

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 9 avril 2020

Composition : Mme DURUSSEL, présidente
Mmes Dessaux et Berberat, juges
Greffière : Mme Guardia

Cause pendante entre :

H. _____, à [...], recourant,

et

CAISSE CANTONALE DE CHÔMAGE, DIVISION JURIDIQUE, à Lausanne,
intimée.

Art. 11 et 11a LACI ; art. 322d CO; art. 10a OACI

E n f a i t :

A. **a)** H. _____ (ci-après : l'assuré ou le recourant), né en [...], a travaillé comme « [...] » auprès de L. _____ (ci-après : L. _____ ou l'employeuse).

Il ressort du contrat de travail du [...] 2007, que L. _____ et l'assuré avaient convenu d'un salaire annuel de base de 251'613 fr. payable treize fois l'an. L'employé avait également droit à une commission de vente (« sales commission plan ») de 30/55/80 % de son salaire de base annuel, gagné pendant la période concernée, fonction de la réalisation minimale, dans la cible ou maximale d'objectifs. Ce bonus devait être versé à la fin du mois de mars de l'année suivant celle considérée et les objectifs communiqués à l'employé régulièrement (ch. 2.1 du contrat de travail). L'indemnité était censée couvrir toute prétention de prime de Noël, indemnité de vacances ou autre compensation supplémentaire (ch. 2.2 du contrat de travail), elle était en outre sujette aux cotisations sociales (ch. 2.3 du contrat de travail).

Par lettre du 11 septembre 2018, l'employeuse a résilié le contrat de travail de l'assuré pour le 31 décembre 2018 et libéré ce dernier de son obligation de venir au travail, avec effet immédiat. Cet envoi précise que l'assuré recevrait son salaire régulier conformément au contrat de travail, y compris les indemnités habituelles, jusqu'au terme du contrat. Sous la mention « [...] », figure la précision selon laquelle l'employé continuera à bénéficier de tous les régimes d'avantages sociaux de l'entreprise - régime de retraite, assurance-vie et invalidité ainsi que le maintien du salaire en cas de maladie prolongée - pendant la période de préavis.

L'assuré a contesté la résiliation de son contrat de travail par courrier du 30 novembre 2018, qualifiant son licenciement d'abusif. Il a requis le versement d'une indemnité équivalant à six mois de salaires - incluant toute prestation salariale (salaire de base, rémunération variable,

gratification, etc.) -, le paiement de montants prévus par différents documents (« Time Based Long-Term Incentive Award » de 2017 et 2018, « Performance Based Long-Term Incentive Plan » de 2017 et 2018), les clauses de ces documents prévoyant qu'aucun versement ne serait effectué en cas de résiliation par l'employeur étant - selon lui - inopérantes en droit suisse, et le versement de commissions de vente ainsi que d'une indemnité de non-concurrence. Concernant les commissions de vente, l'assuré a précisé ce qui suit :

« Les *Sales Commission Plan for 2018* de Monsieur H. _____ prévoit un paiement non plafonné de (i) 38.50% du salaire de base et de (ii) 16.50% du salaire de base, en fonction de la réussite de divers objectifs.

En l'état et dans la mesure où son dossier personnel ne lui a pas encore été remis, [l'assuré] n'est pas à même de situer ses performances. [...].

Par ailleurs, la méthode de calcul utilisée par L. _____ dans la répartition du chiffre d'affaires par client est contesté, de même que le procédé utilisé pour répartir les coûts afin de déterminer les bénéfices ».

Le 28 février 2019, l'assuré et L. _____ ont signé un accord portant sur la fin des rapports de travail qu'ils ont fixée au 31 janvier 2019 (ch. 1). L'assuré a été relevé de ses fonctions de vice-président avec effet au 11 septembre 2018 (ch. 2). Il a confirmé avoir perçu la totalité de son salaire et de ses avantages (« benefits ») jusqu'au terme du contrat (ch. 3). Les parties sont convenues du paiement à titre gracieux (« ex-gratia payment ») d'un montant de 420'000 fr. en faveur de l'assuré. Ce montant était considéré comme brut, sous réserve des cotisations sociales et retenues fiscales prévues par le droit suisse (ch. 4.a). Le paiement de ce montant était conditionné au fait que l'employé ne garde pas en sa possession ni ne communique à des tiers des informations ou données en lien avec l'activité déployée auprès de l'employeuse (ch. 4.b). Il devait être effectué lors du prochain versement de salaire en mars 2019 (ch. 4.c). Les parties ont en outre listé des activités commerciales et entreprises dans lesquelles l'employé a accepté de ne pas s'engager durant une période de six mois après le terme du contrat (ch. 7.a). Il s'est astreint, pendant la même période, à ne solliciter aucun employé de L. _____ ou

