

# VD\_FINDINFO Arrêt / 2020 / 1082 vom 2. Februar 2021

VD Tribunal cantonal, 2021-02-02, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_findinfo\\_Arr\\_t\\_\\_\\_2020\\_\\_\\_1082](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_Arr_t___2020___1082)

FR: VD\_FINDINFO Arrêt / 2020 / 1082 du 2 février 2021

IT: VD\_FINDINFO Arrêt / 2020 / 1082 del 2 febbraio 2021

## Regeste

GAIN ASSURÉ, BONUS, PÉRIODE DE COTISATION ASSIMILÉE, PÉRIODE DE COTISATION{AC}, RÉSILIATION IMMÉDIATE, RÉSILIATION EN TEMPS INOCCASIONNEL, TRANSACTION JUDICIAIRE, REVENU DÉTERMINANT, SALAIRE DÉTERMINANT | 337 CO, 337c CO, 13 LACI, 23 al. 1 LACI, 8 al. 1 let. e LACI, 9 al. 3 LACI, 5 al. 2 LAVS, 11 OACI, 37 OACI

## Erwägungen

### E. 5

a) L'art. 337 CO prévoit que l'employeur et le travailleur peuvent résilier immédiatement le contrat en tout temps pour de justes motifs (al. 1) ; sont notamment considérés comme de justes motifs toutes les circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger de celui qui a donné le congé la continuation des rapports de travail (al. 2) ; le juge apprécie librement s'il existe de justes motifs, mais en aucun cas il ne peut considérer comme tel le fait que le travailleur a été sans sa faute empêché de travailler (al. 3). Aux termes de l'art. 337c CO, lorsque l'employeur résilie immédiatement le contrat sans justes motifs, le travailleur a droit à ce qu'il aurait gagné si les rapports de travail avaient pris fin à l'échéance du délai de congé ou à la cessation du contrat conclu pour une durée déterminée (al. 1). Le juge peut condamner l'employeur à verser au travailleur une indemnité dont il fixera librement le montant, compte tenu de toutes les circonstances ; elle ne peut toutefois pas dépasser le montant correspondant à six mois de salaire du travailleur (al. 3). Mesure exceptionnelle, la résiliation immédiate pour justes motifs doit être admise de manière restrictive. D'après la jurisprudence, les faits invoqués à l'appui d'un renvoi immédiat doivent avoir entraîné la perte du rapport de confiance qui constitue le fondement du contrat de travail. Seul un manquement particulièrement grave du travailleur justifie son licenciement immédiat ; si le manquement est moins grave, il ne peut entraîner une résiliation immédiate que s'il a été répété malgré un avertissement. Par manquement du travailleur, on entend en règle générale la violation d'une obligation découlant du contrat de travail, mais d'autres incidents peuvent aussi justifier une résiliation immédiate (ATF 130 III 28 consid. 4.1). En particulier, un manquement au devoir de fidélité du travailleur peut constituer un juste motif de congé (TF 4A\_404/2014 du 17 décembre 2014 consid. 4.1). La résiliation produit des effets ex nunc immédiats dès sa réception par son destinataire, sans égard au fait qu'elle soit justifiée ou non, ou que le travailleur soit ou non dans une période de protection contre le licenciement en temps inopportun au sens de l'art. 336c CO. Le licenciement est justifié lorsque l'employeur résilie le contrat sur la base de soupçons et parvient ensuite à établir les circonstances à raison desquelles le rapport de confiance entre les parties doit être considéré comme irrémédiablement rompu. En revanche, si les soupçons se révèlent infondés, l'employeur doit supporter les conséquences de l'absence de

