. 2**

Le litige porte sur le bien-fondé de la décision sur opposition du 31 octobre 2023, par laquelle l'intimée a fixé la période de cotisation à 16 mois durant le délai-cadre de cotisation, singulièrement sur la date à laquelle ont pris fin les rapports de travail entre la recourante et l'employeur.

### **E. 3**

Conformément à l'art. 8 al. 1 let. b, LACI, l'assuré a droit à l'indemnité de chômage si, entre autres conditions, il a subi une perte de travail à prendre en considération. L'art. 11 LACI prévoit qu'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 (al. 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 (al. 3). 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).

### **E. 3.1**

À teneur de l'art. 10a de l'ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 31 août 1983 (OACI - RS 837.02), sont réputées prestations volontaires de l'employeur les prestations allouées en cas de résiliation de 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. Selon l'art. 10b OACI, les montants affectés à la prévoyance professionnelle sont déduits des prestations volontaires à prendre

en compte selon l'art. 11a al. 2 LACI jusqu'à concurrence du montant limite supérieur fixé à l'art. 8 al. 1 de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 25 juin 1982 (LPP - RS 831.40). En vertu de l'art. 10c OACI, la période pendant laquelle la perte de travail n'est pas prise en considération commence à courir le premier jour qui suit la fin des rapports de travail pour lesquels les prestations volontaires ont été versées, quel que soit le moment auquel l'assuré s'inscrit au chômage (al. 1). 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, que l'assuré ait exercé ou non une activité lucrative pendant cette période (al. 2). D'après l'art. 10d OACI, lorsque des prestations volontaires mensuelles ont été convenues pour une période déterminée, le montant maximum du gain annuel assuré visé à l'art. 3 al. 2 LACI est déduit de la somme de ces prestations mensuelles et le résultat est divisé par le nombre de mois convenu. Le montant qui en résulte est déduit de l'indemnité de chômage (al. 1). Si aucune période n'a été fixée, le calcul visé à l'al. 1 est effectué sur la base du nombre de mois qui précèdent l'âge ordinaire de l'AVS (al. 2 dans sa teneur en vigueur en 2023). L'art. 10e OACI stipule que le délai-cadre d'indemnisation de l'assuré qui a perçu des prestations volontaires de l'employeur commence à courir le premier jour où la perte de travail est prise en considération et où toutes les conditions à remplir pour avoir droit à l'indemnité de chômage sont réunies (art. 9 al. 2 LACI). Selon l'art. 10f OACI, les périodes pendant lesquelles la perte de travail n'est pas prise en considération en raison du versement, par l'employeur, de prestations volontaires sont assimilées à des périodes de cotisation. Les prestations volontaires non prises en compte n'entrent pas dans le calcul de la période de cotisation. L'art. 10h OACI prévoit encore que 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 (al. 1). 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 (al. 2).

### **E. 3.2**

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 (ATF 145 V 188 consid. 3). En premier lieu, 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 de la loi fédérale du 30 mars 1911, complétant le Code civil suisse [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 (ATF 145 V 188 consid. 3.2 ; 143 V 161 consid. 3.2). Ensuite, dans le prolongement de l'art. 11 al. 3 LACI, l'art. 10h OACI contient une réglementation spécifique pour la perte de travail à prendre en considération en cas de résiliation anticipée des rapports de travail d'un commun accord. Dans ce cas, la perte de travail, pendant la

