RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3292/2020 **ATAS/1210/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 26 novembre 2011

3ème Chambre

En la cause

Monsieur A_____, domicilié à VERSOIX, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître Michael RUDERMANN

recourant

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHÔMAGE, sise rue de Montbrillant 40, GENÈVE

intimée

Siégeant : Karine STECK, Présidente ; Claudiane CORTHAY et Anny FAVRE, Juges assesseurs

EN FAIT

A. a. Monsieur A_____ (ci-après : l'assuré), ressortissant français domicilié à Genève, a sollicité de la caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après : la caisse) le versement d'indemnités de chômage à compter du 23 mai 2019.

Dans sa demande d'indemnités du 27 mai 2019, l'assuré a déclaré avoir travaillé pour la société B_____, sise en France, et avoir été licencié le 1er juillet 2018 pour le 30 septembre 2018. Lors de la résiliation des rapports de travail, des prestations financières lui avaient été octroyées en sus de son salaire.

b. Ont été versés au dossier, notamment :

- les bulletins de salaire de l'intéressé, de juillet 2017 à avril 2019 ;
- une attestation de l'employeur du 3 juin 2019, mentionnant une résiliation du contrat de travail pour motifs économiques le 1er juillet 2018 avec effet au 30 avril 2019, la durée du délai de congé légal ou conventionnel étant de dix mois ; les prestations financières accordées en plus du salaire lors de la résiliation s'élevaient à EUR 502'090.-, somme qui, selon une autre attestation du même jour signée par l'employeur, se décomposait comme suit : EUR 458'874.- (indemnité de licenciement) + EUR 23'726.- (indemnité de congés payés) + EUR 19'490.- (paiement de jours issus du « compte épargne Temps ») ;
- un document daté du 30 avril 2018, signé par l'assuré et son employeur, intitulé « Convention de rupture amiable du contrat de travail pour motif économique », indiquant que les suppressions d'emploi concernées avaient lieu dans le cadre d'un plan de départs volontaires autonome, exclusif de tout départ contraint, négocié entre la Direction et les organisations syndicales représentatives ; l'assuré, ayant manifesté son souhait de quitter la société conformément aux dispositions dudit plan afin de réaliser son projet de création d'entreprise, il était mis au bénéfice d'un congé de repositionnement externe de dix mois, à l'échéance duquel la rupture du contrat de travail serait effective ;
- une convention de congé de repositionnement externe datée du 10 octobre 2018, signée notamment par l'assuré et l'employeur, ainsi qu'une notice d'information sur ce congé, d'après lesquelles le but dudit congé était de permettre à l'employé de bénéficier de diverses mesures d'accompagnement, afin qu'il puisse mettre en œuvre son projet professionnel ; ce congé, débuté le 1er juillet 2018, comportait une période correspondant au préavis jusqu'au 30 septembre 2018 et une période excédant ce préavis jusqu'au 30 avril 2019 ; durant la première période, l'assuré serait indemnisé conformément aux

dispositions légales relatives au préavis, la rémunération due à ce titre étant soumise aux cotisations et contributions sociales applicables ; durant la seconde, il percevrait une allocation mensuelle fixée à 75% d'un montant constitué du dernier salaire mensuel brut de base, de la dernière prime mensuelle « Groupe Brute », du douzième de la dernière part variable brute allouée et du douzième du dernier treizième salaire touché ; cette allocation, exonérée de cotisations sociales, était soumise à la cotisation sociale généralisée et à la contribution au remboursement de la dette sociale ; les cotisations afférentes à la couverture frais de santé, à la prévoyance incapacité/invalidité et à la retraite supplémentaire, les éventuelles pensions d'invalidité 2ème ou 3ème catégorie de base et complémentaires, ainsi que les éventuelles cotisations liées aux points de retraite « AGIRC et ARRCO » seraient déduites de cette allocation.

– le formulaire européen U1 intitulé : « périodes à prendre en compte pour l'octroi de prestations de chômage », complété par PÔLE EMPLOI ;

– un certificat de travail.

B. Par décision du 27 mai 2020, confirmée sur opposition le 17 septembre 2020, la caisse a reporté au 23 juillet 2020 le début du droit à l'indemnité de chômage de l'assuré et lui a réclamé la restitution des indemnités versées à tort du 23 mai 2019 au 30 avril 2020, soit CHF 94'117.45.

Elle a fixé le revenu mensuel moyen de l'assuré à CHF 22'480.-.

