

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 11 juin 2021

Composition : Mme DURUSSEL, présidente
 Mmes Röthenbacher et Di Ferro Demierre, juges
Greffière : Mme Mestre Carvalho

Cause pendante entre :

D._____, à [...] (France), recourant, représenté par Me Coralie Humair, à Neuchâtel,

et

X._____, à la [...].

E n f a i t :

A. D._____ (ci-après : l'assuré ou le recourant), de nationalité française, a travaillé en dernier lieu comme cuisinier pour l'[...], du 1^{er} octobre au 31 décembre 2016. Il a déposé une demande d'indemnités de chômage auprès de la X._____ (ci-après : X._____) dès le 2 janvier 2017. Le délai-cadre relatif à la période de cotisation a couru du 2 janvier 2015 au 1^{er} janvier 2017.

Par décision du 24 janvier 2017, la X._____ a refusé l'ouverture du droit à l'indemnité de chômage au motif que l'assuré n'avait cotisé à l'assurance-chômage que durant 11 mois et 13, 4 jours pendant le délai-cadre de cotisation.

L'assuré s'est opposé à cette décision le 14 février 2017. Il a reproché à la X._____ de n'avoir pris en compte que deux mois de cotisation pour la période d'emploi auprès du [...] (mai et juin 2017), alors qu'il y avait en réalité travaillé du 1^{er} mai au 31 août 2016, soit quatre mois. Il avait été en incapacité de travail du 14 juillet au 5 août 2016, de sorte que le délai de résiliation - suite à son licenciement prononcé le 30 juin pour le 31 juillet 2016 - devait être prolongé jusqu'à la fin du mois d'août 2016. Il était cependant en litige avec son ancien employeur sur le paiement des salaires et la date de la fin de son engagement. Il a joint à son opposition les documents suivants :

- une lettre de licenciement du 30 juin 2016 ;
- un courrier du 29 juillet 2016 de l'assuré, représenté par son conseil Me Alain Bauer, au [...], réclamant notamment le versement de son salaire pour les mois de juin à août 2016, ainsi que la confirmation de la suspension du délai de congé conformément à l'art. 336c CO (Code des obligations ; RS 220) ;
- un certificat médical établi le 2 août 2016 par le Dr [...], spécialiste en chirurgie générale, lequel atteste une

incapacité totale de travail de l'assuré du 14 juillet au 5 août 2016.

Le traitement du dossier d'opposition a été suspendu par ordonnance du 26 septembre 2017 jusqu'à droit connu sur la procédure prud'homale initiée par requête de l'assuré du 13 septembre 2017.

Le 5 août 2019, Me Bauer a fourni une copie d'une convention passée entre l'ancien employeur du [...] et l'assuré le 1^{er} août 2019, laquelle prévoit notamment que « pour solde de tout compte et de toute prétention, le [...] versera à D. _____ sur le CCP de son mandataire (...) net CHF 1'000.- dans les 15 jours suivant la signature de la présente » (cf. article 2 de la convention). Les parties ont reconnu que les rapports de travail avaient pris fin le 31 août 2016 (cf. article 1 de la convention).

Par décision sur opposition du 18 septembre 2019, la X. _____ a rejeté l'opposition du 14 février 2017 et confirmé la décision du 24 janvier 2017. Elle a notamment retenu que l'indemnité de 1'000 fr. versée par le [...] à l'assuré ne correspondait pas à du salaire et que l'intéressé n'avait pas cotisé pour les mois de juillet et août 2016. En outre, l'assuré aurait dû demander le prolongement de sa dédite à fin septembre en raison de son accident. Les rapports de travail à prendre en considération allaient ainsi jusqu'au 30 juin 2016 et non comme indiqué dans la convention jusqu'au 30 août 2016. Il convenait dès lors de considérer que durant le délai-cadre de cotisation, l'assuré n'avait pas cotisé durant 12 mois, mais durant 11 mois et 13,4 jours et ne remplissait pas les conditions relatives à la période de cotisation, de sorte qu'il ne pouvait prétendre l'octroi de l'indemnité de chômage.

Le 5 octobre 2019, l'assuré, précédemment domicilié à la [...], puis à [...], a quitté la Suisse pour s'établir en [...].

B. a) Par acte du 18 octobre 2019, D. _____, désormais représenté par Me Coralie Humair, a interjeté un recours à l'encontre de cette décision auprès de la Cour de droit public du Tribunal cantonal de la

république et canton de Neuchâtel, en concluant à l'ouverture du droit à l'indemnité de chômage depuis le 2 janvier 2017. Il maintient qu'il a cotisé durant douze mois au moins dans les limites du délai-cadre, et reproche en particulier à l'intimée d'avoir écarté de son décompte les mois de juillet et août 2016, ainsi que la période d'incapacité subie en raison d'un accident survenu le 14 juillet 2016, au seul motif qu'une indemnité pour solde de tout compte a été versée et qu'elle n'est pas assimilable à un salaire. Il fait en particulier valoir que l'indemnité en question était due au sens des art. 337b et 337c al. 1 CO, et ne constitue pas une indemnité fondée sur l'art. 336a CO (résiliation abusive), ni sur l'art. 337c al. 3 CO (licenciement immédiat sans justes motifs). Il se prévaut également de la période d'incapacité de travail courant du 16 juillet au 5 août 2016, qui doit compter comme période de cotisation.