de sociétés affiliées pour le compte d'une autre entreprise commerciale et à ne pas les encourager à quitter ou rompre leur contrat de travail (ch. 7.b), à ne pas communiquer d'informations relatives à des clients de L._____ ou ses affiliés, ni à tenter de prendre contact avec ces clients (ch. 7.c). L._____ a en conséquence accepté de payer à l'assuré une compensation pour les restrictions prévues sous chiffre 7 pendant la durée convenue. Le montant de cette indemnité a été arrêté à 38'350 fr. par mois (ch. 8.a), l'indemnité devant être versée à la fin de chaque mois avec les salaires réguliers (ch. 8.b). Moyennant bonne exécution de la convention, les parties se sont données quittance définitive pour toutes réclamations qu'elles pourraient avoir du chef de leur relation de travail (ch. 9).

b) L'assuré s'est inscrit le 31 janvier 2019 en qualité de demandeur d'emploi auprès de l'Office régional de placement (ci-après : l'ORP) de [...] et a fait valoir son droit à l'indemnité de chômage dès le lendemain.

Dans un courriel du 22 mars 2019, [...], directrice des ressources humaines auprès de L._____, a indiqué que le paiement fait à l'assuré après la fin de son rapport de travail ne revêtait pas la qualification juridique d'indemnité de départ mais de paiement transactionnel résultant d'un accord conclu aux fins de clore tout litige pouvant survenir en lien avec le contrat de travail.

Par décision du 1^{er} avril 2019, la Caisse cantonale de chômage, Agence de [...], a reporté la demande d'indemnité présentée le 1^{er} février 2019 au 18 octobre 2019. Elle a considéré que l'employeuse allait verser des prestations volontaires pour un montant total de 420'000 fr. qui devaient être prises en compte à hauteur de 271'800 fr. (montant maximum AVS non pris en compte - 148'200 fr.) de sorte que la perte de travail non prise en considération, correspondant à 271'800 fr. représentant huit mois et dix-sept jours, devait s'étendre du 1^{er} février au 17 octobre 2019.

Le 18 avril 2019, l'assuré a formé opposition à l'encontre de la décision susmentionnée, se prévalant du fait que le montant de 420'000 fr. qui lui avait été versé ne constituait pas une prestation volontaire.

Par décision du 11 septembre 2019, la Caisse cantonale de chômage, Division juridique, (ci-après : la Caisse ou l'intimée) a rejeté l'opposition formée par l'assuré. Elle a considéré que le versement de la somme de 420'000 fr. avait été effectué en raison de la fin des rapports de travail et constituait une prestation volontaire.

B. Par acte du 11 octobre 2019, H. _____ a recouru à l'encontre de la décision du 11 septembre 2019 devant la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, et conclu à son annulation. Il a fait valoir que le montant reçu de son ancienne employeuse constituait une part variable de son salaire et non des prestations volontaires.

Par réponse du 6 novembre 2019, la Caisse a conclu au rejet du recours.

Le 11 janvier 2020, le recourant a produit copie des pièces suivantes :

- un document intitulé « 2018 Long-Term Incentive Award » dont il ressort que l'assuré a été désigné pour percevoir une récompense de 100'000 USD en raison de son activité en faveur de son employeuse. Ce montant devait être versé en trois fois aux dates anniversaires de cette récompense (ch. 2.b), laquelle prenait date le 2 février 2018. Ce document contient une clause selon laquelle le bénéficiaire de la prime doit être employé au moment où chaque part de la récompense doit être versée, à défaut de quoi il perd son droit (ch. 2.c.i).
- un document intitulé « 2017 Long-Term Incentive Award », du 6 février 2017, au contenu identique au précédent, la date de

référence pour les paiements annuels échelonnés étant le 6 février 2017.

- un document intitulé « 2017-2019 Award Agreement » portant sur la détermination de la performance de l'assuré, déterminée en fonction de « Performance-Based Phantom Stock Unit » ou « PSU » entre les années 2017 et 2019, l'assuré ayant atteint 100 % de ses objectifs en 2017. La performance de l'assuré pour les années 2018 et 2019 n'était pas indiquée.
- un document intitulé « L. _____ - Long Term Incentive plan » portant sur la détermination et le mode d'attribution d'incitations en faveur des employés. Ce document prévoit notamment ce qui suit :

«
[...].».