Suite à un courriel du 21 avril 2020, le dossier de l'assuré avait été soumis à un contrôle, dont il était ressorti que son employeur lui avait alloué des prestations volontaires supplémentaires sous forme d'une prime de départ de CHF 637'372.80, dont aucune part n'avait été affectée à la prévoyance professionnelle.

La perte de travail ne pouvait être prise en considération tant que le solde des prestations volontaires, qui dépassait le montant maximum assuré de CHF 148'200.-, couvrait la perte de revenu résultant de la résiliation des rapports de travail.

Le report du droit à l'indemnité était calculé comme suit : prestations volontaires de CHF 637'372.80 - déduction du montant maximum assuré de CHF 148'200.- = prestations volontaires à prendre en considération : CHF 489'172.80. La division de ce montant par CHF 22'480.- conduisait à une durée de vingt et un mois et seize jours dès le 1er octobre 2018, jour suivant le terme légal du contrat de travail.

C. a. Par acte du 19 octobre 2020, l'assuré a interjeté recours auprès de la Cour de céans en concluant, sous suite de frais et dépens, principalement, à l'annulation de la décision de la caisse et au renvoi de la cause à celle-ci pour instruction complémentaire et nouvelle décision, subsidiairement à ce qu'aucune prestation volontaire ne soit prise en considération.

Il a produit, notamment :

– l'accord majoritaire relatif au plan de départs volontaires conclu le 28 juillet 2017 entre l'employeur et les organisations syndicales représentatives, dont l'article 3.2.2 traite de l'indemnité de départ volontaire ;

– une note interne de l'employeur fixant l'indemnité de licenciement à EUR 279'148.35 et l'indemnité complémentaire à EUR 179'725.65, soit un total de EUR 458'874.-.

b. Invitée à se déterminer, l'intimée a conclu au rejet du recours, ensuite de quoi le recourant a persisté dans ses conclusions.

c. Une audience de comparution personnelle s'est tenue en date du 18 mars 2021, au cours de laquelle le recourant a expliqué notamment le déroulement de la fin de son contrat de travail en deux périodes, précisant que, durant la deuxième, il avait reçu un salaire soumis aux cotisations sociales habituelles. Selon lui, c'est sur la base du droit français et non suisse que devrait être résolue la question de savoir si son employeur lui a consenti des prestations volontaires à l'issue des relations de travail. Le recourant a produit à l'appui de sa position un avis de droit du 17 mars 2021 émanant de son conseil français, non signé.

Pour sa part, l'intimée a exposé avoir interprété les faits s'étant déroulés en France selon le droit suisse, ajoutant que, durant la deuxième période, les indemnités allouées au recourant l'ont été dans le cadre d'un plan social, de sorte qu'elles doivent être qualifiées de prestations volontaires de l'employeur, peu importe que des cotisations aient été prélevées.

d. Le 25 mars 2021, le recourant a produit une version signée de l'avis de droit de son conseil français ; celui-ci y indique que la rémunération reçue pendant la période du congé de reclassement excédant la durée du préavis a été soumise aux contributions et cotisations habituelles applicables aux salaires, que la rupture du contrat de travail n'a été effective qu'au terme du congé de repositionnement et que l'indemnité de licenciement perçue présentait un caractère obligatoire non négociable conformément aux dispositions légales en vigueur et aux stipulations contractuelles.

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. À teneur de l'art. 1 al. 1 LACI, les dispositions de la LPGA s'appliquent à l'assurance-chômage, à moins que la loi n'y déroge expressément.

3. Le 1er janvier 2021, est entrée en vigueur la modification du 21 juin 2019 de la LPGA. Toutefois, le recours étant alors déjà pendant devant la Cour de céans, il reste soumis à l'ancien droit (cf. art. 82a LPGA; RO 2020 5137; FF 2018 1597; erratum de la Commission de rédaction de l'Assemblée fédérale du 19 mai 2021, publié le 18 juin 2021 in RO 2021 358).

4. Le délai de recours est de trente jours (art. 56 et 60 al. 1 LPGA; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 [LPA - E 5 10]).

   Interjeté dans la forme (art. 61 let. b LPGA; art. 89B LPA) et le délai prévus par la loi, le recours est recevable.

5. a. À titre préalable, le recourant fait valoir une violation de son droit d'être entendu, au motif que la motivation de la décision attaquée serait insuffisante, l'intimée n'ayant procédé à aucune analyse des arguments développés dans son opposition.

   b. Ce grief, de nature formelle, doit être examiné en premier lieu (ATF 127 V 431 consid. 3d/aa ; 124 V 90 consid. 2 notamment).

