



Schweizerische Eidgenossenschaft  
Confédération suisse  
Confederazione Svizzera  
Confederaziun svizra

Eidgenössisches Departement für  
Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF  
Staatssekretariat für Wirtschaft SECO



# Letter

---

# TCRD

---

Édition 2019 / 1

Avril 2019

## Sommaire

---

Délais de protection lors de la résiliation des rapports de travail – Conséquences d'une convention de résiliation du point de vue de la législation sur l'AC	2
Gain assuré des personnes en situation de handicap en cas d'invalidité ne donnant pas droit à une rente – Principe et exception	4
Gain assuré – Prise en compte des gratifications pour ancienneté de service et des primes de fidélité	7
Abandon de la position assimilable à celle de l'employeur dans l'entreprise avant la survenue de l'insolvabilité	9
Impressum	12

## Objectif de l'*audit letter*

---

La présente lettre d'information vise à vous informer périodiquement, à savoir deux à trois fois par an, des principales conclusions de nos différents travaux de révision, à approfondir des problématiques matérielles et à aborder certaines préoccupations récurrentes.

L'*audit letter* n'a pas valeur de directive et ne donnera donc pas lieu à de nouvelles réglementations, cette tâche étant dévolue au Bulletin LACI. En revanche, elle pourra aborder de nouvelles dispositions légales ou directives figurant dans ce même Bulletin LACI et pour lesquelles nous avons constaté des difficultés d'application dans le cadre de nos activités de révision.

L'objectif de cette lettre est de soutenir les organes d'exécution dans leur travail quotidien et de contribuer ainsi à maintenir la qualité de leur travail, voire à l'améliorer.

## Délais de protection lors de la résiliation des rapports de travail – Conséquences d'une convention de résiliation du point de vue de la législation sur l'AC

Art. 11 et 29, LACI, art. 336c et 341, CO, Bulletin LACI IC B88 ss. et C198 ss.

### **Disposition relativement impérative des délais de protection lors de la résiliation des rapports de travail par l'employeur**

La réglementation sur les délais de protection fixée à l'art. 336c, CO en ce qui concerne la nullité d'une résiliation des rapports de travail ou la suspension du délai de résiliation en cas de service militaire, de maladie, d'accident, de grossesse, etc., constitue une disposition relativement impérative. Ces dispositions ne peuvent être modifiées qu'en faveur du travailleur.

En vertu de l'art. 341, CO, le travailleur ne peut pas renoncer, pendant la durée du contrat et durant le mois qui suit la fin de celui-ci, aux créances résultant de dispositions impératives ou relativement impératives du CO ou d'une convention collective. Une telle renonciation, par exemple dans le cadre d'une convention de résiliation des rapports de travail, est en principe nulle.

Cette norme doit permettre d'éviter des renonciations unilatérales par les travailleurs, n'offrant aucun avantage pour ces personnes et conduisant à un contournement de la protection contre les congés prévue par la loi.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, il est toutefois admis de renoncer aux règles de la protection contre les congés prévues par le CO lorsque celles-ci sont « largement compensées » par des prestations supplémentaires de l'employeur. Il s'agit de vérifier si la convention de résiliation des rapports de travail est dans l'intérêt du travailleur. Elle ne l'est pas lorsqu'elle n'offre aucun avantage par rapport aux règles prévues par le CO.

Dans la pratique, il est difficile d'évaluer dans quels cas il est admis de renoncer à la protection contre les congés dans le cadre d'une convention de résiliation des rapports de travail comportant des prestations supplémentaires. Dans son arrêt 110 II

168, par exemple, le Tribunal fédéral estime que de telles renonciations ne sont admissibles que dans les cas clairs.

