

**COUR DES ASSURANCES SOCIALES**

---

---

Arrêt du 2 février 2021

---

Composition : M. MÉTRAL, président  
M. Neu et Mme Dessaux, juges  
Greffière : Mme Jeanneret

\*\*\*\*\*

Cause pendante entre :

**T.** \_\_\_\_\_, à [...], recourant, représenté par Me Natasa Djurdjevac Heinzer,  
av. à Lausanne,

et

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

---

**Art. 8 al. 1 let. e, 9 al. 3, 13 et 23 al. 1 LACI ; 5 al. 2 LAVS ; 337 et  
337c CO ; 11 et 37 OACI**

**E n f a i t :**

**A.** T. \_\_\_\_\_ (ci-après : l'assuré ou le recourant), né en [...], a travaillé dès le 1<sup>er</sup> novembre 2009 en qualité de directeur commercial auprès de la société W. \_\_\_\_\_ SA. Le contrat de travail conclu le 30 octobre 2009 fixait le salaire mensuel brut à 6'000 fr. treize fois par an pour un temps d'emploi de 100 %, auquel s'ajoutait un bonus annuel minimum de 15'000 fr., mais de 30'000 fr. au maximum en fonction du chiffre d'affaires de l'entreprise. Une assurance perte de gain en cas de maladie devait en outre couvrir le salaire à raison de 80 % dès le 15<sup>e</sup> jour et jusqu'au 720<sup>e</sup> jour. Enfin, il était renvoyé aux prescriptions légales pour tout ce qui n'était pas prévu dans le contrat.

Dès le 14 juin 2018, l'assuré s'est retrouvé en incapacité de travail à 100 %. Il a perçu des prestations de l'assurance perte de gain de H. \_\_\_\_\_ à compter du 16 août 2018.

Le 19 mars 2019, l'assuré s'est inscrit en tant que demandeur d'emploi auprès de l'Office régional de placement de [...] (ci-après : l'ORP) et a sollicité l'indemnité de chômage auprès de la Caisse cantonale de chômage, agence de [...], à compter du 1<sup>er</sup> avril 2019. Dans sa demande d'indemnités de chômage, il a indiqué que ses rapports de travail avec W. \_\_\_\_\_ SA avaient pris fin le 15 août 2018, date pour laquelle l'employeur avait résilié le contrat de travail. Il a précisé qu'il était en arrêt maladie à 100 % depuis le 14 juin 2018, qu'il recevait des indemnités journalières depuis le 16 août 2018, qu'il en percevrait encore en avril 2019 en raison d'une incapacité de travail de 50 %, puis qu'il serait disposé à travailler à plein temps dès le 1<sup>er</sup> mai 2019.

Dans le cadre de l'instruction de sa demande, l'assuré a produit en particulier les éléments suivants :

- des certificats médicaux attestant d'une incapacité de travail de 100 % du 14 juin 2018 au 31 mars 2019, puis de

50 % du 1<sup>er</sup> au 30 avril 2019, une reprise du travail à 100 % étant possible dès le 1<sup>er</sup> mai 2019 ;

- les décomptes d'indemnités journalières établis par H.\_\_\_\_\_ dès août 2018, indiquant qu'elle a versé à l'assuré une indemnité journalière de 278 fr. 95 dès le 16 août 2018, correspondant à 80 % du salaire assuré de 127'262 fr. 60 par an.
  
- les décomptes de salaire établis par W.\_\_\_\_\_ SA pour les mois de juin 2017 à juillet 2018, dont il ressort que le salaire brut mensuel durant toute cette période s'élevait à 8300 fr., montant auquel s'ajoutait une « part privée aux frais de véhicule » de 363 fr. 55 soumis aux charges sociales et des allocations familiales, étant précisé que le 13<sup>e</sup> salaire était payé en deux versements de 4150 fr. brut aux mois de juin et décembre et qu'un bonus de 15'000 fr. soumis aux cotisations sociales a été versé en mars 2018 ;
  
- le décompte de salaire d'août 2018 établi par W.\_\_\_\_\_ SA, présenté comme un décompte définitif, prévoyant le versement d'un salaire de base de 4197 fr. 70, de « vacances payées » d'un montant de 9380 fr., et d'un 13<sup>e</sup> salaire de 1041 fr. 50, le tout étant soumis aux cotisations sociales.

Le 28 mars 2019, W.\_\_\_\_\_ SA a rempli l'attestation de l'employeur à l'intention de l'ORP et fourni copie de la lettre de résiliation adressée par son mandataire le 15 août 2018 à l'assuré. Dans ce courrier, l'entreprise faisait valoir qu'elle avait appris que l'assuré œuvrait pour un concurrent et qu'il avait même signé un contrat d'apporteur d'affaires alors qu'il était encore employé et sous certificat médical, raison pour laquelle elle considérait que le lien de confiance était rompu et résiliait le contrat de travail avec effet immédiat, soit au 15 août 2018. W.\_\_\_\_\_ SA a également fourni,

notamment, des résumés de salaires pour les années 2016 à 2017, lesquels montrent en particulier que l'assuré a perçu un bonus de 30'000 fr. en mars 2016 et de 20'000 fr. en mars 2017.

Selon l'extrait du Registre du commerce de W.\_\_\_\_\_ SA établi le 3 avril 2019, l'inscription de l'assuré en qualité de directeur avec signature collective à deux a été radiée le 13 novembre 2018, mutation publiée le 16 novembre 2018.

Le 30 avril 2019, la Caisse cantonale de chômage a établi un décompte pour le mois d'avril 2019, indiquant que le gain assuré s'élève à 4901 fr., donnant droit à une indemnité journalière de 180 fr. 70, que le délai-cadre d'indemnisation s'étend du 1<sup>er</sup> avril 2019 au 31 mars 2021 et que le droit maximum est de 260 indemnités journalières.