preuve ; le licenciement immédiat sera généralement considéré comme injustifié, sauf circonstances particulières, notamment lorsque l'employé a empêché la manifestation de la vérité de façon déloyale. C'est donc en principe la situation réelle qui prévaut, quand bien même elle n'est établie que postérieurement à la résiliation des rapports de travail (CACI 28 mai 2020/212 consid. 3.2, et les références citées). b) En l'espèce, l'employeur a résilié le contrat de travail avec effet immédiat au motif que le recourant aurait déployé une activité concurrente pendant son arrêt maladie. Il se fondait sur un courrier électronique mentionnant que le recourant avait eu un contact téléphonique avec une potentielle cliente pour le compte d'une autre entreprise. Le recourant a contesté ce licenciement auprès des instances judiciaires compétentes, en citant son employeur en procédure de conciliation. Une transaction judiciaire prévoyant en particulier le versement par W. \_\_\_\_\_ SA d'un montant de 30'000 fr. au recourant a mis fin à cette procédure. Cette transaction ne précise certes pas clairement à quoi correspond le montant que l'employeur s'est engagé à verser au recourant pour solder le litige. Toutefois, il convient de relever que, si l'on devait exiger systématiquement, dans le cadre de l'assurance-chômage, que le caractère injustifié d'une résiliation des rapports de travail soit constaté dans un jugement civil, les efforts de conciliation entre les parties dans les procédures concernées en seraient lourdement impactés, à tel point que cette étape du procès civil en deviendrait vraisemblablement vaine, voire contre-productive. Il y a lieu, au contraire, de replacer cette transaction dans son contexte. En l'occurrence, dans sa requête, l'intéressé a conclu au paiement d'un montant de près de 32'000 fr. correspondant au bonus qui aurait dû, selon lui, lui être versé pour l'année 2018 et, prorata temporis, pour les deux premiers mois de l'année 2019, ainsi qu'à une participation correspondant à l'utilisation privée qu'il aurait pu faire de son véhicule de service du 16 août 2018 au 28 février 2019. Le recourant n'a pas demandé davantage d'indemnisation salariale, dès lors qu'il était en incapacité de travail totale durant cette période et qu'il percevait à ce titre des indemnités journalières de l'assurance perte de gain en cas de maladie. Enfin et surtout, il a demandé un montant de 56'000 fr. à titre d'indemnité pour résiliation abusive des rapports de travail. Cet élément du litige tenait ainsi une place prépondérante, puisqu'il représentait près des deux tiers de la valeur litigieuse totale. A ce propos, à l'appui de sa requête en conciliation, le recourant a produit divers éléments destinés à démontrer le caractère injustifié de son licenciement. Parmi ceux-ci, figurait en particulier un courrier électronique de la cliente avec laquelle le recourant aurait eu un contact téléphonique le 7 août 2018. Celle-ci y déclarait qu'aucun appel téléphonique n'avait pu avoir lieu ce jour-là, dès lors qu'elle était en vacances. Il apparaît au surplus que, malgré une prétendue rupture des rapports de confiance, l'employeur a tardé à requérir la radiation de la signature du recourant au Registre du commerce, dite radiation n'ayant été enregistrée que trois mois plus tard, en novembre 2018. Enfin, il apparaît que cette résiliation immédiate est intervenue très peu de temps après que le recourant eût invoqué la nullité de la résiliation ordinaire notifiée le 22 juin 2018, en raison de la période de protection liée à son incapacité de travail. Ces faits, en sus de l'importante indemnité consentie par l'employeur, sont de nature à établir, au degré de la vraisemblance prépondérante, que les motifs invoqués à l'appui de la résiliation immédiate des rapports de travail n'existaient pas. Pour le surplus, le fait que le projet de certificat de travail établi à cette occasion fasse état de la fin de rapports de travail au 15 août 2018 n'a rien de contradictoire, dans la mesure où le constat du caractère injustifié de la résiliation immédiate n'a de toute manière pas pour effet d'en modifier la date. c) Compte tenu du caractère injustifié de la résiliation immédiate des rapports de travail, il apparaît que le