- un document relatif à l'assuré au papier à en-tête de son employeuse indiquant le versement de 250'000 USD au titre de « 2017 Long-Term Incentive Compensation at Target », dont 150'000 USD au titre de « Performance-Based Cash Award Opportunity at Target » et 100'000 USD au titre de « Time-Based Cash Award », ce montant devant être versé en trois fois, à hauteur de 34 % le 6 février 2018 et 33 % les 6 février 2019 et 2020.
- un document relatif à l'assuré au papier à en-tête de son employeuse indiquant le versement de 250'000 USD au titre de « 2018 Long-Term Incentive Compensation at Target », dont 150'000 USD au titre de « Performance-Based Cash Award Opportunity at Target » et 100'000 USD au titre de « Time-Based Cash Award », ce montant devant être versé en trois fois, à hauteur de 34 % le 2 février 2019 et 33 % les 2 février 2020 et 2021.

E n d r o i t :

1. a) La LPGA (loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales ; RS 830.1) est, sauf dérogation expresse, applicable en matière d'assurance-chômage (art. 1 al. 1 LACI [loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.0]). Les décisions sur opposition et celles contre lesquelles la voie de l'opposition n'est pas ouverte peuvent faire l'objet d'un recours auprès du tribunal des assurances compétent (art. 56 al. 1 LPGA ; 100 al. 3 LACI, 128 al. 1 et 119 al. 1 OACI [ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.02]), dans les trente jours suivant leur notification (art. 60 al. 1 LPGA).

b) En l'occurrence, déposé en temps utile auprès du tribunal compétent (art. 93 let. a LPA-VD [loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative ; BLV 173.36]) et respectant les autres conditions formelles prévues par la loi (art. 61 let. b LPGA notamment), le recours est recevable.

2. Le litige porte sur le droit du recourant à des prestations de l'assurance-chômage avant le 18 octobre 2019.

3. a) L'assuré a droit à l'indemnité de chômage si, entre autres conditions, il a subi une perte de travail à prendre en considération (art. 8 al. 1 let. b en relation avec art. 11 LACI). 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). L'art. 11 al. 3 LACI précise que n'est pas prise en considération la perte de travail pour laquelle le chômeur a droit au salaire ou à une indemnité pour cause de résiliation anticipée des rapports de travail. On entend par « droit au salaire » selon 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 [Code des obligations du 30 mars 1911 ; RS 220]) et en cas de résiliation en temps inopportun (art. 336c CO ; Boris Rubin, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Genève/Bâle/Zurich 2014, n° 28 *ad* art. 11 LACI [cité

ci-après : Rubin, Commentaire]). La notion de droit au salaire au sens de l'art. 11 al. 3 LACI se recoupe avec celle du salaire déterminant de l'art. 5 al. 2 LAVS (loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants ; RS 831.10). Le salaire déterminant au sens de cette dernière disposition comprend toute rémunération pour un travail dépendant, fourni pour un temps déterminé ou indéterminé. Il englobe les allocations de renchérissement et autres suppléments de salaire, les commissions, les gratifications, les prestations en nature, les indemnités de vacances ou pour jours fériés et autres prestations analogues, ainsi que les pourboires, s'ils représentent un élément important de la rémunération du travail. On considère ainsi comme revenu d'une activité salariée faisant partie du salaire déterminant les rétributions versées pour un travail effectué, mais également les indemnités ou prestations ayant une relation avec les rapports de service, dans la mesure où ces prestations ne sont pas franches de cotisations en vertu des prescriptions légales (Boris Rubin, Assurance-chômage : Droit fédéral, Survol des mesures cantonales, Procédure, 2^{ème} édition, Zurich/Bâle/Genève 2006, n° 3.6.5.2, pp. 158 s. [cité ci-après : Rubin, Assurance-chômage] ; cf. également ATF 123 V 5 consid. 5 ; TFA C 63/06 du 11 octobre 2006 consid. 2.2 ; TFA C 248/01 du 25 avril 2002 consid. 1b). Ainsi, selon Rubin, « une indemnité comprenant des charges sociales indique qu'il s'agit plutôt de dommages-intérêts pour perte de salaire, faisant ainsi partie du salaire déterminant » (Rubin, Assurance-chômage, n° 3.6.5.2, p. 159).