Le 27 mai 2019, la Caisse cantonale de chômage a établi un nouveau décompte pour le mois de mai 2019 mentionnant que le gain assuré s'élève à 9802 fr., le délai-cadre et le droit maximum étant inchangés.

Par courrier du 18 juin 2019, représenté par Me Natasa Djurdjevac Heinzer, l'assuré a contesté les deux décomptes précités. Il a fait valoir, d'une part, que, compte tenu de son âge (60 ans) et de la période de cotisation à prendre en compte, soit 23 mois dans le délai-cadre de cotisation allant du 31 mars 2017 au 1<sup>er</sup> avril 2019, il avait droit à 520 indemnités journalières. A cet égard, il a fait valoir que son licenciement avec effet immédiat signifié le 15 août 2018 par W.\_\_\_\_\_ SA était injustifié et que, compte tenu de son incapacité de travail et de la période de protection qui en découlait, il n'aurait pas pu être licencié de manière ordinaire avant le 11 décembre 2018 pour le 28 février 2019. Il a précisé qu'il avait reçu une première résiliation de son contrat de travail de manière ordinaire par courrier du 22 juin 2018 pour le 31 octobre 2018, annulée ensuite par son employeur, qu'il avait contesté la résiliation du 15 août 2018 auprès du Tribunal d'arrondissement de [...], puis que les parties étaient parvenues à un accord sur le versement d'une indemnité

de 30'000 fr. à l'audience de conciliation du 4 février 2019. D'autre part, il a exposé que le montant de l'indemnité journalière devait être calculé sur un gain assuré de 10'587 fr. 36, car ses revenus étaient composés de son salaire de base de 8300 fr. versé treize fois par an, d'un bonus annuel minimum de 15'000 fr., ainsi que d'une part privée du véhicule de 345 fr. 70 par mois.

A l'appui de cette contestation, il a produit notamment les éléments suivants :

- un courrier remis à l'assuré le 22 juin 2018 par W. \_\_\_\_\_ SA confirmant la résiliation de son contrat de travail pour le 31 octobre 2018 ;
- un échange de courriers des 24, 30 et 31 juillet 2018 entre W. \_\_\_\_\_ SA et la mandataire de l'assuré, par lesquels l'entreprise admettait qu'il n'y avait pas eu d'accord sur le licenciement le 22 juin 2018 mais que l'assuré était libéré de son obligation de travailler ;
- un courrier du mandataire de W. \_\_\_\_\_ SA adressé le 15 août 2018 au mandataire de l'assuré, faisant état d'un courriel reçu par la société dont il ressortait que l'assuré avait discuté les termes d'un mandat de gestion avec une potentielle cliente pour le compte d'une autre société ;
- la requête de conciliation adressée le 28 novembre 2018 au Juge délégué du Tribunal d'arrondissement de [...], par laquelle le recourant a conclu au versement, par W. \_\_\_\_\_ SA, de 25'200 fr. brut au titre de bonus pour l'année 2018, de 4'200 fr. brut au titre de bonus pour l'année 2019, de 2'544 fr. 85 brut au titre de part privée de la voiture de service du 1<sup>er</sup> août 2018 au 28 février 2019 et de 56'000 fr. net au titre d'indemnité pour licenciement immédiat injustifié ;

- le procès-verbal d'audience du Président du Tribunal civil de l'arrondissement de [...] du 4 février 2019, lequel comportait la convention suivante :

« I. Sans reconnaissance de responsabilité, l'intimée, W. \_\_\_\_\_ SA, versera au requérant, T. \_\_\_\_\_, une indemnité nette de 30'000 fr. (trente mille francs) d'ici au 20 février 2019.  
II. Dans le même délai, l'intimée, W. \_\_\_\_\_ SA, délivrera au requérant, T. \_\_\_\_\_, un certificat de travail, dont le projet admis et contresigné par les parties, est annexé à la présente convention pour en faire partie intégrante.  
(...) » ;

- le projet de certificat de travail annexé à la convention, mentionnant notamment que l'assuré avait travaillé pour W. \_\_\_\_\_ SA du 1<sup>er</sup> novembre 2009 au 15 août 2018 en qualité de directeur commercial.

Par courriers de son conseil des 7 août et 12 septembre 2019, l'assuré a également contesté les décomptes d'indemnités des mois de juin, juillet et août 2019, en se référant aux motifs développés dans son courrier du 18 juin 2019.

Par décision du 13 septembre 2019, la Caisse a constaté que le droit à l'indemnité de chômage de l'assuré débutait le 1<sup>er</sup> avril 2019 pour un droit maximal de 260 indemnités journalières, sur la base d'une période soumise à cotisation de seize mois et seize jours. Elle a précisé que l'indemnité de 30'000 fr. obtenue lors de la conciliation devant le Tribunal des Prud'hommes ne pouvait être prise en compte pour établir la durée de cotisation, ni pour calculer le gain assuré, faute d'être soumise à cotisation.

L'assuré, toujours représenté par Me Natasa Djurdjevac Heinzer, s'est opposé à cette décision le 2 octobre 2019, concluant à la reconnaissance d'un droit à 520 indemnités journalières ainsi que d'un gain assuré d'un montant de 10'605 fr. 55. Reprenant les arguments déjà développés dans ses courriers des 18 juin, 7 août et 12 septembre 2019, il a ajouté que le caractère injustifié de la résiliation immédiate était

démonstré par la transaction intervenue par la suite et que le montant de 30'000 fr. convenu comprenait les bonus dus pour les années 2018 et 2019. Outre les pièces déjà produites précédemment, l'assuré a joint notamment le règlement d'entreprise de W. \_\_\_\_\_ SA.