recourant disposait d'un droit au paiement de son salaire jusqu'à la première date à laquelle une résiliation ordinaire du contrat de travail aurait pu être valablement donnée. A teneur de l'art. 336c al. 1 let. b CO, après le temps d'essai, l'employeur ne peut pas résilier le contrat, notamment, pendant une incapacité de travail totale ou partielle résultant d'une maladie ou d'un accident non imputables à la faute du travailleur, et cela durant 30 jours au cours de la première année de service, durant 90 jours de la deuxième à la cinquième année de service et durant 180 jours à partir de la sixième année de service. Le congé donné pendant l'une de ces périodes est nul (art. 336c al. 2, 1 re phrase, CO). Dès lors, en raison de son incapacité de travail et de son ancienneté dans l'entreprise, le recourant bénéficiait d'une période de protection de 180 jours à compter du début de son incapacité. Celle-ci ayant débuté le 14 juin 2018, aucune résiliation ordinaire ne pouvait valablement être donnée par l'employeur avant le 11 décembre 2018. Faute d'une disposition plus favorable dans le contrat de travail, le délai de résiliation ordinaire applicable en l'occurrence était de deux mois pour la fin d'un mois (art. 335c al. 1 CO, repris à l'art. 2.2 du règlement d'entreprise), de sorte qu'une résiliation ordinaire donnée le 11 décembre 2018 pouvait prendre effet au plus tôt le 28 février 2019. Dans cette situation, le recourant aurait dû bénéficier de l'art. 13 al. 2 LACI et voir la période du 15 août 2018 au 28 février 2019 assimilée à une période de cotisation, quand bien même il ne percevait pas de salaire parce qu'il était malade (art. 3 LPGA). Comme on l'a vu, la jurisprudence a assimilé à une période de cotisation au sens de l'art. 13 al. 1 LACI celle pendant laquelle l'assuré n'exerce certes plus d'activité soumise à cotisation, mais a droit au salaire en raison d'une résiliation immédiate injustifiée des rapports de travail. Il convient de faire de même pour la période pendant laquelle l'assuré n'est certes plus partie à un rapport de travail au sens de l'art. 13 al. 2 let. c LACI – mais pour la seule raison d'une résiliation immédiate injustifiée de son contrat – et pour laquelle il ne peut pas demander d'indemnisation salariale parce qu'il est malade (art. 3 LPGA) et perçoit en lieu et place des indemnités journalières d'une assurance-maladie collective en cas de perte de gain. Conformément à ce qui précède, il convient d'inclure la période du 15 août 2018 au 28 février 2019 dans le calcul de la période de cotisation. Elle s'ajoute aux mois durant lesquels le recourant a effectivement exercé une activité et perçu un salaire cotisant en vertu du contrat de travail qui le liait à W. \_\_\_\_\_ SA. La période de cotisation à prendre en considération est donc de vingt-trois mois. Dans la mesure où il était âgé de plus de 55 ans au 1<sup>er</sup> avril 2019, le recourant a droit à 520 indemnités journalières pendant le délai-cadre d'indemnisation (art. 27 al. 2 let. c LACI). Le recours portant sur la décision fixant le nombre d'indemnités journalières est dès lors bien fondé.

## **E. 6**

a) Aux termes de l'art. 23 al. 1, 1 re phrase, LACI, est réputé gain assuré le salaire déterminant au sens de la législation sur l'assurance-vieillesse et survivants (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. b) Le salaire pris en compte comme gain assuré au sens de l'assurance-chômage se rapproche de la notion de salaire déterminant de l'art. 5 LAVS (loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants ; RS 831.10), mais ne se recouvre pas exactement avec celui-ci, comme cela ressort du terme « normalement » utilisé à l'art. 23 al. 1 LACI (TF 8C\_290/2014 du 20 mars 2015 consid. 2.1 ; cf. également Boris Rubin, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Genève/Zurich/Bâle 2014, n° 8 ad art. 23). Certains montants perçus par le salarié, certes soumis à cotisation, n'entrent pas dans la