période correspondant au délai de congé ou jusqu'au terme prévu par le contrat dans l'hypothèse d'un contrat à durée déterminée, n'est pas prise en considération tant que les prestations de l'employeur couvrent la perte de revenu afférent à cette période (al. 1). 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 (al. 2) (ATF 145 V 188 consid. 3.3). Enfin, 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). Ces prestations volontaires de l'employeur ne sont toutefois prises en compte que pour la part qui dépasse le montant maximum visé à l'art. 3 al. 2 LACI (al. 2). Ce montant maximum est de CHF 148'200.- depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2016 (art. 3 al. 2 LACI en corrélation avec l'art. 22 al. 1 OLAA [RS 832.202]). Lorsqu'elles dépassent le maximum (ou montant franc), les prestations volontaires repoussent donc dans le temps le délai-cadre d'indemnisation, ouvrant ainsi une période de carence. La notion de « prestations volontaires » de l'employeur 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 OACI). Il s'agit d'une notion spécifique à l'assurance-chômage, en ce sens que les prestations volontaires visées par l'art. 11a LACI peuvent également reposer sur un contrat qui lie l'employeur. Il est question, 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 (sur ces divers points, voir ATF 143 V 161 consid. 3.4 et les références de doctrine citées). Ainsi le Tribunal fédéral a-t-il jugé qu'une « Retention Cash Grant » accordée par l'employeur selon sa libre appréciation à la fin des rapports de travail représentait une prestation volontaire de l'employeur au sens de l'art. 11a LACI (arrêt du Tribunal fédéral 8C\_822/2015 du 14 janvier 2016 consid. 3.2 ; ATF 145 V 188 consid. 3.4). Il résulte en résumé de ce qui précède que certaines pertes de gain qui surviennent à la fin des rapports de travail n'en sont pas réellement si l'assuré peut récupérer les sommes perdues auprès de l'employeur (art. 11 al. 3 LACI et art. 10h OACI). Il s'agit d'inciter le salarié à faire valoir ses prétentions auprès de l'employeur et à empêcher ainsi que celui-ci ne fasse supporter à l'assurance-chômage les salaires ou indemnités qu'il est tenu de payer. La perte de travail n'est pas non plus 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 (ATF 145 V 188 consid. 3.2 ; 143 V 161 consid. 3.5).

### **E. 3.3**

Lorsqu'elles dépassent un certain montant, les prestations volontaires versées par l'employeur à la fin des rapports de travail repoussent dans le temps le délai du début du délai-cadre d'indemnisation, créant ainsi une sorte de délai de carence. L'art. 11a LACI permet de calculer la durée de ce délai de carence. Les prestations volontaires sont celles allouées en cas de résiliation des rapports de travail qui ne constituent pas des prétentions de salaire ou d'indemnités au sens de l'art. 11 al. 3 LACI. Cela étant, le système de report du début de l'indemnisation en cas de prestations de la part de l'employeur selon l'art. 11a LACI est proche de celui de l'art. 11 al. 3 LACI (Boris RUBIN, Commentaire de la loi sur

l'assurance-chômage, 2014, n os 1 ad art. 11a LACI). Par « prestation volontaire » au sens de l'art. 11a LACI, il faut comprendre, dans un sens large, les indemnités de départ qui excèdent ce à quoi la loi donne droit à la fin du contrat de travail. Il peut s'agir de prestations reposant sur un contrat, mais seulement pour la part qui excède ce que la loi prévoit. 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 des rapports de travail (Boris RUBIN, op. cit . n o

### **E. 3.4**

Conformément à l'art. 9 LACI, des délais-cadres de deux ans s'appliquent aux périodes d'indemnisation et de cotisation, sauf disposition contraire de la loi (al. 1). Le délai-cadre applicable à la période de l'indemnisation commence à courir le premier jour où toutes les conditions dont dépend le droit à l'indemnité sont réunies (al. 2). Le délai-cadre applicable à la période de cotisation commence à courir deux ans plus tôt (al. 3). Selon l'art. 13 al. 1 LACI, celui qui, dans les limites du délai-cadre prévu à cet effet (art. 9 al. 3), a exercé durant douze mois au moins une activité soumise à cotisation remplit les conditions relatives à la période de cotisation. À teneur de l'art. 27 LACI, dans les limites du délai-cadre d'indemnisation, le nombre maximum d'indemnités journalières est calculé selon l'âge de l'assuré et la période de cotisation (al. 1). L'assuré a droit à 260 indemnités journalières au plus s'il justifie d'une période de cotisation de douze mois au total (al. 2 let. a), 400 indemnités journalières au plus s'il justifie d'une période de cotisation de 18 mois au total (al. 2 let. b), 520 indemnités journalières au plus s'il justifie d'une période de cotisation de 22 mois au moins et est âgé de 55 ans ou plus (al. 2 let. c ch. 1) ou touche une rente d'invalidité correspondant à un taux d'invalidité d'au moins 40% (al. 2 let. c ch. 2).