Par décision sur opposition du 5 décembre 2019, la Caisse cantonale de chômage, Division juridique (ci-après : l'intimée), a rejeté l'opposition et confirmé la décision litigieuse en ce qu'elle fixait le nombre maximum d'indemnités journalières auquel l'assuré avait droit. Elle a considéré, en substance, que le délai-cadre de cotisation de l'assuré s'étendait du 1<sup>er</sup> avril 2017 au 31 mars 2019 et que dans ce délai, des cotisations avaient été perçues du 1<sup>er</sup> avril 2017 au 15 août 2018, date de la fin des rapports de travail qui était reconnue par le recourant et qui n'avait pas été expressément modifiée par la transaction judiciaire. Enfin, elle a exposé que la période du 16 août 2018 (jour suivant le licenciement immédiat) au 28 février 2019 (date de fin du délai de congé légal) ne pouvait être admise à titre de période de cotisation, car l'indemnité nette convenue le 4 février 2019 était « vraisemblablement » une indemnité pour licenciement immédiat injustifié qui ne pouvait être admise à titre de période de cotisation, tandis que les indemnités journalières de l'assurance-maladie perçues par l'assuré du 16 août 2018 au 30 avril 2019 n'étaient par ailleurs pas soumises aux cotisations de l'assurance-chômage.

Le même jour, l'autorité précitée a rendu une seconde décision sur opposition, rejetant l'opposition et confirmant la décision litigieuse en ce qu'elle fixait le gain assuré. Elle a considéré que la période de référence pour le calcul du gain assuré s'étendait du 17 août 2017 au 15 août 2018 et que seule l'inclusion du bonus annuel était problématique. A cet égard, elle a retenu que le bonus de 15'000 fr. versé en 2018 concernait l'année 2017, de sorte qu'il avait été réparti sur tous les mois de l'année 2017 entrant dans la période de référence. S'agissant ensuite de l'indemnité nette de 30'000 fr. versée en vertu du procès-verbal de conciliation du 4 février 2019, elle ne pouvait entrer en considération dans le calcul du

gain assuré dès lors qu'il n'était pas explicitement mentionné que cette indemnité correspondait au bonus annuel de l'assuré.

**B.** Par acte de son conseil du 16 janvier 2020, T.\_\_\_\_\_ a déféré la première décision sur opposition précitée devant la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, concluant principalement à sa réforme, en ce sens que le droit à la perception de 520 indemnités journalières lui soit reconnu, subsidiairement à son annulation et au renvoi de la cause à l'intimée pour nouvelle instruction et décision. A l'appui de son recours, reprenant l'argumentation déjà développée dans son opposition, il a ajouté qu'hormis sa période d'incapacité de travail, il avait cotisé sans discontinuer en tout cas depuis 2009, de sorte que la décision apparaissait également contraire au principe de proportionnalité. Il a par ailleurs relevé que la date du 15 août 2018 figurant dans le projet de certificat de travail était liée à l'effet *ex nunc* de la déclaration de résiliation dès sa réception par son destinataire, indépendamment de l'existence d'un juste motif ou d'une période de protection du travailleur, ce qui ne pouvait pas être modifié par jugement.

Ce recours a été enregistré sous la référence ACH 11/20.

Par acte de son conseil du 20 janvier 2020, T.\_\_\_\_\_ a déféré la seconde décision sur opposition du 5 décembre 2019 précitée devant la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, concluant principalement à sa réforme, en ce sens que le gain assuré est de 10'605 fr. 55 par mois, subsidiairement à son annulation et au renvoi de la cause à l'intimée pour nouvelle instruction et décision. A l'appui de son recours, il a fait valoir que l'autorité intimée aurait dû tenir compte de l'indemnité de 30'000 fr. convenue dans la transaction judiciaire, quand bien même il s'agissait d'un montant net, car elle incluait tacitement les bonus revendiqués pour les années 2018 et 2019 dont l'autorité devait tenir compte *pro rata temporis* au vu du caractère contractuel d'un bonus annuel minimum de 15'000 francs.

Ce second recours a été enregistré sous la référence ACH 13/20.

Par déterminations du 21 février 2020, l'intimée a déclaré maintenir les positions soutenues dans les décisions contestées et proposé le rejet des recours. Elle a fait valoir en particulier que l'obtention de l'indemnité nette de 30'000 fr. ne suffisait pas pour reconnaître la nature injustifiée du licenciement, ce d'autant que le procès-verbal de l'audience de conciliation du 4 février 2020 mentionnait que la somme était due sans reconnaissance de responsabilité.

Le 28 février 2020, les deux causes ont été jointes sous la référence ACH 11/20.

### **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, déposés 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), les recours sont recevables.

**2.** Le litige porte sur le droit du recourant à l'indemnité de chômage dès le 1<sup>er</sup> avril 2019, plus précisément sur la période de cotisation à prendre en compte dans le délai-cadre de cotisation et le nombre d'indemnités journalières qui en découle, ainsi que sur la détermination du gain assuré.

**3. a)** Conformément à l'art. 8 al. 1 let. e LACI, pour avoir droit à l'indemnité de chômage, l'assuré doit notamment remplir les conditions relatives à la période de cotisation ou en être libéré (art. 13 et 14). Conformément à l'art. 13 al. 1 LACI, remplit les conditions relatives à la période de cotisation celui qui a exercé durant douze mois au moins une activité soumise à cotisation dans les limites du délai-cadre prévu à cet effet, soit dans les deux années précédant le premier jour où toutes les conditions du droit à l'indemnité sont réunies (art. 9 al. 1 à 3 LACI).