   La jurisprudence a déduit du droit d'être entendu (art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, du 18 avril 1999 [Cst. - RS 101]) le devoir pour le juge de motiver sa décision, afin que le justiciable puisse la comprendre, la contester utilement s'il y a lieu et exercer son droit de recours à bon escient. Pour répondre à ces exigences, le juge doit mentionner, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidé et sur lesquels il a fondé sa décision, de manière à ce que l'intéressé puisse se rendre compte de la portée de celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause. Il n'a toutefois pas l'obligation d'exposer et de discuter tous les faits, moyens de preuve et griefs invoqués par les parties, mais peut au contraire se limiter à l'examen des questions décisives pour l'issue du litige. Dès lors que l'on peut discerner les motifs qui ont guidé la décision de l'autorité, le droit à une décision motivée est respecté même si la motivation présentée est erronée. La motivation peut d'ailleurs être implicite et résulter des différents considérants de la décision. En revanche, une autorité se rend coupable d'un déni de justice formel prohibé par l'art. 29 al. 2 Cst. si elle omet de se prononcer sur des griefs qui présentent une certaine pertinence ou de prendre en considération des allégués et arguments importants pour la décision à rendre (arrêt du Tribunal fédéral 9C_877/2014 du 5 mai 2015 consid. 3.3 et les références).

   La violation du droit d'être entendu, de caractère formel, doit entraîner l'annulation de la décision attaquée, indépendamment des chances de succès du recourant sur le fond (ATF 127 V 431 consid. 3d/aa ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_120/2009 du 3 février 2010 consid. 2.2.1). Pour autant qu'elle ne soit pas d'une gravité particulière, cette violation est réparée lorsque la partie lésée a la possibilité de

s'exprimer devant une autorité de recours jouissant d'un plein pouvoir d'examen. Au demeurant, la réparation d'un vice éventuel ne doit avoir lieu qu'exceptionnellement (arrêt du Tribunal fédéral 9C_181/2013 du 20 août 2013 consid. 3.3).

c. En l'espèce, dans son opposition, le recourant faisait valoir que les salaires payés jusqu'au 30 avril 2019 ne devaient pas être pris en considération dans le calcul de la prestation volontaire, puisqu'il s'agissait de salaires qui, de surcroît, avaient été soumis aux cotisations sociales. Il estimait que l'indemnité légale de licenciement ne devait pas non plus être prise en compte dans le calcul de la prestation volontaire, puisqu'il s'agissait d'une indemnité légale, donc obligatoire. Il en allait de même de l'indemnité de rupture complémentaire résultant d'une négociation entre les syndicats et la DIRECCTE (Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi), imposée avec force obligatoire à son ancien employeur. Tout au plus, seule cette dernière indemnité pourrait être prise en considération, si tant est qu'il faille considérer qu'elle était volontairement consentie par son ancien employeur dans le cadre du plan social.

Il est vrai que, dans la décision sur opposition querellée, l'intimée n'a pas expressément discuté la pertinence de l'argumentation du recourant, se contentant d'affirmer avoir procédé à une nouvelle vérification des données permettant de conclure que les montants mentionnés dans la décision de report (du droit à l'indemnité de chômage) étaient correctement calculés et qu'ils devaient être maintenus et d'ajouter que le recourant n'avait apporté aucun nouvel élément susceptible de modifier sa position.

La lecture de la motivation – très succincte – de la décision litigieuse ne permet pas de comprendre les raisons pour lesquelles l'intimée a considéré que les salaires versés jusqu'en avril 2019 et l'indemnité de licenciement constituaient des prestations volontaires à prendre en considération. Quoi qu'il en soit, le recourant a cependant pu prendre connaissance des arguments de l'intimée dans le cadre de la présente procédure et se déterminer en toute connaissance de cause par devant la Cour de céans, laquelle jouit d'un plein pouvoir d'examen en fait et en droit. Ainsi, on peut considérer que la violation du droit d'être entendu commise par l'intimée a été réparée au cours de la procédure contentieuse.

Par conséquent, le grief doit être écarté, sans préjudice pour le recourant.

Il convient à présent d'examiner le fond du litige.

6. Le litige porte sur le point de savoir si l'intimée était fondée à différer le début du droit à l'indemnité de chômage au 23 juillet 2020, motif pris que le recourant ne subissait pas, jusqu'à cette date, une perte de travail à prendre en considération, dans la mesure où la part à prendre en compte des montants versés par l'employeur couvrait, du 1er octobre 2018 au 23 juillet 2020, la perte de revenu découlant de la résiliation des rapports de travail.