### **E. 3.5**

Dans un arrêt du 8 juillet 2019 ( ATAS/645/2019 ), la chambre de céans a jugé une affaire analogue à la présente cause. En effet, le litige portait sur le droit aux indemnités de chômage d'un assuré, ancien employé de B\_\_\_\_\_ SA qui avait conclu avec cette société une convention « Separation Agreement », singulièrement sur la date du début de la perte de travail à prendre en considération. Se fondant sur de nombreux documents faisant référence à l'échéance du contrat de travail au 31 mai 2017, en particulier la demande d'indemnités de chômage, l'attestation de l'employeur, la lettre de congé et le « Separation Agreement », la chambre des assurances sociales a considéré que la fin des rapports de travail entre l'assuré et la société était intervenue à cette date. Quant à la nature des prestations versées par l'employeur après la résiliation des rapports de travail, jusqu'au 31 décembre 2017, elle a retenu qu'il s'agissait d'une indemnité de départ assimilable à une prestation volontaire de l'employeur au sens de l'art. 11a LACI. L'assuré ayant subi une perte de travail entrant en considération pour la détermination du droit aux prestations de chômage le 1 er juin 2017, il aurait dû s'adresser à l'assurance-chômage à cette date. Comme il s'était inscrit au chômage le 19 décembre 2017, c'était à juste titre qu'un délai-cadre d'indemnisation lui avait été ouvert dès le 1 er janvier 2018. Ne pouvant pas justifier d'une période de cotisation de 22 mois au moins pendant le délai-cadre applicable à la période de cotisation (du 1 er janvier 2016 au 31 décembre 2017), il ne pouvait pas prétendre à 520 indemnités journalières. Le Tribunal fédéral a rejeté le recours interjeté contre cet arrêt le 18 octobre 2019 (8C 585/2019). 4. 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. Parmi tous les éléments de fait allégués ou envisageables, le juge doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables (ATF 135 V 39 consid. 6.1 ; 126 V 353 consid. 5b ; ATF 125 V 193 consid. 2 et les références). Aussi n'existe-t-il pas, en droit des assurances sociales, un principe selon lequel l'administration ou le juge devrait statuer, dans le doute, en faveur de l'assuré (ATF 135 V 39 consid. 6.1 et la référence). Si l'administration ou le juge, se fondant sur une appréciation consciencieuse des preuves fournies par les investigations auxquelles ils doivent procéder d'office, sont convaincus que certains faits présentent un degré de vraisemblance prépondérante et que d'autres mesures probatoires ne pourraient plus modifier cette appréciation, il est superflu d'administrer d'autres preuves (appréciation anticipée des preuves ; ATF 145 I 167 consid. 4.1 et les références ; 140 I 285 consid. 6.3.1 et les références). Une telle manière de procéder ne viole pas le droit d'être entendu selon l'art. 29 al. 2 Cst (SVR 2001 IV n. 10 p. 28 consid. 4b), la jurisprudence rendue sous l'empire de l'art. 4 aCst. étant toujours valable (ATF 124 V 90 consid. 4b ; 122 V 157 consid. 1d).

## **E. 5**

En l'espèce, il convient de déterminer en premier lieu la date à laquelle les rapports de travail ont pris fin.

### **E. 5.1**

La chambre de céans relève en préambule que la convention conclue entre les parties le 28 octobre 2020 contient de nombreuses clauses similaires à celles analysées en détail dans l'arrêt du 8 juillet 2019. Toutefois, contrairement à ce qui prévalait dans la cause jugée en 2019, la convention « Separation Agreement » soumise à son appréciation dans la présente procédure ne contient aucune référence à une lettre de congé. La recourante n'en a d'ailleurs pas produit et n'allègue pas qu'un tel courrier existerait. Il peut donc être tenu pour établi que les conséquences de la fin des rapports de travail sont exclusivement régies par ladite convention.