L'art. 14 al. 1 LACI prévoit que sont libérées des conditions relatives à la période de cotisation les personnes qui, dans les limites du délai-cadre (art. 9 al. 3 LACI) et pendant plus de douze mois au total, n'étaient pas partie à un rapport de travail et, partant, n'ont pu remplir les conditions relatives à la période de cotisation en raison, notamment, d'une maladie alors qu'elles étaient domiciliées en Suisse (let. b). L'art. 14 LACI est cependant une disposition d'exception, qui est subsidiaire à la règle principale de la durée minimale d'activité soumise à cotisation de l'art. 13 LACI et il ne s'applique pas lorsque cette durée est suffisante. En outre, un cumul ou une compensation entre les deux dispositions est exclu. Par conséquent, il n'est pas possible de compléter la période de cotisation manquante avec des périodes pendant lesquelles l'assuré est libéré des conditions relatives à la période de cotisation et inversement (TF 8C\_750/2010 du 11 mai 2010 consid. 7.2).

**b)** Selon la jurisprudence relative à l'art. 13 al. 1 LACI, la seule condition du droit à l'indemnité de chômage est, en principe, que l'assuré ait exercé une activité soumise à cotisation pendant la période minimale de cotisation. Le paiement effectif d'un salaire n'est donc pas exigé, bien que la preuve qu'un salaire a bel et bien été payé reste un indice

important de l'exercice d'une activité soumise à cotisation (ATF 133 V 515 consid. 2.2 et les références citées).

L'art. 13 al. 2 let. c LACI assimile par ailleurs à des périodes de cotisation le temps durant lequel l'assuré est partie à un rapport de travail, mais ne touche pas de salaire parce qu'il est malade (art. 3 LPGA) ou victime d'un accident (art. 4 LPGA) et, partant, ne paie pas de cotisations. Cette disposition s'applique aux cas de maladie et d'accident qui surviennent durant un rapport de travail, lorsque le droit au salaire a pris fin (art. 324a CO [loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (livre cinquième : Droit des obligations) ; RS 220]) ou lorsque la perte de gain est compensée par des indemnités journalières (art. 324b CO) non-soumises à cotisation (art. 6 al. 2 let. b RAVS [règlement du 31 octobre 1947 sur l'assurance-vieillesse et survivants ; RS 831.101]). La jurisprudence a en outre précisé que les jours pendant lesquels le travailleur n'a plus travaillé, mais pour lesquels l'employeur devait encore verser le salaire jusqu'à l'échéance du délai de congé déterminant en cas de résiliation injustifiée du contrat de travail, sont réputés période de cotisation au sens de l'art. 13 LACI, les prétentions du travailleur à cet égard empêchant la survenance d'une perte de travail à prendre en considération conformément à l'art. 11 al. 3 LACI. La jurisprudence assimile cette période à une période de cotisation au sens de l'art. 13 al. 1 LACI afin que l'assuré dont les rapports de travail ont été résiliés immédiatement, de manière injustifiée, se trouve, du point de vue des conditions du droit aux prestations (délai-cadre de cotisation), dans la même situation que s'il avait travaillé jusqu'à l'échéance du délai ordinaire de résiliation des rapports de travail (ATF 119 V 494 consid. 3c ; TF 8C\_765/2012 du 8 mars 2013 consid. 3.2 ; TFA C 131/01 du 8 août 2001).

**c)** L'art. 27 al. 1 LACI prévoit ensuite que, dans les limites du délai-cadre d'indemnisation de l'art. 9 al. 2 LACI, le nombre maximum d'indemnités journalières est calculé selon l'âge de l'assuré et la période de cotisation définie à l'art. 9 al. 3 LACI. Selon l'art. 27 al. 2 LACI, l'assuré a droit à :

- 260 indemnités journalières au plus s'il justifie d'une période de cotisation de 12 mois au total (let. a) ;
- 400 indemnités journalières au plus s'il justifie d'une période de cotisation de 18 mois au total (let. b) ;
- 520 indemnités journalières au plus s'il justifie d'une période de cotisation de 22 mois au moins et remplit au moins une des conditions suivantes :
  1. être âgé de 55 ans ou plus ou
  2. toucher une rente d'invalidité correspondant à un taux d'invalidité d'au moins 40 % (let. c).

Compte comme mois de cotisation chaque mois civil entier durant lequel l'assuré est tenu de cotiser (art. 11 al. 1 OACI [ordonnance fédérale du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.02]). Les périodes de cotisation qui n'atteignent pas un mois civil entier sont additionnées, trente jours étant réputés constituer un mois de cotisation (art. 11 al. 2 OACI). Il est possible de cumuler des périodes de cotisation au sens de l'art. 13 al. 1 LACI, des périodes assimilées à des périodes de cotisation au sens de l'art. 13 al. 2 LACI, ainsi que des périodes pour lesquelles l'assuré a touché une indemnité de vacances (art. 11 al. 3 OACI). Pour la conversion d'une journée de travail, on utilise le facteur 1,4 (soit cinq jours ouvrables pour sept jours civils ; cf. ATF 122 V 249 consid. 2c ; TF 8C\_645/2015 du 3 juillet 2015 consid. 1.1).

**4. a)** Dans la mesure où le recourant a sollicité des prestations de l'assurance-chômage à compter du 1<sup>er</sup> avril 2019, le délai-cadre de cotisation a été fixé à juste titre du 1<sup>er</sup> avril 2017 au 31 mars 2019. Au demeurant, ces dates ne sont pas contestées.