Quant à la notion de « droit à une indemnité pour cause de résiliation anticipée des rapports de travail » au sens de l'art. 11 al. 3 LACI, elle vise principalement les prétentions fondées sur les art. 337b CO (réparation due au travailleur qui a donné son congé de façon immédiate et pour justes motifs avérés) et 337c al. 1 CO (indemnité à laquelle a droit l'employé licencié de façon immédiate et sans justes motifs par son employeur), étant précisé qu'il peut également s'agir d'indemnités compensant la perte d'avantages économiques qui auraient été procurés à l'assuré si le contrat de travail n'avait pas été résilié, pour autant qu'elles représentent une contrepartie à la prestation de travail (Rubin, Commentaire, n° 34 *ad* art. 11 LACI avec la jurisprudence citée). Il en va

différemment des indemnités fondées sur les art. 336a et 337c al. 3 CO, qui ne font pas partie du salaire déterminant au sens de la législation sur l'AVS (ATF 123 V 5 et les références citées ; TF 4A_395/2018 du 10 décembre 2019 consid. 5.2.1 ; TF 9C_431/2018 du 19 octobre 2018 consid. 5.3.1 ; TFA C 63/06 du 11 octobre 2006 consid. 2.2 ; TFA C 248/01 du 25 avril 2002 consid. 1b ; arrêt du Tribunal administratif du canton de Vaud PS.2004.0147 du 6 février 2006).

b) Les prestations ayant d'autres origines, comme par exemple les indemnités de départ, n'entrent pas dans cette notion d'indemnité mais relèvent de prestations de l'employeur dites volontaires (Bulletin LACI IC, ch. B105).

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 (art. 11a al. 1 LACI). Ces prestations ne sont toutefois prises en compte que pour la part qui dépasse le montant maximum visé à l'art. 3 al. 2 LACI (art. 11a al. 2 LACI), à savoir le montant maximum du gain assuré dans l'assurance-accidents obligatoire (art. 22 al. 1 OLAA [ordonnance du 20 décembre 1982 sur l'assurance-accidents ; RS 832.202] : 148'200 francs par an). Autrement dit, 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 susdit (Bulletin LACI IC, ch. B122). Pour déterminer 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, Commentaire, n° 5 *ad* art. 11a LACI).

Aux termes de l'art. 10a OACI, par prestations volontaires de l'employeur au sens de l'art. 11a LACI, il faut entendre les prestations allouées en cas de résiliation de rapports de travail régis par le droit privé ou par le droit public qui ne constituent pas des prétentions de salaire ou

d'indemnités selon l'art. 11 al. 3 LACI, à savoir des indemnités pour cause de résiliation anticipée des rapports de travail (ATF 139 V 384 consid. 5.3.1). 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. 10e OACI).

4. Dans le domaine des assurances sociales, le juge fonde sa décision, sauf dispositions contraires de la loi, sur les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent comme les plus vraisemblables, c'est-à-dire qui présentent un degré de vraisemblance prépondérante. Il ne suffit donc pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible. Parmi tous les éléments de fait allégués ou envisageables, le juge doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables (ATF 139 V 176 consid. 5.3 ; 130 III 324 consid. 3.2 et 3.3 ; 126 V 360 consid. 5b). En droit des assurances sociales, il n'existe par conséquent pas de principe selon lequel l'administration ou le juge devrait statuer, dans le doute, en faveur de l'assuré (ATF 135 V 39 consid. 6.1 ; 126 V 319 consid. 5a).

5. a) En l'espèce, il est constant que le recourant a perçu une somme de 420'000 fr. de son ancienne employeuse. Il convient d'en déterminer la cause afin d'en établir la nature, discrétionnaire ou pas.

Le montant litigieux est issu d'une convention qui ne précise pas la cause de l'obligation. Elle indique toutefois qu'il est octroyé *ex gratia*, ce qui tend à signifier qu'il s'agit d'une prestation volontaire de l'employeuse. Afin de s'en assurer, il y a lieu d'identifier la nature de cette prestation.