7. 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 LACI). Tel est le cas

lorsque la perte de travail se traduit par un manque à gagner et dure au moins deux journées de travail consécutives (art. 11 al. 1 LACI).

8. a. 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 143 V 161 consid. 3.1).

b. 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, Code des obligations - RS 220]) ou en cas de résiliation en temps inopportun (art. 366c CO). Quant à la notion de « résiliation anticipée des rapports de travail », elle vise principalement des prétentions fondées sur les art. 337b (résiliation justifiée du contrat de travail) et 337c al. 1 CO (résiliation injustifiée du contrat de travail). Il peut aussi s'agir d'une prestation en espèces versée par l'employeur et destinée à compenser, pour les employés qui quittent leur fonction avant l'âge légal, la perte des avantages économiques découlant de la préretraite (ATF 143 V 161 consid. 3.2 et les références).

L'art. 11 al. 3 LACI ne vise que les prétentions dues pour la période pendant laquelle l'assuré est au chômage et les autres conditions du droit à l'indemnité de chômage sont réalisées, ce qui exclut les prétentions de salaire arriéré et les indemnités dues pour la durée des rapports de travail effectifs, comme non seulement la rémunération des heures supplémentaires accomplies, mais également le droit à un 13^{e} mois de salaire ou un bonus promis pour la durée de l'activité effective (ATF 139 V 384 consid. 5.4.1 et les références).

c. Ensuite, dans le prolongement de l'art. 11 al. 3 LACI, l'art. 10h de l'ordonnance sur l’assurance-chômage obligatoire et l’indemnité en cas d’insolvabilité du 31 août 1983 (OACI - RS 837.02) 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 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; ATF 143 V 161 consid. 3.3).

d. 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 1er janvier 2016 (art. 3 al. 2 LACI en corrélation avec l'art. 22 al. 1 de l'ordonnance sur l'assurance-accidents du 20 décembre 1982 [OLAA - RS 832.202]).

Lorsqu'elles dépassent ce montant, 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, 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. Ces prestations peuvent par exemple découler d'un plan social ou d'une convention collective de travail (ATF 143 V 161 consid. 3.4 et les références). Le salaire dû pour la période postérieure à la résiliation jusqu'à l'échéance des rapports de travail, tel que le salaire dû durant le délai contractuel de congé, n'est pas considéré comme « prestation volontaire » (Rémy WYLER/ Boris HEINZER, Droit du travail, 2019, p. 656).

Les montants affectés à la prévoyance professionnelle sont déduits des prestations volontaires de l'employeur 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; art. 10b OACI).

e. 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 143 V 161 consid. 3.5 et les réféences).

9. 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. 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 (art. 10c OACI). Dans l'hypothèse de variations de salaire, il y a lieu de prendre en considération le salaire moyen des six ou douze derniers mois comme prévu par l'art. 37 al. 1 et 2 OACI (Boris RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, n. 13 ad art. 11a LACI).

10. 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 ; art. 10e OACI).

11. a. En l'occurrence, dans la mesure où le recourant, ressortissant français résidant à Genève, a travaillé en France avant son inscription au chômage en Suisse le 23 mai 2019, il entre dans le champ d'application - temporel, personnel et matériel - du règlement (CE) n°883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, entré en vigueur pour la Suisse le 1er avril 2012 (RS 0.831.109.268.1 ; ci-après: règlement n°883/2004), lequel s'applique notamment aux prestations de chômage (art. 3 par. 1 let. h).

    En cas de chômage complet d'un travailleur frontalier, celui-ci bénéficie, de la part de l'institution du lieu de résidence, des prestations selon les dispositions de la législation de l'État membre de résidence, comme s'il avait été soumis à cette législation au cours de sa dernière activité salariée ou non salariée (art. 65 par. 5 let. a du règlement n° 883/2004).

    La charge des prestations de chômage incombe donc à l'intimée qui a, à juste titre, appliqué la LACI et son ordonnance d'exécution.

    b. L'intimée a considéré que les indemnités versées par l'employeur français au-delà du 30 septembre 2018, date de la fin du délai de préavis, correspondaient à des prestations volontaires de l'employeur au sens des dispositions du droit suisse. Ce faisant, elle a appliqué l'art. 5 du règlement n°883/2004.

    b/aa. Cette disposition a la teneur suivante :

    « À moins que le présent règlement n'en dispose autrement et compte tenu des dispositions particulières de mise en œuvre prévues, les dispositions suivantes s'appliquent :