Par exemple, lorsqu'un travailleur licencié dans sa cinquième année de service reçoit, en compensation de la renonciation à la protection contre les congés fixée à l'art. 336c, CO, trois mois de salaire supplémentaires dans le cadre d'une convention de résiliation des rapports de travail, la condition de la « large compensation » est incontestablement respectée. Si la prestation supplémentaire de l'employeur couvre le délai de protection fixé à l'art. 336c, CO ou le délai de versement du salaire éventuellement plus court, on peut en principe considérer que la convention est équilibrée et donc juridiquement valable.

### **Conséquences sur l'indemnité de chômage**

Si la renonciation à la protection contre les congés peut être considérée comme juridiquement valable parce que le travailleur a reçu une compensation appropriée de l'employeur sous la forme de prestations supplémentaires dans le cadre de la convention de résiliation des rapports de travail, l'art. 11, al. 3, LACI est applicable. Il n'y a pas de perte de travail à prendre en considération tant que l'indemnité couvre la perte de revenu pendant le délai de résiliation prolongé auquel il a été renoncé.

Si un doute existe quant à savoir si une compensation suffisante a été reçue contre la renonciation à la protection contre les congés, la convention de résiliation des rapports de travail doit être présumée comme nulle. Les prestations sont alors versées en application de l'art. 29, LACI.

### **Jurisprudence**

- ATF 110 II 168
- 4C.27/2002 du 19.04.2002
- 4A\_563/2011 du 19.01.2012
- 4A\_362/2015 du 01.12.2015
- Mémoire intitulé «Die arbeitsrechtliche Sperrfrist» de Martin Farner, avocat FSA en droit du travail

## **Gain assuré des personnes en situation de handicap en cas d'invalidité ne donnant pas droit à une rente – Principe et exception**

Art. 15, al. 2, LACI, art. 40b OACI, Bulletin LACI IC C26 ss.

### **Principe**

Selon l'art. 40b, OACI, le gain assuré se base sur le gain qui pourrait être obtenu compte tenu de la capacité effective de gagner sa vie. Il faut en principe adapter le gain assuré lorsque l'invalidité ne donne pas droit à une rente. D'après la jurisprudence du Tribunal fédéral, seul un degré d'invalidité de moins de 10 % n'entraîne pas de réduction du gain assuré.

### **Exception – Arrêt du Tribunal fédéral C 79/06 du 18.07.2017**

Dans son arrêt C 79/06 du 18.7.2017, le Tribunal fédéral a considéré que le gain assuré de personnes pour lesquelles une assurance sociale (p. ex. l'AI) a constaté un degré d'invalidité ne donnant pas droit à une rente, ne devait pas systématiquement être réduit dans la mesure de l'invalidité constatée.

Le Tribunal fédéral a expliqué que dans certaines situations, le fait de se baser sur le degré d'invalidité déterminé par une assurance sociale était problématique et pouvait conduire à des résultats injustes. Selon lui, il faut considérer le fait que la personne assurée qui se trouve dans une procédure d'AI n'a en principe aucun intérêt légitime à faire valoir un degré d'invalidité inférieur voire aucune invalidité. En outre, le degré d'invalidité est constaté sur la base de l'état de faits tel qu'il s'est développé jusqu'au moment de la décision. Ainsi, d'après le Tribunal fédéral, il s'agit de vérifier à titre préjudiciel dans la procédure relative à la législation sur l'assurance-chômage si la capacité de gain de la personne assurée dont le degré d'invalidité fixé ne donne pas droit à une rente s'est améliorée entretemps.

Dans le cas jugé par le Tribunal fédéral, l'assuré a toujours affirmé qu'il s'était remis de ses problèmes de santé depuis la décision de l'office AI, qu'il se sentait pleinement apte à travailler, qu'il était motivé, et qu'il était convaincu de pouvoir travailler à 100 %.

Au final, le Tribunal fédéral a renvoyé l'affaire à l'administration pour qu'elle procède à des éclaircissements.

