Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}

8C 449/2012

Arrêt du 19 juin 2013

Ire Cour de droit social

Composition
Mmes et MM. les Juges fédéraux Leuzinger, Présidente, Ursprung, Frésard, Maillard et Heine.
Greffier: M. Beauverd.

Participants à la procédure
Z._____,
représenté par Me Amandine Torrent, avocate,
recourant,

contre

Caisse cantonale vaudoise de chômage, Division juridique, rue Caroline 9bis, 1014 Lausanne Adm cant VD,
intimée.

Objet
Assurance-chômage (indemnité de chômage; perte de travail à prendre en considération),

recours contre le jugement de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal du canton de Vaud du 17 avril 2012.

Faits:

A.
Z._____, né en 1969, a travaillé en qualité d'officier professionnel au service du Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports (DDPS) du 1 er juillet 1991 au 31 août 2010, date à laquelle il a résilié son contrat de travail.
Il a requis des prestations de l'assurance-chômage à partir du 1 er septembre 2010. Dans sa demande, il a indiqué avoir perçu, outre le salaire dû, un montant en capital de 254'253 fr. 10. L'employeur a attesté que ce montant avait été versé au titre d'indemnité en cas de cessation des rapports de travail avant l'âge ouvrant droit à la préretraite.
Par décision du 27 septembre 2010, confirmée sur opposition le 22 mars 2011, la Caisse cantonale de chômage du canton de Vaud (ci-après: la caisse) a différé le début du droit à l'indemnité de chômage au 19 mai 2011. En résumé, elle a considéré que le montant en capital perçu par l'assuré constituait une prestation volontaire de l'employeur en cas de résiliation des rapports de travail au sens de l'art. 11a LACI. Aussi a-t-elle retenu que la perte de travail ne devait pas être prise en considération aussi longtemps que la part du capital perçu qui excédait le montant maximum du gain assuré dans l'assurance-accidents obligatoire - soit 126'000 fr. en 2010 - couvrait la perte de revenu découlant de la résiliation des rapports de travail.

B.
Saisie d'un recours de l'assuré qui concluait à l'octroi de l'indemnité de chômage à partir du 1 er septembre

2010, la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal du canton de Vaud l'a rejeté par jugement du 17 avril 2012.

C.
Z._____ forme un recours en matière de droit public contre ce jugement en concluant, sous suite de frais et dépens, à l'octroi de l'indemnité de chômage dès le 1 er septembre 2010. Subsidiairement, il demande l'annulation du jugement attaqué et le renvoi de la cause à la juridiction cantonale pour nouvelle décision.
La caisse intimée s'en remet à justice tout en indiquant confirmer son point de vue selon lequel le montant en capital perçu entraîne un report du délai-cadre d'indemnisation.
La juridiction cantonale et le Secrétariat d'Etat à l'économie (Seco) ont renoncé à présenter des déterminations.

Considérant en droit:

1.
Le recours est dirigé contre un arrêt final (art. 90 LTF) rendu en matière de droit public (art. 82 ss LTF) par une autorité cantonale de dernière instance (art. 86 al. 1 let. d LTF). Il a été déposé dans le délai (art. 100 LTF) et la forme (art. 42 LTF) prévus par la loi. Il est donc recevable.

2.
Le litige porte sur le point de savoir si la caisse intimée était fondée, par sa décision sur opposition du 22 mars 2011, à différer le début du droit à l'indemnité de chômage au 19 mai 2011, motif pris que le recourant ne subissait pas, jusqu'à cette date, une perte de travail à prendre en considération, dans la mesure où la part à prendre en compte du montant en capital versé par l'employeur couvrait durant la période du 1 er septembre 2010 au 19 mai 2011 la perte de revenu découlant de la résiliation des rapports de travail.

3.

3.1. L'assuré a droit à l'indemnité de chômage si, entre autres conditions, il subit une perte de travail à prendre en considération (art. 8 al. 1 let. b LACI). Il y a lieu de prendre en considération la perte de travail lorsqu'elle se traduit par un manque à gagner et dure au moins deux journées de travail consécutives (art. 11 al. 1 LACI).
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 (art. 11 al. 3 LACI). En outre, l'art. 11a LACI dispose que 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 (al. 1); ces prestations ne sont toutefois prises en compte que pour la part qui dépasse le montant maximum visé à l'art. 3 al. 2 LACI (al. 2), à savoir le montant maximum du gain assuré dans l'assurance-accidents obligatoire fixé à l'art. 22 al. 1 OLAA (126'000 fr. depuis le 1 er janvier 2008). Par prestations volontaires de l'employeur au sens de l'art. 11a LACI, il faut entendre les prestations allouées en cas de résiliation de rapports de travail régis par le droit privé ou par le droit public qui ne constituent pas des prétentions de salaire ou d'indemnités selon l'art. 11 al. 3 LACI (art. 10a OACI). Enfin, les montants affectés à la prévoyance professionnelle sont déduits des prestations volontaires de l'employeur à prendre en compte selon l'art. 11a al. 2 LACI jusqu'à concurrence du montant limite
supérieur fixé à l'art. 8 al. 1 LPP (art. 10b OACI).