fixation du gain assuré. Il en va ainsi de la rémunération des heures supplémentaires (ATF 129 V 105), de l'indemnité de vacances à certaines conditions (ATF 130 V 492 consid. 4.2.4), des gains accessoires (ATF 126 V 207 consid. 3a ; 125 V 475 consid. 5b) ou encore d'un bonus versé une seule fois dans des circonstances particulières (TF C 155/06 du 3 août 2007 consid. 5.1 et la référence citée). En revanche, aux termes de la jurisprudence fédérale, les allocations de renchérissement, les gratifications, ainsi que les primes de fidélité et de rendement sont incluses dans le gain assuré, même si l'employeur les verse à bien plaisir et que l'employé ne peut en déduire aucun droit en justice (ATF 122 V 362 consid. 3 et les références citées ; TFA C 139/05 du 26 juin 2006 consid. 4.1 ; C 51/02 du 20 juin 2002 consid. 2a ; C 45/01 et C 69/01 du 14 novembre 2001 consid. 5a). Entrent ainsi notamment dans les composantes du gain assuré au sens de l'art. 23 al. 1 LACI, le salaire de base, au mois, à l'heure ou à la tâche, y compris le salaire ou l'indemnisation en cas de maladie, d'accident ou d'invalidité, les prestations en nature, au maximum jusqu'aux montants fixés dans la législation sur l'AVS, le treizième salaire et les gratifications, si l'assuré les a effectivement touchés ou s'il a intenté une action judiciaire pour faire reconnaître des prétentions qu'il a rendues crédibles – et ce indépendamment du fait qu'elles puissent faire ou non l'objet d'une action en justice – les commissions et les primes (rendement, fidélité), pour autant qu'elles aient été versées normalement et régulièrement (cf. Rubin, op. cit., n° 10 ad art. 23). c) Par gratification incluse dans le gain assuré, il faut entendre, selon l'art. 322d CO, une rétribution spéciale accordée en sus du salaire par l'employeur à certaines occasions, telles que Noël ou la fin de l'exercice annuel. L'engagement de l'employeur de verser une gratification peut être prévu dans le contrat de travail ou résulter, pendant les rapports de travail, d'actes concluants, comme le versement régulier et sans réserve d'une gratification. Les parties peuvent également soumettre, expressément ou tacitement, le versement de la gratification à des conditions, notamment la réalisation d'objectifs fixés au travailleur par l'employeur (TFA C 51/02 du 20 juin 2002 consid. 2a et les références citées). d) Le gain assuré est calculé sur la base du salaire moyen des six derniers mois de cotisation qui précèdent le délai-cadre d'indemnisation (art. 37 al. 1 OACI). Il est déterminé sur la base du salaire moyen des douze derniers mois de cotisation précédant le délai-cadre d'indemnisation si ce salaire est plus élevé que le salaire moyen visé à l'art. 37 al. 1 OACI (art. 37 al. 2 OACI). La période de référence commence à courir le jour précédant le début de la perte de gain à prendre en considération quelle que soit la date de l'inscription au chômage ; à ce jour, l'assuré doit avoir cotisé douze mois au moins pendant le délai-cadre applicable à la période de cotisation (art. 37 al. 3 OACI). En cas de prise en compte de périodes assimilées à des périodes de cotisation selon l'art. 13 al. 2 let. b à d LACI, le salaire déterminant est celui que l'intéressé aurait normalement obtenu (art. 39 OACI) et non pas d'éventuelles indemnités journalières qu'il obtiendrait en vertu des art. 324a al. 4 et art. 324b CO (TF 8C\_821/2017 et 8C\_825/2017 du 4 juin 2018 consid. 4.2 et les références citées). S'agissant des gratifications ainsi que les primes de fidélité et au rendement, celles-ci doivent être imputées proportionnellement sur tous les mois de l'année pendant lesquels l'assuré a travaillé, de la même manière qu'un treizième salaire (ATF 122 V 363 consid. 3 ; C 45/01 et 69/01 du 14 novembre 2001 consid. 5). Elles doivent en outre être imputées conformément au principe selon lequel un revenu est réputé avoir été réalisé au moment où l'assuré a fourni la prestation de travail rémunératoire (ATF 122 V 367 consid. 5b ; TFA C 51/02 du 20 juin 2002 consid. 3).