    – si, en vertu de la législation de l'État membre compétent, le bénéfice de prestations de sécurité sociale ou d'autres revenus produit certains effets

juridiques, les dispositions en cause de cette législation sont également applicables en cas de bénéfice de prestations équivalentes acquises en vertu de la législation d'un autre État membre ou de revenus acquis dans un autre État membre (let. a);

– si, en vertu de la législation de l'État membre compétent, des effets juridiques sont attribués à la survenance de certains faits ou événements, cet État membre tient compte des faits ou événements semblables survenus dans tout autre État membre comme si ceux-ci étaient survenus sur son propre territoire (let. b). »

L'art. 5 let. a du règlement n°883/2004 pose le principe de l'assimilation des prestations ou de revenus (ATF 141 V 396 consid. 7.1).

Ce principe permet par exemple de prendre en considération le droit au salaire ou à l'indemnité pour cause de résiliation anticipée des rapports de travail à l'étranger dans le cadre de l'art. 11 LACI (Circulaire relative aux conséquences des règlements (CE) n° 883/2004 et 987/2009 sur l'assurance-chômage établie par le Secrétariat d'État à l'économie [SECO] - Circulaire IC 883 n. A59). S'agissant des prestations volontaires de l'employeur, il convient de déterminer si les prestations mentionnées dans le formulaire U1 au chiffre 4.2 (libellé comme suit : « le titulaire a perçu ou doit encore percevoir une indemnité compensatrice de fin d'activité ou d'autres paiements analogues d'un montant de… ») entrent dans le champ d'application de l'art. 11a LACI.

b/bb. Dans le cas concret, en application de l'art. 5 let. a du règlement n°883/2004, on doit effectivement admettre que les revenus et prestations acquis en France doivent être assimilés à des revenus et prestations perçus en Suisse. Cela étant, encore faut-il que, pour différer le début du droit à l'indemnité de chômage, les conditions posées par les art. 11a ou 11 al. 3 LACI soient réunies.

À cet égard, l'art. 10h OACI (en lien avec les articles précités) – relatif à la perte de travail à prendre en considération en cas de résiliation anticipée des rapports de travail d'un commun accord – est inapplicable, dans la mesure où le délai de congé a été respecté en l'occurrence. Il n'est pas pertinent que le recourant et son employeur aient indiqué dans la convention du 30 avril 2018 que le contrat de travail a été rompu d'un commun accord (art. 2.1), car cela ne signifie pas encore que le délai de congé n'a pas été respecté (dans ce sens : ATF 143 V 161 consid. 4.3).

L'intimée a arrêté le montant des prestations volontaires de l'employeur au sens de l'art. 10a OACI (en lien avec l'art. 11a LACI) à CHF 637'372.84, en convertissant au taux de change au 1er mars 2019 (EUR 1 = CHF 1.1363) le total du salaire brut obtenu d'octobre 2018 à avril 2019 – qu'elle a calculé à hauteur de EUR 102'045.51 – auquel elle a ajouté l'indemnité de licenciement de EUR 458'874.- ([EUR 102'045.51 + EUR 458'874] × 1.1363 = CHF 637'372.84).

Or, le montant de EUR 102'045.51 ne correspond pas à une prestation volontaire de l'employeur.

En effet, cette somme représente l'allocation brute perçue par le recourant durant la période excédant le préavis, du 1er octobre 2018 au 30 avril 2019. Quand bien même la rémunération due durant cette période résulte du plan social et que la durée de la période excédant le préavis a été fixée après consultation des organisations syndicales représentatives, il n'en demeure pas moins que, contrairement à ce que prétend l'intimée, les rapports de travail n'ont pas pris fin le 30 septembre 2018. Le congé de repositionnement externe, qui découle du Code du travail français (art. 2.3 de la convention du 30 avril 2018), ne s'étendait pas du 1er octobre 2018 au 30 avril 2019 exclusivement. Il a commencé le 1er juillet 2018 (art. 2 de la convention de congé de repositionnement externe), puis les rapports de travail ont pris fin le 30 avril 2019, au terme du congé de repositionnement externe (art. 2.2 de la convention du 30 avril 2018). Il s'ensuit que, comme le relève la doctrine, cette rémunération, en tant qu'elle est due jusqu'à l'échéance des rapports de travail (le 30 avril 2019), ne peut être considérée comme une prestation volontaire de l'employeur au sens de l'art. 10a OACI (consid. 8d ci-dessus).