Dans son courriel du 22 mars 2019, l'employeuse a indiqué que le montant versé résultait d'un accord visant à clore tout litige ou demande que le recourant pourrait avoir au titre de son contrat de travail avec L._____, que ses demandes soient relatives à du salaire, des

primes, des dommages et intérêts ou tout autre élément de rémunération. En effet, cette convention a été rédigée ensuite de la contestation, par l'assuré, de la résiliation de son contrat de travail. Il y a dès lors lieu de se référer aux prétentions émises par le recourant dans son courrier du 30 novembre 2018 - paiement de montants découlant des « Time Based Long-Term Incentive Award » de 2017 et 2018, « Performance Based Long-Term Incentive Plan » de 2017 et 2018, versement d'une indemnité correspondant à six mois de salaires, de commissions de vente et d'une indemnité de non-concurrence - pour établir la nature de la prestation litigieuse. Il s'agit donc d'examiner pour chaque prétention si, au degré de la vraisemblance prépondérante, elle est comprise dans la somme convenue par les parties, puis, si tel est le cas, si elle est volontaire ou pas au sens de l'art. 11a LACI.

b) L'indemnité de carence en matière de prohibition de concurrence n'est pas comprise dans la somme de 420'000 fr. litigieuse, dès lors que des clauses séparées dans la convention (ch. 7 et 8) prévoient expressément les conditions de son allocation et son montant.

c) Le recourant avait sollicité en outre une indemnité pour résiliation abusive (336a CO). Les indemnités fondées sur les art. 336a (résiliation abusive) et 337c al. 3 CO (résiliation injustifiée) ne font pas partie du salaire déterminant au sens de la législation sur l'AVS (cf. consid. 3a *supra*).

En l'espèce, il convient de retenir, au degré de la vraisemblance prépondérante, qu'une telle indemnité ne fait pas partie du montant alloué par la convention dès lors que celle-ci précise que le montant octroyé est brut et réserve les cotisations sociales. Or, l'indemnité fondée sur l'art. 336a CO ne constitue pas un salaire mais une sorte de sanction à l'employeur et n'est pas soumise à cotisation sociale (ATF 123 V 5 consid. 5). En outre, la convention distingue le salaire de base (ch. 3) et l'indemnité en matière de prohibition de faire concurrence (ch. 8) de la somme litigieuse qui fait l'objet du chiffre 4. On peut ainsi considérer que le chiffre 4 concerne uniquement des

gratifications et que, si une indemnité pour licenciement abusif avait été convenue, elle aurait été précisée dans un chiffre séparé de la convention avec la mention qu'aucune cotisation sociale n'était due sur ce montant.

d) Le montant alloué sous chiffre 4 concerne, au degré de la vraisemblance prépondérante, des bonus et commissions de vente prévus par le contrat de travail et les documents édités chaque année par l'employeuse. La mention au chiffre 3 de la convention du 28 février 2019 que le salaire et les avantages ont été payés semble concerner le paiement de la rémunération salariale régulière de base et les avantages en terme de sécurité sociale jusqu'à la fin du contrat. Il restait ainsi en suspens la question des bonus. Le recourant déclare d'ailleurs dans son acte de recours que les 420'000 fr. constituent une part de son salaire variable prévue dans le contrat et dont les documents édités annuellement par son employeuse fixaient la quotité. Il ne se prévaut d'aucune autre source pour justifier cette prestation.

Le recourant reproche à l'intimée d'avoir considéré le montant perçu comme un bonus discrétionnaire, alors qu'il fait valoir que le bonus du plan d'intéressement est une part variable de son salaire de sorte qu'il n'était pas discrétionnaire, du moment qu'il dépendait d'objectifs fixés à l'avance par l'employeur.

da) Le droit suisse ne contient aucune disposition qui traite spécifiquement du bonus, lequel peut consister dans le versement d'une somme d'argent ou encore dans la remise d'actions ou d'options (ATF 141 III 407 consid. 4.1).

Il faut donc déterminer dans chaque cas, par interprétation des manifestations de volonté des parties lors de la conclusion du contrat ou de leur comportement ultérieur au cours des rapports de travail (accord par actes concluants, c'est-à-dire tacite), s'il s'agit d'un élément du salaire (art. 322 s. CO) ou d'une gratification (art. 322d CO) (ATF 142 III 381 consid. 2.1 et 2.2). En outre, il découle de la nature de la gratification

qu'elle doit rester accessoire par rapport au salaire de base, à défaut de quoi il faudra procéder à une conversion en salaire.

Le salaire est la rémunération que l'employeur est tenu de payer à l'employé pour le temps ou le travail que celui-ci a consacré à son service, et qui est fixé soit directement par contrat individuel, soit indirectement par un contrat-type de travail ou par une convention collective (art. 322 al. 1 CO).