**b)** Il est constant qu'au 1<sup>er</sup> avril 2017, le recourant travaillait déjà pour W. \_\_\_\_\_ SA depuis plus de sept ans et qu'il a perçu un salaire soumis à cotisation de cette entreprise jusqu'au 15 août 2018, date à

laquelle son employeur a résilié le contrat de travail avec effet immédiat. Sur ce dernier point, le recourant admet dans son recours que les rapports ont pris fin à cette date, compte tenu de l'effet *ex nunc* de la résiliation. Ainsi, lorsqu'il a requis des indemnités de chômage, le recourant pouvait justifier de l'exercice d'une activité soumise à cotisation de douze mois au moins dans le délai-cadre de cotisation, de sorte que l'art. 13 LACI lui est applicable à l'exclusion de l'art. 14 LACI, ce qu'il ne conteste d'ailleurs pas.

Considérant que les rapports de travail avaient pris fin le 15 août 2018 et que les indemnités journalières versées par l'assurance perte de gain perçues ensuite par l'intéressé n'étaient pas soumises à cotisation, l'intimée a arrêté la période de cotisation à cette date et constaté qu'elle avait duré seize mois et seize jours, aucune autre activité soumise à cotisation n'ayant été enregistrée jusqu'à l'inscription à l'ORP. Le recourant objecte cependant que la résiliation immédiate de son contrat de travail était injustifiée, faute d'avoir été donnée en vertu de justes motifs de résiliation au sens de l'art. 337 CO. Il estime ainsi que la période de cotisation doit inclure le délai durant lequel l'employeur aurait été tenu de verser un salaire en cas de licenciement ordinaire, soit jusqu'au 28 février 2019. Reste ainsi litigieux, à ce stade, le point de savoir si la période allant du 16 août 2018 au 28 février 2019 constitue une période assimilable à une période de cotisation, ce qui revient à examiner les circonstances dans lesquelles le contrat de travail liant le recourant à W. \_\_\_\_\_ SA a été résilié.

**5. a)** L'art. 337 CO prévoit que l'employeur et le travailleur peuvent résilier immédiatement le contrat en tout temps pour de justes motifs (al. 1) ; sont notamment considérés comme de justes motifs toutes les circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger de celui qui a donné le congé la continuation des rapports de travail (al. 2) ; le juge apprécie librement s'il existe de justes motifs, mais en aucun cas il ne peut considérer comme tel le fait que le travailleur a été sans sa faute empêché de travailler (al. 3). Aux termes de l'art. 337c CO, lorsque l'employeur résilie immédiatement le contrat sans justes motifs, le

travailleur a droit à ce qu'il aurait gagné si les rapports de travail avaient pris fin à l'échéance du délai de congé ou à la cessation du contrat conclu pour une durée déterminée (al. 1). Le juge peut condamner l'employeur à verser au travailleur une indemnité dont il fixera librement le montant, compte tenu de toutes les circonstances ; elle ne peut toutefois pas dépasser le montant correspondant à six mois de salaire du travailleur (al. 3).

Mesure exceptionnelle, la résiliation immédiate pour justes motifs doit être admise de manière restrictive. D'après la jurisprudence, les faits invoqués à l'appui d'un renvoi immédiat doivent avoir entraîné la perte du rapport de confiance qui constitue le fondement du contrat de travail. Seul un manquement particulièrement grave du travailleur justifie son licenciement immédiat ; si le manquement est moins grave, il ne peut entraîner une résiliation immédiate que s'il a été répété malgré un avertissement. Par manquement du travailleur, on entend en règle générale la violation d'une obligation découlant du contrat de travail, mais d'autres incidents peuvent aussi justifier une résiliation immédiate (ATF 130 III 28 consid. 4.1). En particulier, un manquement au devoir de fidélité du travailleur peut constituer un juste motif de congé (TF 4A\_404/2014 du 17 décembre 2014 consid. 4.1).

La résiliation produit des effets *ex nunc* immédiats dès sa réception par son destinataire, sans égard au fait qu'elle soit justifiée ou non, ou que le travailleur soit ou non dans une période de protection contre le licenciement en temps inopportun au sens de l'art. 336c CO. Le licenciement est justifié lorsque l'employeur résilie le contrat sur la base de soupçons et parvient ensuite à établir les circonstances à raison desquelles le rapport de confiance entre les parties doit être considéré comme irrémédiablement rompu. En revanche, si les soupçons se révèlent infondés, l'employeur doit supporter les conséquences de l'absence de preuve ; le licenciement immédiat sera généralement considéré comme injustifié, sauf circonstances particulières, notamment lorsque l'employé a empêché la manifestation de la vérité de façon déloyale. C'est donc en principe la situation réelle qui prévaut, quand bien même elle n'est établie

que postérieurement à la résiliation des rapports de travail (CACI 28 mai 2020/212 consid. 3.2, et les références citées).

**b)** En l'espèce, l'employeur a résilié le contrat de travail avec effet immédiat au motif que le recourant aurait déployé une activité concurrente pendant son arrêt maladie. Il se fondait sur un courrier électronique mentionnant que le recourant avait eu un contact téléphonique avec une potentielle cliente pour le compte d'une autre entreprise. Le recourant a contesté ce licenciement auprès des instances judiciaires compétentes, en citant son employeur en procédure de conciliation. Une transaction judiciaire prévoyant en particulier le versement par W. \_\_\_\_\_ SA d'un montant de 30'000 fr. au recourant a mis fin à cette procédure. Cette transaction ne précise certes pas clairement à quoi correspond le montant que l'employeur s'est engagé à verser au recourant pour solder le litige. Toutefois, il convient de relever que, si l'on devait exiger systématiquement, dans le cadre de l'assurance-chômage, que le caractère injustifié d'une résiliation des rapports de travail soit constaté dans un jugement civil, les efforts de conciliation entre les parties dans les procédures concernées en seraient lourdement impactés, à tel point que cette étape du procès civil en deviendrait vraisemblablement vaine, voire contre-productive. Il y a lieu, au contraire, de replacer cette transaction dans son contexte.