À l'évidence, cette rémunération n'entre pas non plus dans le champ d'application de l'art. 11 al. 3 LACI, dès lors qu'il ne s'agit pas d'une prétention due pour la période pendant laquelle le recourant est au chômage. Le recourant n'a justement pas allégué avoir subi une perte de travail du 1er octobre 2018 au 30 avril 2019, puisque celle-ci n'était pas accompagnée d'une perte de gain effective. Comme l'employeur lui avait payé la rémunération due durant cette période, il n'avait aucune prétention contractuelle à faire valoir envers lui.

En revanche, l'indemnité de licenciement de EUR 458'874.-, prévue dans le plan social (art. 3.2.2 de l'accord majoritaire relatif au plan de départs volontaires du 28 juillet 2017), constitue bel et bien une prestation volontaire de l'employeur, comme retenu par l'intimée, car elle vise à compenser les conséquences de la perte de l'emploi résultant de la résiliation du contrat de travail (pour la période postérieure à l'échéance des rapports de travail le 30 avril 2019), ce quand bien même, en droit français (avis de droit du 17 mars 2021), elle découle d'une obligation de l'employeur (dans un sens similaire: ATF 143 V 161 consid. 4.5), afin d'éviter une indemnisation à double.

Il y a donc lieu de convertir en francs suisses uniquement la prestation de EUR 458'874.-.

b/cc. À cet effet, le règlement (CE) n°987/2009 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 fixant les modalités d'application du règlement n°883/2004 (RS 0.831.109.268.11 ; ci-après: règlement n°987/2009) prévoit en son art. 90 qu'aux fins de l'application des dispositions du règlement de base et du règlement d'application, le taux de change entre deux monnaies est le taux de change de référence publié par la Banque centrale européenne. La date à prendre en compte pour établir les taux de change est fixée par la commission administrative.

Sur la base de cette disposition, la commission administrative a établi la décision H3 du 15 octobre 2009 relative à la date à prendre en compte pour établir les taux de change visée à l'art. 90 du règlement n°987/2009 (Journal officiel de l'Union européenne C 106/56 du 24 avril 2010).

Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser que la disposition du règlement et la décision précitées s'appliquaient notamment lorsqu'une prestation étrangère devait être prise en compte pour la fixation d'une prestation interne, comme par exemple une rente étrangère libellée en euros qui doit être convertie en francs suisses pour le calcul des prestations complémentaires (ATF 141 V 246 consid. 5.2.1 ; arrêt de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal vaudois PC 7/20-29/2020 du 23 novembre 2020 consid. 4d).

La décision H3 prévoit notamment ce qui suit :

« Selon le chiffre 2, sauf disposition contraire dans la présente décision, le taux de change est le taux publié le jour où l'institution exécute l'opération en question.

Selon le chiffre 3, l'institution d'un État membre qui, aux fins de l'établissement d'un droit et du premier calcul d'une prestation, doit convertir un montant dans la monnaie d'un autre État membre, utilise:

– lorsque, en application de la législation nationale concernée, l'institution doit tenir compte de montants, tels que des revenus ou des prestations, durant une certaine période précédant la date pour laquelle la prestation est calculée : le taux de change publié pour le dernier jour de la période concernée (let. a) ;

– lorsque, en application de la législation nationale concernée, pour le calcul de la prestation, l'institution doit tenir compte d'un montant : le taux de change publié pour le premier jour du mois précédant immédiatement le mois au cours duquel la disposition doit s'appliquer (let. b). »

En l'espèce, le chiffre 3 let. a de la décision H3 est inapplicable, puisqu'il requiert de connaître la date à compter de laquelle débute le droit aux indemnités journalières suisses. Or, il est impossible, à ce stade, de déterminer ce moment, sans avoir au préalable converti la prestation en cause en francs suisses.

Le versement de la prestation volontaire de l'employeur de EUR 458'874.- a eu pour conséquence le report du début du droit à l'indemnité de chômage. Pour déterminer la durée de la période de carence, il sied d'appliquer l'art. 10c OACI, lequel prévoit que le délai de carence commence à courir le premier jour qui suit la fin des rapports de travail pour lesquels la prestation volontaire a été versée, soit le 1er mai 2019. Aussi convient-il d'appliquer le taux de change publié pour le premier jour du mois précédant cette date (chiffre 3 let. b de la décision H3), à savoir le 1er avril 2019 - et non le 1er mars 2019 ou, subsidiairement, le 22 mai 2019 comme retenu à tort par l'intimée (réponse du 17 décembre 2020 p. 2).

Le cours du 1er avril 2019 était de EUR 1.- = CHF 1.1180 (https://www.ecb.europa.eu/stats/exchange/eurofxref/shared/pdf/2019/04/20190401.pdf).