#### **E. 5.1.1**

La recourante ne saurait être suivie lorsqu'elle soutient qu'il ressort de cet accord que le délai de congé aurait été « prolongé conventionnellement » au 31 mai 2022. En effet, la convention distingue très clairement, d'une part, le délai de congé (« Notice Period »), prévu du 1<sup>er</sup> juillet au 30 septembre 2021 sous réserve d'une prolongation en application de l'art. 336c CO (art. 1 let. a), et, d'autre part, la période ultérieure de « séparation et continuité des prestations » (« Separation and Benefits Continuation "S&BC" Period »), qui débiterait à l'échéance du délai de congé et se terminerait au 31 mai 2022 inclus, soit à l'expiration d'une période de huit mois. Si le délai de préavis contractuel était prolongé pour quelque raison que ce soit en vertu de l'art. 336c al. 2 ou 3 CO, la période « S&BC » serait réduite d'autant, de sorte que sa durée ne serait pas prolongée. Si le délai de préavis se prolongeait au-delà du 31 mai 2022, il n'y aurait pas de délai « S&BC » après celui-ci (art. 1 let. b). La convention ne prévoit ainsi qu'une seule cause de prolongation du délai de congé (« Notice Period »), soit la survenance d'un motif visé à l'art. 336c CO. Il en allait de même dans l'affaire jugée en 2019, dans laquelle la chambre de céans avait notamment relevé que le fait que la période « S&BC » serait réduite en conséquence en cas de

prolongation du délai de congé, pour que sa durée ne soit pas prolongée au-delà du terme prévu illustre bien le caractère de « prestations volontaires » versées par l'employeur. De plus, la date du 30 septembre 2021 est rappelée à chaque fois que le terme du délai de congé est évoqué (cf. art. 1 let. c § 1, art. 1 let. d § 1 et 2, art. 4 let. a) et la convention prend soin de préciser si les clauses énoncées se rapportent à la période « S&BC » (cf. art. 3), au délai de congé (cf. art. 5 let. a § 2) ou encore à la date du préavis de licenciement (cf. art. 2 § 2). La recourante fait ensuite valoir qu'elle a perçu une rémunération soumise aux cotisations sociales jusqu'au 31 mai 2022 et que les couvertures d'assurance-maladie supplétive et d'assurance-accidents ont cessé le 31 mai 2022, respectivement 31 jours après cette date. Elle rappelle en outre qu'elle a été affiliée jusqu'à cette date auprès de la caisse de pension de l'employeur. La chambre de céans relève s'être déjà prononcée, dans son arrêt du 8 juillet 2019, sur une telle argumentation. Elle avait alors considéré que le seul fait que les montants versés pendant la période « S&BC » aient tous été soumis aux déductions sociales et aux cotisations de prévoyance professionnelle n'était pas propre à démontrer la persistance du rapport de travail au-delà du 31 mai 2017, en l'occurrence jusqu'au 31 décembre 2017. Elle avait notamment rappelé que l'art. 7 du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 (RAVS - RS 831.101) énumérait de manière non exhaustive ce que comprenait le salaire déterminant pour le calcul des cotisations, et prévoyait en particulier les prestations versées par l'employeur lors de la cessation des rapports de travail, si elles n'étaient pas exceptées du salaire déterminant en vertu des art. 8bis ou 8ter. Ainsi, le fait que les montants versés à l'assurée pendant la période « S&BC » aient été soumis à la perception de cotisations sociales AVS/AI/APG/ et autres, n'était pas déterminant pour en déduire l'existence d'un rapport de travail pendant cette période-là. Il en allait de même du versement de cotisations à l'institution de prévoyance professionnelle, et des autres avantages consentis par la société, par rapport au plan d'assurance-accidents, assurance-maladie et autres. Elle avait encore souligné que le Mémento du Centre d'information AVS/AI 2.05-19/01-F, « rémunérations versées lors de la cessation des rapports de travail », mentionnait expressément le cas où l'employeur continuait, après la cessation des rapports de travail, de verser à la caisse de pension des cotisations d'un montant égal à celui payé jusqu'à ce moment-là. Rien ne justifie de s'écarter des considérations qui précèdent. Pour le surplus, il sera encore constaté que la convention prévoit expressément que, pendant la période « S&BC », l'employeur s'engagerait à verser à l'employée un montant mensuel de CHF 13'285.- (appelé paiement mensuel « S&BC »), lequel reflétait le salaire de base mensuel plus le PSIP mensuel à 100%, qui serait soumis aux impôts, à la sécurité sociale et aux cotisations du fonds de pension (art. 1 b), et que l'employée continuerait d'être éligible aux diverses assurances (accident, maladie, vie, invalidité et plan de pension ; art. 5). Contrairement à ce que soutient la recourante, l'accord ne prévoit pas qu'elle serait tenue de demeurer à disposition de l'employeur jusqu'au 31 mai 2022. Si la convention retient un certain devoir de collaboration de la part de l'employée libérée de l'obligation de travailler et réserve à la compagnie le droit de lui demander de retourner au travail, elle n'indique aucunement que ces obligations perdureraient au-delà du délai de congé (art. 5 let. h). Rien ne permet de penser que la recourante aurait dû se tenir à disposition de l'employeur durant la période « S&BC ». D'ailleurs, l'accord prévoit que si l'employée débutait une nouvelle activité salariée ou indépendante après le dernier jour du délai de congé, soit après le 30 septembre 2021, la période « S&BC » se terminerait. Dans ce cas, le solde des prétentions serait versé en un montant (art. 1 let. d). Ceci tend à démontrer que la recourante n'était pas obligée de