### Signification de cet arrêt pour l'exécution

Le principe selon lequel, d'après l'art. 40b, OACI, il faut procéder à une réduction du gain assuré même lorsque le degré d'invalidité ne donne pas droit à une rente reste applicable. Le Tribunal fédéral ne remet pas cette règle en question. Seul un degré d'invalidité de moins de 10 % n'entraîne aucune adaptation du gain assuré. Voir à ce propos le Bulletin LACI IC C26 ss.

Pour que la charge de travail des caisses dans ces cas reste supportable et puisse être mise en œuvre en garantissant la sécurité du droit, nous recommandons de procéder comme il suit.

- Le gain assuré peut tout d'abord être réduit en fonction du degré d'invalidité fixé par l'AI sans procéder à d'autres éclaircissements.
- Ce n'est qu'en cas d'opposition qu'il s'agit de vérifier à titre préjudiciel si la capacité de gain de la personne assurée au moment de la décision de l'office AI s'est véritablement améliorée. Pour procéder à cette vérification, la caisse a besoin d'un certificat médical attestant dans quelle mesure et à quel moment l'assuré a récupéré sa capacité de travail. Le certificat médical a force de preuve s'il établit dans quelle mesure et le moment de la récupération (complète) de la capacité de travail.
- Si le comportement de l'assuré n'est pas en contradiction avec le certificat médical, autrement dit si l'assuré se tient effectivement à disposition pour être placé dans le marché du travail dans la mesure indiquée sur le certificat et le prouve par ses recherches d'emploi, il est possible d'accepter l'opposition et renoncer à la réduction du gain assuré.
- Dans ces cas, ordonner un examen par un médecin de confiance n'est pas approprié. Cela ne ferait qu'entraîner des coûts supplémentaires inutiles. L'office AI ne sera d'aucune utilité, vu qu'il n'aura évalué l'état de santé de l'assuré que jusqu'au moment de sa décision.
- La mise en œuvre de l'art. 40b, OACI (principe et exception) relève de la compétence des caisses. Cela signifie dit il n'est, en principe, pas nécessaire de transmettre le cas à l'autorité cantonale conformément à l'art. 81, al. 2, LACI. La caisse procède non seulement à la réduction du gain assuré, mais doit aussi, en cas d'opposition contre la décision de réduire le gain assuré, examiner et évaluer si une exception au principe telle que celle décrite dans la jurisprudence susmentionnée peut être acceptée en vertu du droit de la preuve.

On peut renoncer sans autre éclaircissement à réduire le gain assuré lorsque, après la décision de l'office AI quant à l'invalidité, la personne assurée a exercé dans une

plus grande mesure une activité lucrative soumise à cotisation suffisante et se met à la disposition du service public de l'emploi en conséquence. La personne a ainsi prouvé son aptitude au placement grâce à l'activité lucrative exercée après la survenue de son handicap.

### **Jurisprudence**

- C 79/06 du 18.07.2007

## Gain assuré – Prise en compte des gratifications pour ancienneté de service et des primes de fidélité

Art. 23, LACI, Bulletin LACI IC C2

### Arrêt du Tribunal fédéral (ATF) 8C\_902/2017 du 12.06.2018

Dans son arrêt 8C\_902/2017 du 12.06.2018, le Tribunal fédéral examine la question de savoir si les gratifications pour ancienneté de service et les primes de fidélité doivent être prises en compte dans le gain assuré. Il affirme que de tels suppléments doivent toujours être inclus dans le gain assuré lorsqu'il s'agit d'allocations convenues par contrat, effectivement et régulièrement versées.

Les gratifications pour ancienneté de service et les primes de fidélité sont aussi considérées comme normalement obtenues, même lorsqu'elles sont versées à intervalles éloignés. Le montant est réparti proportionnellement sur toute la durée de l'activité à l'origine du supplément. Par exemple, pour une prime de fidélité versée après cinq années de service, la part mensuelle à prendre en considération dans le gain assuré est de 1/60.