Ainsi, le montant de EUR 458'874.- équivaut à CHF 513'021.10 (458'874 × 1.1180).

c. Compte tenu du salaire moyen perçu jusqu'au 30 avril 2019 (art. 10c al. 2 et 37 al. 1 et 2 OACI) à hauteur de CHF 18'643.20 (table de calcul du gain assuré [pièce 37 intimée] et réponse du 17 décembre 2020 p. 2) - montant non contesté par le recourant -, la période de carence est de 19,5685 mois ([CHF 513'021.10 – CHF 148'200; art. 11a al. 2 LACI et 22 al. 1 OLAA] / CHF 18'643.20). Les fractions de mois doivent être converties selon la formule: 0,5685 × 30 (ATF 145 V 188 consid. 6), soit 17,05 jours.

La perte de travail du recourant ne sera donc prise en considération que 19 mois et 17 jours après la fin des rapports de travail, soit dès le 17 décembre 2020, et non le 23 juillet 2020.

Le délai-cadre d'indemnisation ne commence ainsi à courir qu'à compter du 17 décembre 2020 (art. 10e OACI).

Par conséquent, les indemnités journalières versées du 23 mai 2019 au 30 avril 2020 l'ont été à tort.

12. Reste à examiner si la demande de restitution à hauteur de CHF 94'117.45 (représentant les indemnités journalières perçues indûment du 23 mai 2019 au 30 avril 2020) respecte les conditions posées par l'art. 25 LPGA.

13. a. Aux termes de l'art. 25 al. 1 1ère phrase LPGA, les prestations indûment touchées doivent être restituées. Selon la jurisprudence, cela implique que soient réunies les conditions d'une reconsidération (art. 53 al. 2 LPGA) ou d'une révision procédurale (art. 53 al. 1 LPGA) de la décision par laquelle les prestations ont été accordées (ATF 130 V 318 consid. 5.2).

Selon un principe général du droit des assurances sociales, l'administration peut reconsidérer une décision formellement passée en force de chose jugée et sur laquelle une autorité judiciaire ne s'est pas prononcée quant au fond, à condition qu'elle soit sans nul doute erronée et que sa rectification revête une importance notable. Par le biais de la reconsidération, on corrigera une application initiale erronée du droit, de même qu'une constatation erronée résultant de l'appréciation des faits (ATF 117 V 17 consid. 2c ; 115 V 314 consid. 4a/cc). En outre, par analogie avec la révision des décisions rendues par les autorités judiciaires, l'administration est tenue de procéder à la révision d'une décision entrée en force formelle lorsque sont découverts des faits nouveaux ou de nouveaux moyens de preuve, susceptibles de conduire à une appréciation juridique différente (ATF 126 V 23 consid. 4b et les références citées). Cela vaut aussi pour les prestations qui ont été accordées sans avoir fait l'objet d'une décision formelle (décision implicite prise

dans le cadre d'une procédure simplifiée au sens de l'art. 51 al. 1 LPGA; ATF 132 V 412 consid. 5).

b. Le droit de demander la restitution s'éteint un an après le moment où l'institution d'assurance a eu connaissance du fait, mais au plus tard cinq ans après le versement de la prestation (art. 25 al. 2 1ère phrase LPGA). Il s'agit de délais (relatif et absolu) de péremption, qui doivent être examinés d'office (ATF 133 V 579 consid. 4.1; 119 V 431 consid. 3a). Le délai relatif est de trois ans selon l'art. 25 al. 2 LPGA dans sa teneur en vigueur depuis le 1er janvier 2021.

Le délai de péremption est sauvegardé une fois pour toutes lorsque l'autorité a accompli l'acte conservatoire que prescrit la loi. Est déterminant pour la sauvegarde du délai de péremption, le moment où la caisse a rendu sa décision de restitution (arrêt du Tribunal fédéral 8C_213/2016 du 4 novembre 2016 consid. 4.2 et les références).

Selon la jurisprudence, le délai de péremption relatif d'une année commence à courir dès le moment où l'administration aurait dû connaître les faits fondant l'obligation de restituer, en faisant preuve de l'attention que l'on pouvait raisonnablement exiger d'elle (ATF 122 V 270 consid. 5a).