En l'occurrence, dans sa requête, l'intéressé a conclu au paiement d'un montant de près de 32'000 fr. correspondant au bonus qui aurait dû, selon lui, lui être versé pour l'année 2018 et, *pro rata temporis*, pour les deux premiers mois de l'année 2019, ainsi qu'à une participation correspondant à l'utilisation privée qu'il aurait pu faire de son véhicule de service du 16 août 2018 au 28 février 2019. Le recourant n'a pas demandé davantage d'indemnisation salariale, dès lors qu'il était en incapacité de travail totale durant cette période et qu'il percevait à ce titre des indemnités journalières de l'assurance perte de gain en cas de maladie. Enfin et surtout, il a demandé un montant de 56'000 fr. à titre d'indemnité pour résiliation abusive des rapports de travail. Cet élément du litige tenait ainsi une place prépondérante, puisqu'il représentait près

des deux tiers de la valeur litigieuse totale. A ce propos, à l'appui de sa requête en conciliation, le recourant a produit divers éléments destinés à démontrer le caractère injustifié de son licenciement. Parmi ceux-ci, figurait en particulier un courrier électronique de la cliente avec laquelle le recourant aurait eu un contact téléphonique le 7 août 2018. Celle-ci y déclarait qu'aucun appel téléphonique n'avait pu avoir lieu ce jour-là, dès lors qu'elle était en vacances. Il apparaît au surplus que, malgré une prétendue rupture des rapports de confiance, l'employeur a tardé à requérir la radiation de la signature du recourant au Registre du commerce, dite radiation n'ayant été enregistrée que trois mois plus tard, en novembre 2018. Enfin, il apparaît que cette résiliation immédiate est intervenue très peu de temps après que le recourant eût invoqué la nullité de la résiliation ordinaire notifiée le 22 juin 2018, en raison de la période de protection liée à son incapacité de travail. Ces faits, en sus de l'importante indemnité consentie par l'employeur, sont de nature à établir, au degré de la vraisemblance prépondérante, que les motifs invoqués à l'appui de la résiliation immédiate des rapports de travail n'existaient pas. Pour le surplus, le fait que le projet de certificat de travail établi à cette occasion fasse état de la fin de rapports de travail au 15 août 2018 n'a rien de contradictoire, dans la mesure où le constat du caractère injustifié de la résiliation immédiate n'a de toute manière pas pour effet d'en modifier la date.

**c)** Compte tenu du caractère injustifié de la résiliation immédiate des rapports de travail, il apparaît que le recourant disposait d'un droit au paiement de son salaire jusqu'à la première date à laquelle une résiliation ordinaire du contrat de travail aurait pu être valablement donnée.

A teneur de l'art. 336c al. 1 let. b CO, après le temps d'essai, l'employeur ne peut pas résilier le contrat, notamment, pendant une incapacité de travail totale ou partielle résultant d'une maladie ou d'un accident non imputables à la faute du travailleur, et cela durant 30 jours au cours de la première année de service, durant 90 jours de la deuxième à la cinquième année de service et durant 180 jours à partir de la sixième

année de service. Le congé donné pendant l'une de ces périodes est nul (art. 336c al. 2, 1<sup>re</sup> phrase, CO). Dès lors, en raison de son incapacité de travail et de son ancienneté dans l'entreprise, le recourant bénéficiait d'une période de protection de 180 jours à compter du début de son incapacité. Celle-ci ayant débuté le 14 juin 2018, aucune résiliation ordinaire ne pouvait valablement être donnée par l'employeur avant le 11 décembre 2018. Faute d'une disposition plus favorable dans le contrat de travail, le délai de résiliation ordinaire applicable en l'occurrence était de deux mois pour la fin d'un mois (art. 335c al. 1 CO, repris à l'art. 2.2 du règlement d'entreprise), de sorte qu'une résiliation ordinaire donnée le 11 décembre 2018 pouvait prendre effet au plus tôt le 28 février 2019.

Dans cette situation, le recourant aurait dû bénéficier de l'art. 13 al. 2 LACI et voir la période du 15 août 2018 au 28 février 2019 assimilée à une période de cotisation, quand bien même il ne percevait pas de salaire parce qu'il était malade (art. 3 LPGA). Comme on l'a vu, la jurisprudence a assimilé à une période de cotisation au sens de l'art. 13 al. 1 LACI celle pendant laquelle l'assuré n'exerce certes plus d'activité soumise à cotisation, mais a droit au salaire en raison d'une résiliation immédiate injustifiée des rapports de travail. Il convient de faire de même pour la période pendant laquelle l'assuré n'est certes plus partie à un rapport de travail au sens de l'art. 13 al. 2 let. c LACI - mais pour la seule raison d'une résiliation immédiate injustifiée de son contrat - et pour laquelle il ne peut pas demander d'indemnisation salariale parce qu'il est malade (art. 3 LPGA) et perçoit en lieu et place des indemnités journalières d'une assurance-maladie collective en cas de perte de gain.

Conformément à ce qui précède, il convient d'inclure la période du 15 août 2018 au 28 février 2019 dans le calcul de la période de cotisation. Elle s'ajoute aux mois durant lesquels le recourant a effectivement exercé une activité et perçu un salaire cotisant en vertu du contrat de travail qui le liait à W. \_\_\_\_\_ SA. La période de cotisation à prendre en considération est donc de vingt-trois mois. Dans la mesure où il était âgé de plus de 55 ans au 1<sup>er</sup> avril 2019, le recourant a droit à 520 indemnités journalières pendant le délai-cadre d'indemnisation (art.