La gratification, aux termes de l'art. 322d al. 1 CO, est une rétribution spéciale que l'employeur accorde en sus du salaire à certaines occasions, par exemple une fois par année. Selon la volonté des parties, il peut y avoir un droit à la gratification (art. 322d al. 1 CO) ou, au contraire, aucun droit lorsqu'elle est stipulée facultative, expressément ou par actes concluants (ATF 131 III 615 consid. 5.2). Une gratification peut aussi être soumise à des conditions: en particulier, elle n'est due (au *pro rata temporis*), en cas d'extinction des rapports de travail avant l'occasion qui donne lieu à son paiement, que s'il en a été convenu ainsi (art. 322d al. 2 CO; TF 4C.426/2005 du 28 février 2006 consid. 5.1).

La gratification se distingue en outre du salaire par son caractère accessoire par rapport au salaire de base. Dans certaines circonstances, un bonus qualifié de facultatif peut ainsi devoir être requalifié en salaire en vertu du principe de l'accessoriété (ATF 141 III 407 consid. 4.3).

Récemment, dans l'arrêt 4A_485/2016 du 28 avril 2017 consid. 4 (voir aussi l'arrêt 4A_78/2018 du 10 octobre 2018 consid. 4), le Tribunal fédéral a résumé comme suit sa jurisprudence relative aux bonus :

« **4.1.** Pour qualifier un bonus dans un cas d'espèce, il faut interpréter les manifestations de volonté des parties (cf. art. 1 CO). Il s'agit tout d'abord d'établir si le bonus est déterminé (respectivement déterminable) ou indéterminé (respectivement indéterminable).

4.1.1. Si le bonus est déterminé ou objectivement déterminable, l'employé dispose d'une prétention à ce bonus. Une rémunération

est objectivement déterminable lorsqu'elle ne dépend plus de l'appréciation de l'employeur. Cela est le cas lorsque l'employé a droit à une part du bénéfice ou du chiffre d'affaires ou participe d'une autre manière au résultat de l'exploitation (art. 322a CO; ATF 141 III 407 consid. 4.2 p. 408). L'employeur doit alors tenir son engagement consistant à verser à l'employé la rémunération convenue (élément essentiel du contrat de travail) et le bonus doit être considéré comme un élément (variable) du salaire.

L'engagement (contractuel) de l'employeur à verser à son employé une rémunération déterminée (ou objectivement déterminable) à titre de salaire peut résulter de l'accord conclu initialement (au début de la relation contractuelle) entre les parties ou celles-ci peuvent en convenir postérieurement, au cours de la relation contractuelle (ATF 129 III 276 consid. 2 p. 278).

4.1.2. Si le bonus n'est pas déterminé ou objectivement déterminable, l'employé ne dispose en règle générale d'aucune prétention: la rémunération dépend du bon vouloir de l'employeur et le bonus est qualifié de gratification. Tel est le cas lorsque la quotité du bonus n'est pas fixée à l'avance, mais dépend pour l'essentiel de la marge de manœuvre de l'employeur (ATF 141 III 407 consid. 4.1 et 4.2 p. 407 s. et les références citées), en ce sens que la part de l'employé au résultat de l'entreprise n'est pas fixée contractuellement ou encore dépend de l'appréciation (subjective), par l'employeur, de la prestation de travail fournie par l'employé (ATF 139 III 155 consid. 3.1 p. 157) (cf. encore infra consid. 4.2).

4.2. Lorsque le bonus n'est pas déterminé ou objectivement déterminable, il doit être qualifié de gratification. Ce n'est que dans ce cas que le critère (indépendant de celui visant à qualifier, dans un premier temps, le bonus) de l'accessorité peut trouver application et, le cas échéant, qu'il s'imposera de requalifier le bonus en salaire (sous l'angle du très haut revenu, cf. ATF 141 III 407 consid. 5.3.1 p. 412 s.).

Le critère de l'accessorité est appliqué de manière différenciée selon l'importance du revenu de l'employé, par quoi il faut entendre la rémunération totale perçue de l'employeur durant l'année (ATD 141 III 407 consid. 4.3 p. 408).

4.2.1. En cas de revenus moyens et supérieurs, le Tribunal fédéral a estimé qu'un bonus très élevé en comparaison du salaire annuel, équivalent ou même supérieur à ce dernier, et versé régulièrement, doit être, par exception à la règle de la liberté contractuelle, considéré comme un salaire variable même si l'employeur en réservait le caractère facultatif. La gratification (art. 322d CO) doit en effet rester accessoire par rapport au salaire (art. 322 s. CO); elle ne peut avoir qu'une importance secondaire dans la rétribution du travailleur.