Lorsque la restitution est imputable à une faute de l'administration, on ne saurait considérer comme point de départ du délai d'une année le moment où l'erreur a été commise par l'administration, mais le moment auquel celle-ci aurait dû, dans un deuxième temps (par exemple à l'occasion d'un contrôle) se rendre compte de son erreur en faisant preuve de l'attention requise. En effet, si l'on plaçait le moment de la connaissance du dommage à la date du versement indu, cela rendrait souvent illusoire la possibilité pour l'administration de réclamer le remboursement de prestations allouées à tort en cas de faute de sa part (ATF 124 V 380 consid. 1 ; arrêts du Tribunal fédéral 8C_968/2012 du 18 novembre 2013 consid. 2.2 ; 8C_719/2008 du 1er avril 2009 consid. 4.1).

14. a. En l'espèce, les conditions d'une reconsidération sont réunies. En effet, selon la jurisprudence, l'octroi illégal de prestations est réputé sans nul doute erroné (ATF 126 V 399 consid. 2b/bb et les références; DTA 2002 n° 27 consid. 1a). Dans le cas concret, le recourant a reçu des prestations indûment du 23 mai 2019 au 30 avril 2020 à hauteur de CHF 94'117.45.

La condition de l'importance notable de la rectification est de toute évidence réalisée lorsqu'on est en présence d'une prestation périodique (ATF 119 V 475 consid. 1c et les arrêts cités), étant rappelé qu'une somme de CHF 706.- est déjà considérée comme suffisamment importante par le Tribunal fédéral (DTA 2000 n° 40 p. 208; arrêt du Tribunal fédéral des assurances C.11/05 du 16 août 2005 consid. 5.2 qui porte sur un montant indu de CHF 1'805.95).

b. Certes, avant de verser les indemnités journalières au recourant, l'intimée était censée connaître que celui-ci avait bénéficié de prestations volontaires de l'employeur. En effet, tant la demande d'indemnités du 27 mai 2019 que l'attestation

de l'employeur du 3 juin 2019 mentionnent qu'au moment de la résiliation du rapport de travail, outre le salaire, des prestations financières lui avaient été accordées, dont le montant figure sur la deuxième attestation de l'employeur datée du 3 juin 2019, ainsi que sur les bulletins de salaire communiqués le 21 juin 2019, soit bien avant le contrôle du dossier suite au courriel du 21 avril 2020.

Cela dit, les décomptes d'indemnités journalières relatifs à la période du 23 mai 2019 au 30 avril 2020 étaient manifestement erronés, puisque le début du délai-cadre d'indemnisation devait être fixé au 17 décembre 2020. L'intimée n'a pris connaissance de son erreur que dans un deuxième temps lors d'un contrôle du dossier, à réception du courriel précité. Dans ce cas de figure, le point de départ du délai relatif ne peut pas coïncider avec le moment où l'intimée s'était trompée. En fixant ce délai au 21 avril 2020 au plus tôt, force est de constater que l'intimée, en rendant sa décision de restitution le 27 mai 2020, a agi en temps utile. S'agissant du délai absolu de cinq ans, il commence à courir dès le versement des prestations dont la restitution est demandée (ATF 112 V 180 consid. 4a ; ATAS/754/2013 du 31 juillet 2013 consid. 14c/aa). En réclamant le 27 mai 2020 la restitution des prestations versées en trop du 23 mai 2019 au 30 avril 2020, l'intimée a également respecté ce délai.

c. Partant, la demande de restitution de la somme de CHF 94'117.45 doit être confirmée.

15. a. Le recourant invoque sa bonne foi.

    b. La Cour de céans ne peut toutefois pas, à ce stade, examiner les conditions de la remise de l'obligation de restituer (que sont la bonne foi de l'intéressé et les difficultés économiques [art. 25 al. 1 2ème phrase LPGA]), car celle-ci ne peut être traitée sur le fond que si la décision de restitution est entrée en force – ce qui n'est pas encore le cas –, la remise et son étendue faisant l'objet d'une procédure distincte (arrêt du Tribunal fédéral 8C_799/2017, 8C_814/2017 du 11 mars 2019 consid. 6 et les références).

16. Enfin, quand bien même la Cour de céans a fixé le début du délai-cadre d'indemnisation au 17 décembre 2020, soit à une date postérieure à celle retenue par l'intimée (23 juillet 2020), il n'est pas nécessaire de réformer la décision dont est recours au détriment du recourant (*reformatio in pejus*; art. 61 let. d LPGA), car il ressort du dossier que, depuis lors, l'intimée ne lui a pas versé d'autres indemnités journalières (courriel du 7 octobre 2020 [pièce 34 intimée]).

17. En conséquence, le recours est rejeté.

    Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA).

PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

À la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. Le rejette.
3. Dit que la procédure est gratuite.
4. 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
Marie-Catherine SÉCHAUD	Karine STECK

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