Dans sa réponse du 23 octobre 2019, l'intimée a conclu au rejet du recours et confirmé sa décision sur opposition du 18 septembre 2019, renvoyant à celle-ci s'agissant des griefs soulevés par le recourant.

b) Par arrêt du 15 janvier 2021, la Cour de droit public du Tribunal cantonal de la république et canton de Neuchâtel a déclaré irrecevable à raison du lieu le recours formé par l'assuré le 18 octobre 2019. Il a transmis l'acte de recours à l'autorité de céans, comme objet de sa compétence.

Par courrier du 3 mars 2021, le recourant a indiqué qu'il n'avait aucune remarque ou détermination complémentaire à formuler. L'intimée a fait de même par courrier daté par erreur du 11 janvier 2020, reçu le 8 mars 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, le recours transmis par la Cour de droit public du Tribunal cantonal neuchâtelois à la Cour de céans comme objet de sa compétence conformément à l'art. 58 al. 3 LPGA, est déposé en temps utile et a été transmis au tribunal compétent (art. 93 al. 1 let. a LPA-VD [loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative ; BLV 173.36]), puis il respecte les autres conditions formelles prévues par la loi (art. 61 let. b LPGA notamment), de sorte qu'il est recevable.

2. Le litige porte sur la question de savoir si le recourant peut prétendre à des indemnités journalières de l'assurance-chômage, singulièrement s'il remplit la condition relative à la période de cotisation.

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). Selon 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).

4. a) Dans la mesure où le recourant a sollicité des prestations de l'assurance-chômage à compter du 2 janvier 2017, le délai-cadre de cotisation a été fixé à juste titre du 2 janvier 2015 au 1^{er} janvier 2017. Ces dates ne sont pas contestées.

b) Aux termes de la décision litigieuse du 18 septembre 2019, l'intimée a retenu que l'assuré avait travaillé 11 mois et 13,4 jours durant la période de cotisation considérée, soit un nombre de jours insuffisant pour répondre aux exigences de l'art. 13 al. 1 LACI pour ouvrir le droit à l'indemnité de chômage. L'intimée a en particulier tenu compte des différentes missions réalisées par le recourant pour le compte de la société [...] entre les mois d'août 2015 et avril 2016 (3 mois et 3,6 jours [7 jours + 7 jours + 2 mois et 12,6 jours, + 7 jours], de l'engagement du recourant auprès de la société [...] entre les mois de décembre 2015 et mars 2016 (3 mois et neuf jours), ainsi qu'auprès de [...] entre les mois d'octobre et de décembre 2016 (3 mois). Elle a par ailleurs retenu que le recourant avait travaillé pour le [...] en mai et juin 2016 (2 mois; cf. pièce 98 du dossier de l'intimée). S'agissant en particulier de cette relation de travail, le recourant objecte cependant que la fin des rapports de travail est intervenue le 31 août 2016, conformément à la convention du 1^{er} août passée avec [...].

Est ainsi litigieux, à ce stade, le point de savoir si la période allant du 1^{er} juillet au 31 août 2016 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 au [...] a été résilié.

S'agissant de la fin des rapports de travail, il y a eu une première résiliation le 30 juin 2016 pour le 31 juillet 2016 (cf. lettre de résiliation du 30 juin 2016), puis une seconde le 13 juillet 2016 qui aurait été donnée oralement avec effet immédiat selon l'employeur, mais qui a été contestée par l'employé. La demande de l'assuré adressée le 13 septembre 2017 au Tribunal Régional [...], dans le cadre du litige prud'homal qui l'opposait à son ancien employeur, mentionne quant à elle une résiliation des rapports de travail le 30 juin pour le 31 juillet 2016, puis une résiliation du 13 juillet 2016, mais conteste qu'il s'agisse d'une résiliation immédiate. Le courrier du 29 juillet 2016 de l'avocat de l'assuré à l'employeur conteste également qu'on lui ait signifié la résiliation immédiate de son contrat de travail le 13 juillet 2016. Ce fait résulte en réalité uniquement des dires de l'employeur.

Quant à la convention conclue entre l'employeur et le recourant, elle fixe la fin des rapports de travail au 31 août 2016. Cette date correspond au délai de résiliation ordinaire d'un mois prévu par le contrat de travail compte tenu d'une résiliation ordinaire intervenue le 13 juillet 2016, ainsi que semble l'admettre les parties, étant précisé qu'elle ne tient pas compte de la suspension du délai de résiliation entre le 14 juillet et le 5 août 2016 qu'il aurait fallu observer en application de l'art. 336c al. 2 CO, et qui aurait reporté la fin des rapports de travail au 30 septembre 2016. La convention ne fait pas mention de la lettre de licenciement du 30 juin 2016. Cela étant, même à prendre en considération la résiliation du 30 juin 2016 pour le 31 juillet 2016, la fin des rapports de travail serait reportée au 31 août 2016 compte tenu de la suspension du délai de résiliation en raison de l'incapacité de travail attestée de l'assuré durant la période susmentionnée.

