RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1854/2021 **ATAS/71/2022**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 31 janvier 2022

6ème Chambre

En la cause

Monsieur A_____, domicilié à Genève, représenté par DEXTRA PROTECTION JURIDIQUE SA	recourant
contre	
CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHÔMAGE, sise rue de Montbrillant 40, case postale 2293, Genève	intimée

Siégeant : Valérie MONTANI, Présidente; Teresa SOARES et Jean-Pierre WAVRE, Juges assesseurs

EN FAIT

A. **a.** Monsieur A_____ (ci-après: l'assuré ou le recourant), né le _____ 1975, a requis le 8 février 2021 une indemnité de chômage auprès de la caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après: la caisse), à la suite de la résiliation de son contrat de travail au 31 janvier 2021 par B_____ sàrl (ci-après: l'employeur), motivée par une restructuration.

b. Selon un « accord de bonus de rétention » du 20 septembre 2019, il était proposé à l'assuré, en raison de ses compétences, de recevoir en avril 2020 la somme de CHF 80'360.- aux conditions que le contrat de travail n'ait pas été résilié par l'une ou l'autre des parties avant le 30 avril 2020, quelle que soit la date de fin de contrat, et sous réserve que l'assuré n'ait pas été absent de façon prolongée durant cette même période, et qu'il ait fait de son mieux pour l'entreprise et atteint les objectifs définis par l'employeur.

c. Le 25 novembre 2019, l'employeur a négocié et approuvé un plan social.

d. Par courrier du 26 février 2020, l'assuré a été licencié pour le 31 avril 2020.

e. Un contrat signé par l'employeur et l'assuré du 8 juin 2020 intitulé « addendum between the undersigned » prévaut un nouvel engagement de l'assuré du 1er août 2020 au 31 janvier 2021 et indique que le licenciement du 26 février 2020 est en conséquence nul.

f. Par courrier du 22 juillet 2020, l'assuré a été licencié pour le 31 janvier 2021, en application du délai de résiliation de 6 mois. L'assuré et l'employeur ont convenu dans la lettre de résiliation du contrat de travail du 22 juillet 2020 « Termination of your employement contract – cancels and replaces letter of February 26, 2020 » sous le point « II. Benefits of the social plan, 1. Departure indemnity », d'une prime de départ d'un montant de CHF 360'013.-, versée en plus du salaire de l'assuré, dont CHF 241'993.- soumis à l'AVS et CHF 118'020.- exonérés selon l'attestation de l'employeur du 28 janvier 2021. Il était relevé que le plan social du 25 novembre 2019 était applicable à l'assuré. Il était mentionné que cette lettre de résiliation annulait celle du 26 février 2020.

g. L'attestation de salaire de l'assuré du 25 janvier 2021 mentionnait que celui-ci avait perçu de son employeur le montant de CHF 80'360.- à titre de bonus de rétention.

h. L'attestation du 1er février 2021 de la Fondation collective Trianon, institution de prévoyance professionnelle de l'assuré, a établi que l'assuré a versé un montant de CHF 110'000.- à titre de contribution de rachat volontaire.

B. **a.** Le 17 mars 2021, la caisse a reporté le droit à l'indemnité de chômage de l'assuré au 16 décembre 2021 (soit un report de 10 mois et 15 jours), en raison d'un versement par l'employeur de prestations volontaires d'un montant évalué par la caisse à CHF 440'373.-, comprenant l'indemnité de départ de CHF 360'013.- et le bonus de rétention de CHF 80'360.-. La caisse a pris en compte le montant total de

CHF 206'133.-, après la déduction du montant maximum assuré de CHF 148'200.- et du montant affecté à la LPP de CHF 86'040.-, et l'a divisé par le revenu mensuel du recourant qui était de CHF 19'604,45, arrivant à un total de 10 mois et 15 jours de report dès le 1er février 2021, qui correspondait à la fin du délai de congé de 6 mois comme prévu par la lettre de licenciement.

b. Le 1er avril 2021, l'assuré a fait opposition à la décision du 17 mars 2021, contestant la durée du report de l'indemnité de chômage. Il a admis que le montant de CHF 360'013.-, correspondant aux indemnités de départ, devait être considéré comme une prestation volontaire versée par l'employeur. Cependant, il a estimé que le bonus de rétention de CHF 80'360.- ne devait pas être pris en compte dans la somme des prestations, étant un paiement lié à une période antérieure à la résiliation des rapports de travail, même si ce montant avait été versé seulement en janvier 2021, lorsque la résiliation était devenue effective. En divisant le montant des indemnités de départ (CHF 360'013.-) par son revenu mensuel (CHF 19'604,45), un report de 6 mois et 12 jours, et non de 10 mois et 15 jours était justifié.

c. Le 28 avril 2021, la caisse a rejeté l'opposition, concluant que le bonus de rétention, qui représentait une prestation volontaire de l'employeur, devait être pris en compte dans le calcul du report du droit à l'indemnité de chômage.