## **E. 7**

En l'espèce, la période de référence pour le calcul du gain assuré est celle qui s'étend du 1<sup>er</sup> septembre 2018 au 28 février 2019, la période du 1<sup>er</sup> mars 2018 au 31 août 2018 devant également être prise en compte si cela est plus favorable à l'assuré. Compte tenu du caractère injustifié de la résiliation anticipée du contrat de travail par W. \_\_\_\_\_ SA, ainsi que du versement d'indemnités journalières en cas de maladie en lieu et place du salaire dès le 16 août 2018, le gain assuré doit être calculé, à compter de cette date, sur la base du salaire que le recourant aurait normalement dû percevoir de la part de W. \_\_\_\_\_ SA en vertu du contrat de travail qui le liait à cette entreprise. Le gain assuré doit ainsi tenir compte également de l'ensemble des prestations prévues par le contrat durant toute la période considérée, cas échéant réparties proportionnellement sur les mois pour lesquels ces prestations étaient dues, et non des gains réellement perçus par le recourant. A cet égard, l'intimée conteste devoir prendre en considération un bonus annuel de 15'000 fr., au motif qu'il n'a pas été perçu effectivement par le recourant durant la période de référence pour le calcul, de même que l'indemnité de 30'000 fr. consentie par W. \_\_\_\_\_ SA dans la transaction passée devant la juridiction prud'homale parce qu'elle ne précise pas le motif de ce versement et qu'il n'a pas été soumis à cotisation. Comme déjà vu, cette indemnité a été consentie selon toute vraisemblance en raison du caractère injustifié de la résiliation immédiate du contrat de travail. Elle pouvait donc inclure tant l'indemnisation de revenus non couverts par l'assurance perte de gain qu'une indemnité au sens de l'art. 337c al. 3 CO, dans une proportion qui n'est cependant pas connue. Dans un cas comme dans l'autre, ce montant ne saurait être pris en compte en tant que tel dans le calcul, d'une part, parce que l'indemnité de l'art. 337c al. 3 CO ne constitue pas un revenu normal et, d'autre part, parce que le gain assuré doit de toute manière être calculé sur la base du revenu que le recourant aurait dû recevoir s'il n'avait pas été licencié, et non sur la base des indemnités journalières qu'il a réellement reçues de l'assurance perte de gain. En revanche, s'agissant du bonus de 15'000 fr. litigieux, il ressort clairement du contrat de travail que l'employeur s'engageait à verser, en plus du salaire mensuel et d'un treizième salaire, un bonus annuel « minimum » de 15'000 francs. Le versement de ce montant n'était soumis à aucune condition particulière par le contrat, seul le versement d'un supplément pouvant atteindre le même chiffre étant lié au chiffre d'affaires de l'entreprise. Par conséquent, le montant inconditionnel de 15'000 fr. par an constitue un élément de salaire contractuellement dû et doit être pris en compte à ce titre dans le calcul du gain assuré, de la même manière que le treizième salaire. Les différents relevés fournis par le recourant montrent par ailleurs que des bonus de 15'000 fr. au moins ont bien été versés avec les salaires de mars 2016, mars 2017 et mars 2018, respectivement pour les exercices 2015, 2016 et 2017. Le fait que l'employeur ait refusé de verser le bonus après avoir résilié le contrat en août 2018, sous réserve de la transaction signée ensuite par les parties, est ainsi sans pertinence. Dès lors, il y a lieu de retenir que l'intimée aurait dû tenir compte d'un bonus annuel de 15'000 fr. dans le calcul du gain assuré, réparti sur les douze mois de l'année, le recours étant bien fondé à cet égard. Il n'appartient cependant pas à l'autorité de céans d'établir le gain assuré ni, sur cette base, de déterminer l'indemnité journalière correspondante, en lieu et place de l'intimée. La cause sera ainsi renvoyée à cette dernière afin qu'elle procède à la correction du gain assuré et des indemnités journalières correspondantes conformément aux remarques qui précèdent.

## **E. 8**

a) Les recours sont par conséquent admis. Il convient, d'une part, de réformer la décision sur opposition portant sur le nombre maximum d'indemnités journalières, en ce sens que le recourant a droit à 520 indemnités journalières au maximum pendant le délai-cadre

d'indemnisation. D'autre part, il y a lieu d'annuler la décision sur opposition relative au gain assuré et de renvoyer la cause à l'intimée pour instruction complémentaire et nouvelle décision. b) Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires, la procédure étant gratuite (art. 61 let. f bis LPGA). c) Obtenant gain de cause avec l'assistance d'un mandataire qualifié, le recourant a droit à une indemnité de dépens à titre de participation aux honoraires de son conseil (art. 61 let. g LPGA), qu'il convient d'arrêter à 4000 fr., débours et TVA compris (art. 10 et 11 TFJDA [tarif vaudois du 28 avril 2015 des frais judiciaires et des dépens en matière administrative ; BLV 173.36.5.1]), et de mettre à la charge de l'intimée qui succombe.

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