

**COUR DES ASSURANCES SOCIALES**

---

---

Arrêt du 2 juillet 2009

---

Présidence de       Mme    THALMANN  
Juges   :       Mmes   Lanz Pleines et Di Ferro Demierre  
Greffier :       Mme Vuagniaux

\* \* \* \* \*

Cause pendante entre :

**S.** \_\_\_\_\_, à Blonay, recourant, représenté par Me Eric Kaltenrieder, avocat  
à Yverdon-les-Bains,

et

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

---

**Art. 11 et 11a LACI; 10a et 10b OACI**

**E n f a i t :**

**A.** S.\_\_\_\_\_, né en 1954, a travaillé pour le compte l'entreprise N.\_\_\_\_\_ dès le 1<sup>er</sup> août 1981. Selon la convention signée par les deux parties le 24 septembre 2007, l'employeur a mis fin aux rapports de travail avec l'intéressé au 31 janvier 2008 et s'est engagé à lui verser une indemnité de départ de 300'000 fr. en reconnaissance des nombreuses années de service passées au sein la société.

A la fin des rapports de travail, l'assuré touchait un salaire mensuel de 15'210 fr., payable treize fois l'an.

L'assuré a fait valoir les prestations de l'assurance-chômage et un délai-cadre d'indemnisation lui a été ouvert du 1<sup>er</sup> février 2008 au 31 janvier 2010.

Par décision du 29 février 2008, confirmée sur opposition le 6 juin 2008, la caisse a informé l'assuré qu'elle reportait le premier jour de son droit au prestations au 17 décembre 2008. En effet, comme son employeur lui a versé des prestations volontaires à hauteur de 174'000 fr. (soit 300'000 fr. - 126'000 fr. en tant que montant maximum déductible au sens de la législation AVS), la perte de travail non prise en considération est de 10 mois et 12 jours ouvrables (soit 174'000 fr. / salaire mensuel de 16'478). La caisse précise qu'un second montant de 79'560 fr. est déductible de l'indemnité de départ, mais pour autant qu'elle reçoive la confirmation que celui-ci a été versé à une institution de prévoyance (deuxième pilier), ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

**B.** Le 3 juillet 2008, S.\_\_\_\_\_ a recouru contre la décision sur opposition du 6 juin 2008 par l'entremise de son conseil Eric Kaltenrieder, avocat à Yverdon-les-Bains, en concluant principalement au droit aux indemnités de chômage à partir du 1<sup>er</sup> février 2008 et, subsidiairement, à partir d'une date antérieure fixée à dire de justice. Etant donné qu'il avait un droit légal à l'indemnité de 300'000 fr. en raison des longs rapports de

travail qui l'ont lié avec son employeur (art. 339b CO), le recourant estime que le caractère volontaire de la prestation tel que l'entend l'art. 10a LACI (loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, RS 837.0) fait défaut. C'est d'ailleurs ce qu'expose la jurisprudence du Tribunal administratif (arrêt PS.2007.0087 du 27 septembre 2007). Si, par impossible, l'indemnité de 300'000 fr. devait être considérée comme une prestation volontaire, le recourant relève qu'il ne peut pas se constituer de prévoyance professionnelle aussi longtemps qu'il ne sera pas certain de pouvoir compter sur des indemnités de chômage servies plus tôt que le 17 décembre 2008. Enfin, il estime que la caisse aurait expressément dû lui indiquer qu'elle reverrait sa position une fois la prévoyance constituée.

Par lettre du 11 juillet 2008, la caisse s'est déclarée prête à déduire la somme de 79'560 fr., soit le maximum du salaire coordonné de l'art. 8 LPP (loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, RS 831.40), pour autant que l'assuré apporte la preuve du versement de ce montant à l'institution de prévoyance concernée. La caisse répète que ce montant de 79'560 fr. est déductible uniquement s'il est versé à une institution de prévoyance LPP (deuxième pilier) et non pas dans le cadre de la constitution d'un troisième pilier.

Dans sa réponse du 13 août 2008, la caisse a maintenu que l'indemnité de départ devait être considérée comme prestation volontaire et que la déduction de 79'560 fr. serait effectuée si l'intéressé se constituait rapidement un deuxième pilier.

Le 23 janvier 2009, le recourant a indiqué que les caisses de pension de N. \_\_\_\_\_ et de libre passage l'avaient informé qu'il ne pouvait racheter des années de prévoyance, car il n'en avait pas fait la demande pendant les rapports de travail.

**E n d r o i t :**

**1.** Interjeté dans le délai légal de trente jours dès la notification de la décision litigieuse, le recours est au surplus recevable en la forme (art. 60 al. 1 LPGA [loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales, RS 830.1]).

**2.** Aux termes de la disposition transitoire de l'art. 117 al. 1 LPA-VD (loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative, RSV 173.36), en vigueur dès le 1<sup>er</sup> janvier 2009, les causes pendantes devant les autorités administratives et de justice administratives à l'entrée en vigueur de la présente loi, sont traitées selon cette dernière.

La Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, qui succède au Tribunal des assurances, est compétente pour statuer (art. 93 al. 1 let. a LPA-VD).

**3.** Le litige porte sur la question de savoir si l'indemnité de 300'000 fr. perçue par le recourant à titre d'indemnité en raison de longs rapports de travail (art. 339b al. 1 CO) constitue une prestation volontaire de l'employeur au sens de l'art. 11a LACI et quelles sommes peuvent être déduites de ce montant et à quel titre, avant le calcul de la perte de travail ne pouvant pas être prise considération.