#### ⇒ Exemple

Une collaboratrice reçoit à la fin mars une prime de fidélité correspondant à un mois de salaire de 8'000 francs pour cinq années de service (60 mois). Elle est licenciée pour la fin du mois de juin de la même année. Durant les douze mois d'activité, elle a reçu le même salaire mensuel de 8'666 francs, part du treizième mois de salaire comprise.

Le gain assuré est calculé sur la base de la période de référence la plus avantageuse pour l'assurée, soit les douze derniers mois. Pour les trois derniers mois de travail (avril à juin), le montant de 8'666 francs est déterminant. Pour les neuf mois de travail qui précèdent ces trois mois, 1/60 de la prime (133 francs) peut encore être ajouté par mois. Le gain assuré se monte donc à 8'766 francs (neuf mois x 8'799 francs et trois mois x 8'666 francs, divisé par douze mois).

D'après l'ATF, l'expression « régulièrement versées » utilisée à l'art. 23, al. 1, LACI doit être comprise en ce sens que l'allocation est toujours due lorsque l'événement correspondant survient ou le nombre d'années de service exigé dans l'entreprise est atteint. Ainsi, même une gratification pour ancienneté de service ou une prime de



fidélité unique, versée pour vingt années de service par exemple, doit être prise en compte dans le gain assuré si cette allocation est « régulièrement versée » à tous les collaborateurs qui atteignent le nombre d'années de service requis. Dans cet exemple de gratification pour ancienneté de service unique pour vingt ans de service, le montant à imputer est de 1/240 de la prestation.

Par contre, le Tribunal fédéral explique dans son arrêt que les primes uniques spéciales, versées uniquement dans des situations bien précises, ne doivent pas être considérées comme faisant partie du salaire normalement obtenu. Il donne en exemple celui d'un « bonus de présence » (prime de disponibilité) correspondant à trois mois de salaire, versé une seule fois lors de la cessation des activités de l'entreprise.

### **Primes en nature non soumises à cotisation**

Les gratifications pour ancienneté de service et les primes de fidélité octroyées sous la forme de primes en nature, par exemple des jours de vacances supplémentaires, ne sont pas prises en compte dans le gain assuré.

### **Correction de l'Audit Letter 2015/2 « Suppléments et gain assuré »**

Le Bulletin LACI IC C2 a été adapté au 01.01.2019 sur la base de la nouvelle jurisprudence du Tribunal fédéral. Le présent article corrige donc le dernier paragraphe « Gratifications pour ancienneté de service et primes de fidélité » de l'article « Suppléments et gain assuré » de l'Audit Letter 2015/2.

### **Jurisprudence**

- 8C\_902/2017 du 12.06.2018

## Abandon de la position assimilable à celle de l'employeur dans l'entreprise avant la survenue de l'insolvabilité

Art. 51, al. 2, LACI, Bulletin LACI ICI B10

### Situation

Les personnes qui fixent les décisions que prend l'employeur ou peuvent les influencer considérablement en qualité d'associé, de membre d'un organe dirigeant de l'entreprise ou encore de détenteur d'une participation financière à l'entreprise n'ont pas droit à l'ICI. Il en va de même des conjoints de ces personnes lorsqu'ils sont occupés dans la même entreprise (Bulletin LACI ICI, B10).

### Pas de droit à l'ICI lorsque l'influence considérable prend fin peu avant la survenue de l'insolvabilité

En cas d'abandon définitif de la position assimilable à celle de l'employeur, la personne concernée n'a pas droit à l'ICI, même pour des arriérés de salaire survenant a posteriori, si l'entreprise connaissait déjà des difficultés financières au moment où la personne exerçait encore une influence considérable dans l'entreprise. Cette situation est susceptible de se produire lorsqu'une brève période s'écoule entre la fin de la position assimilable à celle de l'employeur et la survenue de l'insolvabilité, ou lorsque la personne concernée fait face à des arriérés de salaire déjà pendant la période où elle exerce une influence considérable.