rester à disposition de l'employeur jusqu'au 31 mai 2022, puisqu'elle était libre de débiter une nouvelle activité, sans perte des montants prévus par la convention. La recourante ne saurait tirer aucune conclusion du fait que la convention prévoyait la remise d'un certificat de travail intermédiaire durant la période « S&BC » et d'un certificat de travail final à la fin de ladite période (art. 4 let. c). Comme relevé par la chambre de céans dans l'arrêt du 8 juillet 2019, il s'agit d'une disposition potestative, en ce sens que l'établissement d'un certificat de travail serait établi sur demande de l'employée, de sorte que cette disposition, n'est pas déterminante pour fixer la date de fin des rapports de travail. Cette constatation vaut également pour la proposition d'un service de reconversion professionnelle jusqu'au 31 mai 2022.

### **E. 5.1.2**

La chambre de céans relèvera en outre que la convention stipule que l'employée devait restituer tous les biens appartenant à l'employeur au plus tard le 30 septembre 2021 et que le numéro de téléphone serait désactivé le 1<sup>er</sup> octobre 2021 (art. 5 let. a), ce qui constituent des éléments supplémentaires confirmant la fin des rapports de travail au 30 septembre 2021. Il en va de même du fait que l'accord utilise des termes différents selon que le montant versé le serait durant le délai de congé (salaire) ou pendant la période « S&BC » (montant mensuel « S&BC ») (art. 1 let. a et b). Elle constate ensuite que l'employeur a très clairement indiqué, dans l'attestation complétée le 13 juin 2022, que les rapports de travail avaient pris fin le 30 septembre 2021. Les allégations de la recourante, qui soutient que l'employeur aurait « faussement » indiqué cette date qui correspondrait en réalité au dernier jour effectivement travaillé, sont mises à mal par les renseignements clairs et précis fournis par l'employeur. Ce dernier a en effet expressément répondu qu'il avait résilié le contrat de travail le 28 octobre 2020 pour le 30 septembre 2021, que le « délai de congé légal ou conventionnel » était de trois mois, mais qu'il avait continué à verser un montant de CHF 13'285.- par mois dès le 1<sup>er</sup> octobre 2021, « au-delà de la période conventionnelle », jusqu'au 31 mai 2022, que le dernier jour travaillé effectué était le 30 juin 2021 et que le salaire avait été versé jusqu'au 30 septembre 2021. Que l'employeur a par la suite évoqué dans un courriel du 1<sup>er</sup> octobre 2022 le « départ » de l'employée de la société « dans le premier semestre 2022 » est sans pertinence. Ce message vise à attirer l'attention de la recourante sur la validité de ses assurances, de base et complémentaire, dont elle a bénéficié durant la période « S&BC ». Eu égard à tout ce qui précède, la chambre de céans considère qu'il ne faisait aucun doute pour l'employeur que la fin des rapports de travail était fixée au 30 septembre 2021, date qu'il a expressément mentionnée dans la convention du 28 octobre 2020 à chaque occasion, mais également dans l'attestation de l'employeur du 13 juin 2022 et dans le certificat de travail du 27 février 2023. Les éléments communiqués par l'employeur sont concordants et établissaient une fin des rapports de travail au 30 septembre 2021.