Considérant ces différents éléments et à défaut d'indice probant démontrant le contraire, on doit admettre que la résiliation intervenue le 13 juillet 2016 prend effet au 31 août 2016 au plus tôt. En particulier, on ne saurait retenir que le recourant a été licencié avec effet immédiat le 13 juillet 2016, l'employeur n'ayant pas été en mesure de le

démontrer. Il est encore souligné que la convention ne mentionne pas qu'elle aurait été conclue à la suite d'une telle circonstance.

c) S'agissant du montant payé par l'employeur, la convention précise qu'elle règle un litige qui a trait à la fin des rapports de travail, aux salaires dus, à la couverture du sinistre accident et au paiement du salaire y afférant. Elle ne fait qu'état de prétentions salariales, de même que la demande du 13 septembre 2017 réclame le paiement des salaires jusqu'au mois d'août 2016. Il n'y a en l'occurrence pas d'indication d'une demande d'indemnité. On ne peut qu'en déduire que les parties ont trouvé un accord relatif aux prétentions salariales de l'assuré et que le montant de 1'000 fr. sur lequel porte cet accord couvre la période litigieuse de juillet et août 2016, sous réserve de prétentions que l'assuré semble avoir à l'encontre de l'assurance-accidents mais qui sont également nées pendant les rapports de travail.

d) S'il y avait toutefois lieu d'admettre qu'il existe des indices permettant de retenir l'existence d'une résiliation avec effet immédiat le 13 juillet 2016, il y aurait lieu de constater avec un degré de preuve prépondérante et faute d'élément permettant de retenir le contraire, qu'elle était injustifiée puisque l'employeur a finalement admis de maintenir les rapports de travail jusqu'à l'échéance du délai de congé ordinaire, soit jusqu'au 31 août 2016. Dans ces circonstances, la période jusqu'au 31 août 2016 devrait être assimilée à la même situation que si le recourant avait travaillé jusqu'à l'échéance du délai ordinaire de résiliation des rapports de travail, étant rappelé que les jours pendant lesquels le travailleur n'a plus travaillé, mais pour lesquels l'employeur doit encore verser le salaire jusqu'à l'échéance du délai de congé déterminant, pour cause de résiliation injustifiée du contrat de travail (art. 337c al. 1 CO), sont réputés période de cotisation au sens de l'art. 13 LACI (ATF 119 V 496 consid. 3c précité). Dans de telles circonstances, il s'agirait de considérer que le montant de 1'000 fr. prévu par la convention est une indemnité fondée sur l'art. 337c al.1 CO (indemnité pour licenciement immédiat sans justes motifs), correspondant à des dommages-intérêts pour la perte de

salaire. Une telle indemnité est considérée comme élément du salaire et est soumise à cotisations (ATF 135 III 405 consid. 3.1 et 123 III 391).

En définitive, il s'agit de prendre en compte la période jusqu'au 31 août 2016 dans le calcul des cotisations, et constater que l'assuré a travaillé plus de 12 mois durant le délai-cadre de cotisation (11 mois et 13 jours, + 2 mois, soit 13 mois et 13 jours, auquel on peut encore ajouter 5,6 jours pour les missions temporaires exercées pour le compte de la société [...] du 21 au 23 septembre et le 25 septembre 2016), de sorte que les conditions ouvrants le droit à l'indemnité chômage au sens de l'art. 13 al. 1 LACI sont remplies.

5. **a)** Le recours doit être admis et la décision attaquée réformée en ce sens que le recourant présente une période de cotisation de plus de douze mois au sens de l'art. 13 al. 1 LACI. Pour le surplus, il appartiendra à l'intimée de déterminer le gain assuré, ainsi que le montant de l'indemnité.

b) Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires, la procédure étant gratuite (art. 61 let. a LPGA).

Obtenant gain de cause avec l'assistance d'une mandataire qualifiée, 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 1'500 fr., débours et TVA compris (art. 10 et 11 TFJDA [tarif 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
prononce :**

I. Le recours est admis.

II. La décision sur opposition rendue le 18 septembre 2019 par la X._____ est réformée en ce sens que D._____ présente une période de cotisation de plus de douze mois au sens de l'art. 13 al. 1 LACI.

III. Il n'est pas perçu de frais judiciaires.

IV. La X._____ versera à D._____ la somme de 1'500 fr. (mille cinq cents francs) à titre de dépens.

La présidente :

La greffière :

Du

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

- Me Coralie Humair, avocate (pour D._____),
- X._____,
- 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 :