27 al. 2 let. c LACI). Le recours portant sur la décision fixant le nombre d'indemnités journalières est dès lors bien fondé.

**6. a)** Aux termes de l'art. 23 al. 1, 1<sup>re</sup> phrase, LACI, est réputé gain assuré le salaire déterminant au sens de la législation sur l'assurance-vieillesse et survivants (AVS) qui est obtenu normalement au cours d'un ou de plusieurs rapports de travail durant une période de référence, y compris les allocations régulièrement versées et convenues contractuellement, dans la mesure où elles ne sont pas des indemnités pour inconvénients liés à l'exécution du travail.

**b)** Le salaire pris en compte comme gain assuré au sens de l'assurance-chômage se rapproche de la notion de salaire déterminant de l'art. 5 LAVS (loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants ; RS 831.10), mais ne se recouvre pas exactement avec celui-ci, comme cela ressort du terme « normalement » utilisé à l'art. 23 al. 1 LACI (TF 8C\_290/2014 du 20 mars 2015 consid. 2.1 ; cf. également Boris Rubin, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Genève/Zurich/Bâle 2014, n° 8 ad art. 23). Certains montants perçus par le salarié, certes soumis à cotisation, n'entrent pas dans la fixation du gain assuré. Il en va ainsi de la rémunération des heures supplémentaires (ATF 129 V 105), de l'indemnité de vacances à certaines conditions (ATF 130 V 492 consid. 4.2.4), des gains accessoires (ATF 126 V 207 consid. 3a ; 125 V 475 consid. 5b) ou encore d'un bonus versé une seule fois dans des circonstances particulières (TF C 155/06 du 3 août 2007 consid. 5.1 et la référence citée). En revanche, aux termes de la jurisprudence fédérale, les allocations de renchérissement, les gratifications, ainsi que les primes de fidélité et de rendement sont incluses dans le gain assuré, même si l'employeur les verse à bien plaisir et que l'employé ne peut en déduire aucun droit en justice (ATF 122 V 362 consid. 3 et les références citées ; TFA C 139/05 du 26 juin 2006 consid. 4.1 ; C 51/02 du 20 juin 2002 consid. 2a ; C 45/01 et C 69/01 du 14 novembre 2001 consid. 5a).

Entrent ainsi notamment dans les composantes du gain assuré au sens de l'art. 23 al. 1 LACI, le salaire de base, au mois, à l'heure ou à la

tâche, y compris le salaire ou l'indemnisation en cas de maladie, d'accident ou d'invalidité, les prestations en nature, au maximum jusqu'aux montants fixés dans la législation sur l'AVS, le treizième salaire et les gratifications, si l'assuré les a effectivement touchés ou s'il a intenté une action judiciaire pour faire reconnaître des prétentions qu'il a rendues crédibles - et ce indépendamment du fait qu'elles puissent faire ou non l'objet d'une action en justice - les commissions et les primes (rendement, fidélité), pour autant qu'elles aient été versées normalement et régulièrement (cf. Rubin, op. cit., n° 10 ad art. 23).

**c)** Par gratification incluse dans le gain assuré, il faut entendre, selon l'art. 322d CO, une rétribution spéciale accordée en sus du salaire par l'employeur à certaines occasions, telles que Noël ou la fin de l'exercice annuel. L'engagement de l'employeur de verser une gratification peut être prévu dans le contrat de travail ou résulter, pendant les rapports de travail, d'actes concluants, comme le versement régulier et sans réserve d'une gratification. Les parties peuvent également soumettre, expressément ou tacitement, le versement de la gratification à des conditions, notamment la réalisation d'objectifs fixés au travailleur par l'employeur (TFA C 51/02 du 20 juin 2002 consid. 2a et les références citées).

**d)** Le gain assuré est calculé sur la base du salaire moyen des six derniers mois de cotisation qui précèdent le délai-cadre d'indemnisation (art. 37 al. 1 OACI). Il est déterminé sur la base du salaire moyen des douze derniers mois de cotisation précédant le délai-cadre d'indemnisation si ce salaire est plus élevé que le salaire moyen visé à l'art. 37 al. 1 OACI (art. 37 al. 2 OACI). La période de référence commence à courir le jour précédant le début de la perte de gain à prendre en considération quelle que soit la date de l'inscription au chômage ; à ce jour, l'assuré doit avoir cotisé douze mois au moins pendant le délai-cadre applicable à la période de cotisation (art. 37 al. 3 OACI).

En cas de prise en compte de périodes assimilées à des périodes de cotisation selon l'art. 13 al. 2 let. b à d LACI, le salaire

déterminant est celui que l'intéressé aurait normalement obtenu (art. 39 OACI) et non pas d'éventuelles indemnités journalières qu'il obtiendrait en vertu des art. 324a al. 4 et art. 324b CO (TF 8C\_821/2017 et 8C\_825/2017 du 4 juin 2018 consid. 4.2 et les références citées).

S'agissant des gratifications ainsi que les primes de fidélité et au rendement, celles-ci doivent être imputées proportionnellement sur tous les mois de l'année pendant lesquels l'assuré a travaillé, de la même manière qu'un treizième salaire (ATF 122 V 363 consid. 3 ; C 45/01 et 69/01 du 14 novembre 2001 consid. 5). Elles doivent en outre être imputées conformément au principe selon lequel un revenu est réputé avoir été réalisé au moment où l'assuré a fourni la prestation de travail rémunérateur (ATF 122 V 367 consid. 5b ; TFA C 51/02 du 20 juin 2002 consid. 3).