### **E. 5.1.3**

Par conséquent, c'est à juste titre que l'intimée a retenu que les rapports de travail avaient pris fin le 30 septembre 2021.

### **E. 5.2**

S'agissant de la nature des prestations versées par l'employeur après la résiliation des rapports de travail, l'indemnité litigieuse n'entre pas dans le champ d'application de l'art. 11 al. 3 LACI ni dans celui de l'art. 10h OACI. Il s'agit manifestement d'une indemnité de

départ, accordée dans le cadre d'un licenciement, qui doit par conséquent être qualifiée de prestation volontaire de l'employeur au sens de l'art. 11a LACI. Comme précédemment relevé, 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.-. En l'occurrence, comme l'indemnité prévue (CHF 13'285.- x 8 mois = 106'280.-) n'atteint pas le seuil requis de CHF 148'200.- pour ouvrir un délai de carence avant le paiement de l'indemnité de chômage, son versement ne reporte pas la naissance du droit aux prestations de l'assurance-chômage.

### **E. 5.3**

Eu égard à tout ce qui précède, il y a lieu de conclure que la recourante a subi, dès le 1<sup>er</sup> octobre 2021, une perte de travail entrant d'emblée en considération pour la détermination de son droit aux prestations de chômage. Elle aurait donc dû s'adresser à l'ORP, respectivement à l'intimée, dès cette date. L'intimée a donc retenu à juste titre que la recourante comptait 16 mois de cotisation, du 1<sup>er</sup> juin 2020 au 30 septembre 2021.

### **E. 6**

Enfin, la recourante invoque le cas de trois collègues pour lesquelles les caisses de chômage, dont l'intimée, avaient pris en considération la fin de la période « S&BC » pour calculer la période de cotisation et le droit consécutif aux indemnités journalières. Ce faisant, elle se plaint d'une inégalité de traitement.

#### **E. 6.1**

Le principe de l'égalité de traitement, consacré à l'art. 8 al. 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst - RS 101), commande que le juge traite de la même manière des situations semblables et de manière différente des situations dissemblables (ATF 131 V 107 consid. 3.4.2 et les arrêts cités). Toutefois selon la jurisprudence, le principe de la légalité de l'activité administrative prévaut sur celui de l'égalité de traitement. Par conséquent, le justiciable ne peut généralement pas invoquer une inégalité devant la loi, lorsque celle-ci est correctement appliquée à son cas, alors qu'elle aurait été faussement, voire pas appliquée du tout, dans d'autres cas. Cela suppose cependant, de la part de l'autorité dont la décision est attaquée, la volonté d'appliquer correctement à l'avenir les dispositions légales en question. Le citoyen ne peut prétendre à l'égalité dans l'illégalité que s'il y a lieu de prévoir que l'administration persévéra dans l'inobservation de la loi (ATF 146 I 105 consid. 5.3.1 ; 139 II 49 consid. 7.1 ; 127 I 1 consid. 3a ; 122 II 446 consid. 4a) ; en principe, si l'autorité ne s'exprime pas sur ses intentions futures, le Tribunal fédéral présume qu'elle se conformera à la loi à l'avenir (ATF 146 I 105 consid. 5.3.1 ; 115 Ia 81 consid. 2). Il est également nécessaire que l'autorité n'ait pas respecté la loi selon une pratique constante, et non pas dans un ou quelques cas isolés (ATF 146 I 105 consid. 5.3.1), et, enfin, qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant n'impose de donner la préférence au respect de la légalité (ATF 139 II 49 consid. 7.1).

#### **E. 6.2**

En l'espèce, les conditions pour que prévale le principe d'égalité de traitement sur le principe de la légalité ne sont pas réunies. Non seulement aucun indice ne permet de supposer l'existence d'une pratique illégale constante, mais surtout l'intimée a clairement manifesté son intention de reconsidérer l'éventuelle décision par laquelle elle aurait octroyé à tort des prestations pour rétablir une situation juridique conforme au droit. Il n'est donc

pas nécessaire d'entendre Mmes C\_\_\_\_\_, D\_\_\_\_\_ et E\_\_\_\_\_.

**E. 7**

Compte tenu de ce qui précède, le recours sera rejeté. Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. fbis LPGa a contrario ). **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.