Il n'est malheureusement pas possible de définir exactement combien de temps doit s'écouler entre la fin de l'influence considérable et la survenue de l'insolvabilité pour considérer que les conditions du droit à l'indemnité ne sont pas remplies. Toutefois, la jurisprudence du Tribunal fédéral permet de faire quelques déductions. Ci-après des exemples tirés d'arrêts du Tribunal fédéral.

#### ⇒ Exemple 1

Une procédure de faillite est ouverte le 20 avril contre la société G SA. En raison d'arriérés de salaire, Mme H demande l'indemnité en cas d'insolvabilité pour les mois de mars et avril. Elle s'était retirée du conseil d'administration le 1<sup>er</sup> mars.

L'influence considérable de Mme H a pris fin moins de deux mois avant l'ouverture de la procédure de faillite. La faillite est donc due à des motifs dont la plaignante est coresponsable. Mme H n'a donc pas droit à l'ICI.

⇒ Exemple 2

M. G se retire du conseil d'administration de la société Y SA le 14 février, mais y reste employé jusqu'à la fin du mois de juin. À partir de mars, il ne reçoit plus de salaire en raison de problèmes de liquidités que l'entreprise rencontre. Le 17 août, la société Y SA est mise en faillite.

Le seul fait que le salaire n'est déjà plus versé le mois qui suit le retrait de M. G du conseil d'administration permet de conclure que la société rencontrait déjà des problèmes financiers au moment du retrait de M. G du conseil d'administration. M. G ne reçoit donc aucune ICI.

⇒ Exemple 3

L'influence considérable de M. W dans l'entreprise A SA a pris fin avec son retrait du conseil d'administration neuf mois avant l'ouverture de la procédure de faillite contre cette entreprise. Jusqu'à la faillite, M. W était sous rapport de travail avec l'entreprise A SA, mais n'a plus reçu de salaire pendant les trois mois précédant la faillite. Les documents disponibles ne donnent aucun indice quant à savoir si A SA faisait déjà face à une incapacité de paiement au moment où M. W siégeait encore au conseil d'administration.

M. W a donc droit à l'ICI pour les arriérés de salaire des derniers mois avant la fin de son rapport de travail.

⇒ Exemple 4

M. M, président et délégué du conseil d'administration de la société N SA, démissionne avec effet immédiat le 14 juin, en raison d'arriérés de salaire et met fin à son mandat au sein du conseil d'administration. Le 14 décembre de la même année, une procédure de faillite s'ouvre contre la société N SA. M. M demande l'ICI pour les arriérés de salaire de janvier à juin.

Étant donné que M. M n'a déjà pas reçu de salaire pendant son mandat au conseil d'administration, on peut déduire que la société connaissait des difficultés financières à cette période déjà, que ces difficultés ont continué même après que M. M ait quitté le conseil d'administration et qu'elles ont entraîné la faillite de la société. Dans cette situation, M. M n'a pas droit à l'ICI même si six mois se sont écoulés entre la fin de l'influence considérable et l'ouverture de la procédure de faillite.

**Jurisprudence**

- ATF 126 V 134
- C 59/03 du 02.07.2003
- C 25/04 du 30.08.2004
- C 67/05 du 25.04.2005 (non publié)
- 8C\_705/2007 du 06.05.2007
- 8C\_506/2009 du 26.08.2009

## Impressum

---

### **Publication :**

Centre de prestations Marché du travail et assurance-chômage

Secrétariat d'État à l'économie

Département fédéral de l'économie de la formation et de la recherche DEFR

### **Rédaction :**

Charles Lauber, secteur Service de révision TCRD

### **Conception et mise en page :**

Daniela Schärer, secteur Service de révision TCRD

[tc-revisionsdienst@seco.admin.ch](mailto:tc-revisionsdienst@seco.admin.ch)