C. **a.** Le 28 mai 2021, l'assuré a recouru auprès de la chambre des assurances sociales de la Cour de justice à l'encontre de la décision sur opposition de la caisse, concluant à ce que le montant du bonus de rétention soit retranché des montants retenus à titre de prestations volontaires versées par l'employeur.

b. Le 24 juin 2021, la caisse a conclu au rejet du recours, estimant que le bonus était en lien direct avec la fin planifiée des rapports de travail et que son objectif était de prévenir un départ prématuré de l'assuré. Elle avait soumis un cas similaire impliquant la même entreprise au Secrétariat d'Etat à l'économie (ci-après: le SECO) lequel avait confirmé que le bonus de rétention devait être considéré comme une prestation volontaire de l'employeur. La lettre de résiliation du 22 juillet 2020 mentionnait une annexe libellée « Appendix 1 table of benefits », non produite par l'assuré (mais que la caisse avait pu consulter par le biais du dossier d'un autre assuré qui se trouvait dans la même situation) et qui faisait état du bonus de rétention sous une rubrique « termination information ». Était joint à la décision l'échange de courriels des 4 et 16 février 2021 entre le SECO et le Département de la sécurité, de l'emploi et de la santé (ci-après : DSES).

c. Par ordonnance du 13 octobre 2021, la chambre de céans a appelé en cause le SECO, l'invitant à se prononcer sur la qualification du bonus de rétention.

d. Par détermination du 26 octobre 2021, le SECO a indiqué qu'au mois de juillet 2019, la presse avait fait écho de la volonté de l'employeur de se séparer d'une grande partie de son personnel en vue d'une décision de délocalisation et que, dans ce contexte, l'employeur avait négocié et approuvé le 25 novembre 2019 un plan social applicable à l'assuré. Dès lors, l'accord du bonus de rétention du 20 septembre

2019 devait être considéré comme s'inscrivant dans ce processus et donc lié à la mise en place du plan social. Le SECO a relevé que la lettre de résiliation du 22 juillet 2020 remplaçait une autre lettre datée du 26 février 2020 qui devait mettre fin au contrat de travail entre l'assuré et l'employeur, ce qui expliquait pourquoi, dans un premier temps, le bonus de rétention n'avait pas été versé et qu'il ne s'agissait pas d'une raison purement pratique relative aux liquidités de l'employeur qui aurait justifié le paiement du bonus à la fin des rapports de travail. Du moins, était-il permis de mettre en doute l'affirmation que le recourant avait concrétisé son droit au bonus de rétention à la fin du mois d'avril 2020, puisqu'il apparaissait peu probable que la condition fixée pour l'octroi du bonus ait été réalisée et, par conséquent, l'employeur n'avait aucune obligation de verser le bonus. Considérant l'ensemble de ces éléments, le SECO a conclu que le bonus de rétention devait être considéré comme une prestation volontaire de l'employeur.

e. Le 1er novembre 2021, la chambre de céans a demandé à l'assuré de fournir le courrier du 26 février 2020 mentionné dans la lettre de résiliation du 22 juillet 2020 et l'annexe mentionnée dans ce même courrier, nommée « Appendix 1 Table of benefits ».

f. Le 4 novembre 2021, la caisse s'est prononcée sur la détermination du SECO, persistant dans ses conclusions.

g. Par courrier du 12 novembre 2021, l'assuré a envoyé les documents suivants : un « Appendix 1 Table of social plan benefits » faisant suite à la lettre de résiliation du 22 juillet 2020, un « Addendum between the undersigned » du 8 juin 2020, un « Termination of your employment contract » du 26 février 2020, « l'Apendix 1 table of social benefits » suite à la lettre de résiliation du 26 février 2020, et un document daté du 8 juillet 2021, fourni par l'employeur, attestant que l'assuré étant éligible au bonus de rétention, il avait été payé le 25 janvier 2021, et que ce bonus n'était pas lié à la résiliation des rapports de travail. Il a contesté la détermination du SECO, dans la mesure où le bonus de rétention ne s'inscrivait pas dans le processus du plan social négocié et approuvé le 25 novembre 2019. L'assuré a également mentionné qu'il ressortait du document « Addendum between the undersigned » du 8 juin 2020 qu'un changement de contrat avait eu lieu en raison d'un nouveau projet en faveur de l'assuré et que le versement du bonus avait été effectué en janvier 2021 pour des raisons techniques, le bonus n'étant pas lié au licenciement.

h. Le 3 décembre 2021, la caisse s'est déterminée suite au courrier du 15 novembre 2021 de la chambre de céans, persistant dans ses conclusions.

EN DROIT

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.

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

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.

4.

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).

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).

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).

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, 13^{e} 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

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.

5.

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.).

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

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).

6.

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).

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

7.

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

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.

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 « retention 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.

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

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.

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.

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.

PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

À la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet.
3. Annule la décision de l'intimée du 28 avril 2021.
4. Dit que le recourant a droit aux indemnités de chômage à partir du 13 août 2021.
5. Alloue au recourant une indemnité de procédure de CHF 1'500.- à charge de l'intimé.
6. Dit que la procédure est gratuite.
7. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110); le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière	La présidente
Adriana MALANGA	Valérie MONTANI

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'au Secrétariat d'État à l'économie par le greffe le