En cas de revenus modestes, un bonus proportionnellement moins élevé peut déjà avoir le caractère d'un salaire variable (ATF 141 III 407 consid. 4.3.1 p. 408 s.).

4.2.2. En revanche, lorsque l'employé perçoit un très haut revenu, il n'y a pas lieu d'admettre une exception à la règle de la liberté contractuelle: le bonus reste toujours une gratification (ATF 141 III 407 consid. 4.3.2 p. 409).

Si la rémunération totale de l'employé dépasse le seuil du très haut revenu, il n'y a pas lieu de qualifier le bonus de salaire, le critère de l'accessoriété n'étant pas applicable. En revanche, si la rémunération totale de l'employé n'atteint pas ce seuil, le critère de l'accessoriété s'applique et, sur cette base, une requalification (partielle ou totale) du bonus doit intervenir (nullité partielle; ATF 141 III 407 consid. 5.3.1 p. 412 s.).

Le revenu d'un employé doit être qualifié de " très haut ", lorsque sa rémunération totale équivaut ou dépasse cinq fois le salaire médian suisse (secteur privé) (ATF 141 III 407 consid. 5 p. 409 ss) ».

db) Il faut donc, dans un premier temps, qualifier le bonus en recherchant la réelle et commune intention des parties et, à défaut, en appliquant le principe de la confiance. Ce n'est que dans un deuxième temps, si on arrive à la conclusion que le bonus est, selon la volonté des parties, une gratification (ce qui sera le cas lorsque la rémunération n'est ni déterminée ni objectivement déterminable), qu'il conviendra de raisonner sur la base du critère de l'accessoriété (arrêt 4A_485/2016 précité consid. 5.1).

dc) Les prétentions du recourant sont fondées sur le contrat de travail du [...] 2007 ainsi que les « Time Based Long-Term Incentive Award » de 2017 et 2018, « Performance Based Long-Term Incentive Plan » de 2017 et 2018 et le « Sales Commission Plan for 2018 ». A cet égard, on retient ce qui suit.

En premier lieu, il s'agit de déterminer si les parties sont convenues, par contrat ou par actes concluants, d'un bonus déterminé ou objectivement déterminable ou, au contraire, d'un bonus indéterminé ou objectivement indéterminable. Or, comme on l'a vu, un bonus n'est déterminé ou objectivement déterminable, et ne peut donc être considéré comme un élément du salaire, que s'il a été promis dans son principe et que son montant était d'emblée déterminé ou devait l'être sur la base de critères fixés à l'avance.

A lire le contrat de travail, tel n'est pas le cas en l'espèce puisque le principe du versement d'un bonus a été réservé à la condition que les objectifs fixés par l'employeuse soient atteints et puisque les critères liés à sa fixation indiqués dans le contrat de travail ne

correspondent qu'à une fourchette entre 30 et 80 % du salaire annuel de base. L'employeuse n'a pas non plus écarté tout critère subjectif au versement du bonus puisque son montant dépend d'objectifs individuels, soit d'une appréciation subjective de la prestation du travailleur par l'employeuse. On ne saurait dès lors considérer que ce bonus était objectivement déterminable, de sorte qu'il ne peut être considéré comme un élément du salaire. Or, lorsque le bonus n'est pas déterminé ou objectivement déterminable, l'employé ne dispose en règle générale d'aucune prétention et la rémunération dépend du bon vouloir de l'employeur.

Les autres documents dont se prévaut le recourant amènent à la même conclusion.

En effet, les « Long-Term Incentive Award » 2017 et 2018 félicitent le recourant d'avoir été choisi pour recevoir une prime compte tenu de ses succès professionnels et l'incitent à continuer ses efforts. Ils fixent le montant de la gratification à 100'000 USD à verser en trois fois, en trois ans, sous réserve de la poursuite de l'activité de l'employé au sein de l'entreprise ou l'une de ses filiales, la prime pouvant encore être réduite en cas de départ avant la fin du versement intégral (ch. 2.b). Cette clause parle également en faveur d'une prestation discrétionnaire, l'employeuse ayant considéré que les résultats de l'employé méritaient une prime et en ayant fixé le montant tout en se réservant toutefois la possibilité de la modifier voire de la supprimer en cas de départ.