**7.** En l'espèce, la période de référence pour le calcul du gain assuré est celle qui s'étend du 1<sup>er</sup> septembre 2018 au 28 février 2019, la période du 1<sup>er</sup> mars 2018 au 31 août 2018 devant également être prise en compte si cela est plus favorable à l'assuré. Compte tenu du caractère injustifié de la résiliation anticipée du contrat de travail par W. \_\_\_\_\_ SA, ainsi que du versement d'indemnités journalières en cas de maladie en lieu et place du salaire dès le 16 août 2018, le gain assuré doit être calculé, à compter de cette date, sur la base du salaire que le recourant aurait normalement dû percevoir de la part de W. \_\_\_\_\_ SA en vertu du contrat de travail qui le liait à cette entreprise. Le gain assuré doit ainsi tenir compte également de l'ensemble des prestations prévues par le contrat durant toute la période considérée, cas échéant réparties proportionnellement sur les mois pour lesquels ces prestations étaient dues, et non des gains réellement perçus par le recourant.

A cet égard, l'intimée conteste devoir prendre en considération un bonus annuel de 15'000 fr., au motif qu'il n'a pas été perçu effectivement par le recourant durant la période de référence pour le calcul, de même que l'indemnité de 30'000 fr. consentie par W. \_\_\_\_\_ SA dans la transaction passée devant la juridiction prud'homale parce qu'elle

ne précise pas le motif de ce versement et qu'il n'a pas été soumis à cotisation. Comme déjà vu, cette indemnité a été consentie selon toute vraisemblance en raison du caractère injustifié de la résiliation immédiate du contrat de travail. Elle pouvait donc inclure tant l'indemnisation de revenus non couverts par l'assurance perte de gain qu'une indemnité au sens de l'art. 337c al. 3 CO, dans une proportion qui n'est cependant pas connue. Dans un cas comme dans l'autre, ce montant ne saurait être pris en compte en tant que tel dans le calcul, d'une part, parce que l'indemnité de l'art. 337c al. 3 CO ne constitue pas un revenu normal et, d'autre part, parce que le gain assuré doit de toute manière être calculé sur la base du revenu que le recourant aurait dû recevoir s'il n'avait pas été licencié, et non sur la base des indemnités journalières qu'il a réellement reçues de l'assurance perte de gain.

En revanche, s'agissant du bonus de 15'000 fr. litigieux, il ressort clairement du contrat de travail que l'employeur s'engageait à verser, en plus du salaire mensuel et d'un treizième salaire, un bonus annuel « minimum » de 15'000 francs. Le versement de ce montant n'était soumis à aucune condition particulière par le contrat, seul le versement d'un supplément pouvant atteindre le même chiffre étant lié au chiffre d'affaires de l'entreprise. Par conséquent, le montant inconditionnel de 15'000 fr. par an constitue un élément de salaire contractuellement dû et doit être pris en compte à ce titre dans le calcul du gain assuré, de la même manière que le treizième salaire. Les différents relevés fournis par le recourant montrent par ailleurs que des bonus de 15'000 fr. au moins ont bien été versés avec les salaires de mars 2016, mars 2017 et mars 2018, respectivement pour les exercices 2015, 2016 et 2017. Le fait que l'employeur ait refusé de verser le bonus après avoir résilié le contrat en août 2018, sous réserve de la transaction signée ensuite par les parties, est ainsi sans pertinence.

Dès lors, il y a lieu de retenir que l'intimée aurait dû tenir compte d'un bonus annuel de 15'000 fr. dans le calcul du gain assuré, réparti sur les douze mois de l'année, le recours étant bien fondé à cet égard. Il n'appartient cependant pas à l'autorité de céans d'établir le gain

assuré ni, sur cette base, de déterminer l'indemnité journalière correspondante, en lieu et place de l'intimée. La cause sera ainsi renvoyée à cette dernière afin qu'elle procède à la correction du gain assuré et des indemnités journalières correspondantes conformément aux remarques qui précèdent.

**8. a)** Les recours sont par conséquent admis. Il convient, d'une part, de réformer la décision sur opposition portant sur le nombre maximum d'indemnités journalières, en ce sens que le recourant a droit à 520 indemnités journalières au maximum pendant le délai-cadre d'indemnisation. D'autre part, il y a lieu d'annuler la décision sur opposition relative au gain assuré et de renvoyer la cause à l'intimée pour instruction complémentaire et nouvelle décision.

**b)** Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires, la procédure étant gratuite (art. 61 let. <sup>f</sup>bis LPGA).

**c)** Obtenant gain de cause avec l'assistance d'un mandataire qualifié, le recourant a droit à une indemnité de dépens à titre de participation aux honoraires de son conseil (art. 61 let. g LPGA), qu'il convient d'arrêter à 4000 fr., débours et TVA compris (art. 10 et 11 TFJDA [tarif vaudois du 28 avril 2015 des frais judiciaires et des dépens en matière administrative ; BLV 173.36.5.1]), et de mettre à la charge de l'intimée qui succombe.

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

- I. Les recours sont admis.
- II. La décision rendue le 5 décembre 2019 par la Caisse cantonale de chômage, Division juridique, relative au nombre maximum d'indemnités journalières est réformée, en ce sens que

T.\_\_\_\_\_ a droit à 520 (cinq cent vingt) indemnités journalières au maximum pendant le délai-cadre d'indemnisation.

**III.** La décision rendue le 5 décembre 2019 par la Caisse cantonale de chômage, Division juridique, relative au gain assuré est annulée, la cause lui étant renvoyée pour nouvelle décision au sens des considérants.

**IV.** La Caisse cantonale de chômage, Division juridique versera à T.\_\_\_\_\_ une indemnité de 4000 fr. (quatre mille francs) à titre de dépens.

**V.** Il n'est pas perçu de frais de justice.

Le président :

La greffière :

**Du**

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à :

- Me Djurdjevac Heinzer (pour T.\_\_\_\_\_),
- 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 :