**4.** Aux termes l'art. 11a al. 1 LACI, la perte de travail n'est pas prise en considération tant que des prestations volontaires versées par l'employeur couvrent la perte de revenu résultant de la résiliation des rapports de travail.

L'art. 10a OACI (ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, RS 837.02) dispose que sont réputées prestations volontaires de l'employeur 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, lequel dispose 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.

Selon Rubin (Assurance-chômage, 2<sup>ème</sup> éd., Schulthess 2006, p. 165), les prestations volontaires sont 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. Sont aussi considérées comme des prestations volontaires celles versées dans le cadre d'un plan social ou en vertu de l'art. 339b CO, celles versées en faveur des personnes en difficulté financière ainsi que les indemnités de départ prévues par les conventions collectives de travail.

De même, le ch. B123 de la Circulaire relative à l'indemnité de chômage (ci-après : IC) établie par le Secrétariat d'Etat à l'économie (ci-après : SECO), prévoit que sont réputées prestations volontaires toutes les indemnités énumérées à l'art. 11 al. 3 LACI, hormis les prétentions de salaire et d'indemnisation, qu'elles soient ou non considérées comme salaire déterminant au sens de la législation sur l'AVS. Les prestations versées dans le cadre d'un plan social ou au titre de l'art. 339b CO, les prestations en faveur des personnes en difficulté financière, les indemnités de départ prévues par les CCT ou les indemnités en capital versées spontanément à la résiliation des rapports de travail sont considérées comme des prestations volontaires.

En sa qualité d'autorité de surveillance, le SECO s'emploie à assurer une application uniforme du droit et à donner aux organes d'exécution les instructions nécessaires à l'application de la loi (art. 110 LACI). La circulaire relative à l'indemnité de chômage a pour but de faciliter le travail des organes d'exécution.

Sans se prononcer sur la validité de directives émises par l'administration - ne constituant pas des décisions, elles ne peuvent être attaquées en tant que telles -, le juge en contrôle librement la

constitutionnalité et la légalité à l'occasion de l'examen d'un cas concret. Il ne s'en écarte toutefois que dans la mesure où elles établissent des normes qui ne sont pas conformes aux dispositions légales applicables (ATF 118 V 131 consid. 3a; 117 V 284 consid. 4c; 116 V 19 consid. 3c; 114 V 15 consid. 1c; 113 V 21; 110 V 267; 107 V 155 consid. 2b; voir aussi ATF Ib 225 consid. 4b).

Le ch. B123 IC n'est pas contraire au droit fédéral et il n'y a pas lieu de s'en écarter. L'indemnité versée par l'employeur au recourant constitue ainsi une prestation volontaire.

**5.** Selon l'art. 11a al. 2 LACI, les prestations volontaires de l'employeur ne sont prises en compte que pour la part qui dépasse le montant maximum visé à l'art. 3 al. 2 (soit 126'000 fr. par renvoi à l'art. 22 al. 1 OLAA [ordonnance du 20 décembre 1982 sur l'assurance-accidents, RS 832.202]). L'alinéa 3 dispose que le Conseil fédéral règle les exceptions lorsque les prestations volontaires sont affectées à la prévoyance professionnelle. Cet alinéa a été ajouté au projet afin que les prestations volontaires versées à la prévoyance professionnelle obligatoire ne soient pas imputées, le Conseil fédéral réglant les exceptions lorsque les prestations volontaires sont affectées par les employeurs à la prévoyance professionnelle ou lorsque les assurés les affectent eux-mêmes au deuxième pilier (Message concernant la révision de la loi sur l'assurance-chômage du 28 février 2001 pp. 2146 et 2157).

Faisant usage de la délégation de compétence de l'art. 11a al. 3 LACI, le Conseil fédéral a édicté l'art. 10b OACI selon lequel les montants affectés à la prévoyance professionnelle sont déduits des prestations volontaires à prendre en compte selon l'art. 11a al. 2 LACI jusqu'à concurrence du montant maximum du salaire coordonné fixé à l'art. 8 al. 1 LPP (soit 79'560 fr. jusqu'au 31 décembre 2008).

Une double déduction est ainsi possible sur la prestation volontaire : 126'000 fr. au titre de montant maximum du gain assuré et 79'560 fr. au titre de montant devant être affecté à la prévoyance

professionnelle, pour autant qu'il s'agisse du deuxième pilier (Rubin, op. cit., p. 165).

Dans le cas particulier, le recourant a admis qu'il ne lui était pas possible de racheter des années de prévoyance, car il aurait dû faire le nécessaire pendant les rapports de travail. La constitution d'une prévoyance de troisième pilier n'étant pas prévue par la loi, elle ne saurait donner lieu à déduction.

La prestation volontaire à prendre en compte est dès lors la suivante :

Prestation 300'000 - 126'000 = 174'000 fr.

Salaire : 15'210 fr. x 13 = 197'730 / 12 = 16'478 fr. arrondi.

174'000 / 16'478 = 10.560 mois

Conversion de 0,560 mois en jours ouvrables : 12 (0,560 x 30 / 1,4; cf. IC 2007 B127 in fine).

**6.** Il résulte des considérants qui précèdent que le recours doit être rejeté et la décision attaquée confirmée.

**7.** La procédure étant gratuite (art. 61 let. a LPGA), il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires. Il n'est pas alloué de dépens (art. 55 LPA-VD).

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

**I.** Le recours est rejeté.

**II.** La décision attaquée est confirmée.

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

La présidente :

La greffière :

**Du**

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

- Me Eric Kaltenrieder, avocat (pour S. \_\_\_\_\_)
- Caisse cantonale de chômage, Division technique et juridique
- Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO)

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 :