De plus, les parties n'étaient pas convenues du versement d'un bonus en dépit de la résiliation des rapports de travail (art. 322d al. 2 CO) si l'on se réfère à la clause 2.c.i des « Long-Term Incentive Award » qui prévoit qu'aucun versement ne sera effectué en cas de résiliation par l'employeur. A cet égard, l'invocation de l'art. 156 CO (empêchement frauduleux de réaliser la condition) par l'employé n'est pas de nature à remettre en cause l'accord de principe du non-versement en cas de résiliation. Cette disposition montre également le principe facultatif de la prime.

Il en est de même des « PSUs », qui sont accordés au bon vouloir de l'employeuse (ch. 3, 4.b et 8 du « Long Term Incentive plan ») et qui ne sont en principe pas versés en cas de résiliation du contrat de travail (ch. 4 f).

Quant au « Sales commission plan for 2018 » - document qui n'a pas été produit -, le recourant dit lui-même qu'il y est prévu un paiement non plafonné de 38,50 % du salaire de base et de 16,50 % du salaire de base en fonction de la réussite de divers objectifs et qu'il n'est pas en mesure de déterminer le montant qui lui serait dû à ce titre dès lors qu'il ne peut pas situer ses performances sans son dossier personnel. La proportion devait en effet être fixée pour le recourant par l'employeuse dans le cadre d'un « Plan 2018 », la somme dépendant de l'obtention des divers objectifs.

En conclusion, les bonus et commissions prévus par le contrat de travail et les différents documents émis par l'employeuse ne revêtent pas un caractère déterminable ou déterminé, les parties ayant réservé tant le principe que le montant des différents bonus. Ainsi, l'employé n'avait pas un droit à une gratification. Quand bien même le principe de ces gratifications aurait été acquis, le recourant n'a pas démontré qu'il aurait eu droit au bonus même en cas de résiliation des rapports de travail, les pièces au dossier attestant du contraire.

dd) Compte tenu de ce qui précède, il convient encore d'examiner si le critère de l'accessoriété peut trouver application et, le cas échéant, examiner s'il s'impose de requalifier le bonus en salaire. En examinant si le bonus a un caractère accessoire par rapport au salaire de base, on constate que la rémunération totale, soit le salaire de base additionné des 420'000 fr. octroyés par transaction, constitue un très haut revenu (le salaire médian suisse en 2016 s'élevait à 6'502 fr, par mois, douze fois l'an) qui ne justifie pas la protection du travailleur qui perçoit ainsi une gratification qu'il n'y a pas lieu de requalifier en salaire (TF 8C_427/2018 du 30 avril 2019 consid. 5.2.2.6).

En définitive, l'octroi des différents bonus, dans leur principe et dans leur étendue, était laissé au pouvoir discrétionnaire de l'employeuse. Cette dernière les a d'ailleurs revus à l'occasion du départ de l'employé dès lors qu'elle les avait précédemment alloués sous la réserve de la poursuite des relations de travail. C'est donc à juste titre que l'intimée a conclu que tout montant perçu dans ce cadre représente une prestation volontaire de l'employeur au sens de l'art. 11a LACI.

e) En conséquence, le recourant n'avait droit ni à une gratification par clause de contrat ni à une requalification des bonus en salaire. C'est le lieu de rappeler la mention *ex-gratia* dans la transaction qui se réfère à l'absence d'obligation juridique, laquelle confirme encore qu'il s'agit d'une prestation volontaire. Ainsi, tous les éléments au dossier établissent, au degré de la vraisemblance prépondérante, que la somme de 420'000 fr. allouée par convention constitue une prestation volontaire de l'employeuse, de sorte que l'intimée a à juste titre déduit le montant du gain assuré de ce montant et considéré que la somme ainsi obtenue couvrait la perte de revenu.

6. a) Le recours est rejeté et la décision attaquée confirmée.

b) Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires, la procédure étant gratuite (art. 61 let. a LPG), ni d'allouer de dépens, dès lors que le recourant - au demeurant non représenté - n'obtient pas gain de cause (art. 61 let. g LPG).

**Par ces motifs,
la Cour des assurances sociales
p r o n o n c e :**

I. Le recours est rejeté.

II. La décision sur opposition rendue le 11 septembre 2019 par la Caisse cantonale de chômage, Division juridique, est confirmée.

III. Il n'est pas perçu de frais judiciaires, ni alloué de dépens.

La présidente :

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède est notifié à :

- H. _____,
- Caisse cantonale de chômage, Division juridique.
- Secrétariat d'Etat à l'économie,

par l'envoi de photocopies.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière de droit public devant le Tribunal fédéral au sens des art. 82 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral ; RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne) dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

La greffière :