3.2. Selon l'art. 34 al. 1 OPers, dans sa version applicable depuis le 1 er janvier 2010, l'autorité compétente peut accorder un congé de préretraite avant la fin des rapports de travail aux employés qui remplissent à l'âge de 58 ans les conditions fixées à l'art. 88g al. 1 let. a ou b OPers, à savoir les officiers et sous-officiers de carrière, à l'exception des officiers généraux, des officiers de carrière spécialistes et des sous-officiers de carrière spécialistes ayant exercé leur fonction pendant dix ans au moins après l'accomplissement de la formation de base, les années passées dans la fonction d'officier de carrière spécialiste ou de sous-officier de carrière spécialiste n'étant pas prises en compte. Les employés en congé de préretraite ont droit au salaire entier, ainsi qu'aux allocations non limitées dans le temps et assurées selon les art. 15 et 16 LPers (versement du salaire) jusqu'à la fin des rapports de travail; pendant le versement du salaire, l'autorité compétente et l'employé continuent

à verser leurs cotisations légales aux assurances sociales et les contributions réglementaires dues à PUBLICA (art. 34a al. 1 OPers, dans sa teneur valable dès le 1 er janvier 2010).
L'art. 34a al. 3 OPers règle l'éventualité où l'employé qui remplit les conditions fixées à l'art. 88g al. 1 let. a OPers quitte sa fonction avant le début du congé de préretraite. Dans ce cas, il reçoit, pour chaque année de service accomplie dans cette fonction à partir de la fin de la formation de base spécifique pour la fonction, un trente-troisième du salaire auquel il a droit selon l'art. 34a al. 1 pour la durée maximale du congé de préretraite. En cas de cessation des rapports de travail avant l'âge de la retraite, le montant ainsi calculé est versé en espèces directement à l'employé (art. 34a al. 3 let. b OPers).

3.3. En l'espèce, le recourant a bénéficié du régime prévu à l'art. 34a al. 3 let. b OPers en sa qualité d'officier de carrière ayant exercé sa fonction pendant dix ans au moins après l'accomplissement de la formation de base, le montant de 254'253 fr. 10 dû à ce titre lui ayant été versé directement en espèces par l'employeur.

4.
Se fondant sur une prise de position du Seco du 8 mars 2011, la caisse intimée a considéré que ce montant en capital constituait une prestation volontaire de l'employeur en cas de résiliation des rapports de travail au sens de l'art. 11a LACI. Conformément à l'alinéa 2 de cette disposition légale, elle a pris en compte cette prestation seulement jusqu'à concurrence de la part dépassant le montant maximum du gain assuré dans l'assurance-accidents obligatoire (art. 3 al. 2 LACI en liaison avec l'art. 22 al. 1 OLAA), à savoir 128'253 fr. 10 (254'253 fr. 10 - 126'000 fr.). Ce montant correspondant à 8 mois et 13 jours de salaire pour la période suivant la résiliation des rapports de travail, la caisse a considéré que l'assuré ne subissait pas de perte de travail à prendre en considération avant le 19 mai 2011 et elle a reporté d'autant le début du droit à l'indemnité de chômage.
La juridiction cantonale a confirmé cette décision. Se fondant sur l'opinion de BORIS RUBIN (Assurance-chômage, 2 ème éd. 2006, p. 165), elle a considéré que les prestations volontaires de l'employeur au sens de l'art. 11a LACI comprenaient notamment les indemnités versées dans le cadre d'un plan social, les indemnités dues par l'employeur en raison de longs rapports de travail (art. 339b CO) et les indemnités de départ prévues par les conventions collectives de travail. Aussi la juridiction cantonale a-t-elle retenu que la prestation en espèces versée par l'employeur en vertu de l'art. 34a al. 3 let. b OPers ne devait pas être traitée différemment de l'indemnité pour longs rapports de travail prévue par l'art. 339b CO et qu'il fallait donc la considérer comme une prestation volontaire de l'employeur au sens de l'art. 11a LACI.

5.

5.1. Par un premier moyen, le recourant invoque une violation de l'art. 11a al. 1 LACI par la juridiction cantonale qui a retenu que la prestation en espèces reçue lors de la résiliation des rapports de travail constituait une prestation volontaire de l'employeur. Selon l'intéressé, l'art. 34a al. 3 let. b OPers impose une obligation à l'employeur, ce qui a pour corollaire que l'employé est titulaire d'un droit à une indemnité qui n'est négociable ni dans son principe ni quant à son montant et le caractère volontaire doit être nié.

5.2. Le point de savoir si la notion de prestation volontaire de l'employeur au sens de l'art. 11a LACI englobe des indemnités de départ qui découlent d'une obligation de l'employeur est controversé dans la doctrine. Ainsi RUBIN (op. cit. p. 165) est d'avis que l'art. 11a LACI vise notamment les indemnités versées obligatoirement par l'employeur en raison de longs rapports de travail (art. 339b CO en liaison avec l'art. 362 CO). De leur côté, THOMAS NUSSBAUMER (Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, 2 ème éd. 2007, n. 168 p. 2229) et VINCENT CARRON (Fin des rapports de travail et droit aux indemnités de chômage; retraite anticipée et prestations volontaires de l'employeur, in: Panorama en droit du travail, Rémy Wyler [éd.], Berne 2009, p. 681 s.) sont d'avis que les prestations visées à l'art. 11a LACI ne peuvent avoir leur source dans la loi. Ils considèrent notamment comme des prestations volontaires de l'employeur les indemnités versées dans le cadre d'un plan social, les primes de départ prévues contractuellement, ainsi que les prestations allouées à des personnes en difficulté financière.

5.3. En l'occurrence, il n'est toutefois pas nécessaire de trancher cette controverse étant donné la nature de la prestation en espèces versée par l'employeur en vertu de l'art. 34a al. 3 let. b OPers.

5.3.1. L'art. 10a OACI donne une définition négative des prestations volontaires de l'employeur en cas de résiliation des rapports de travail, en ce sens que sont considérées comme telles les prestations qui ne constituent pas des prétentions de salaire ou des indemnités selon l'art. 11 al. 3 LACI, à savoir des indemnités pour cause de résiliation anticipée des rapports de travail.
Les notions de prétention de salaire et d'indemnité pour cause de résiliation anticipée recouvrent en principe celle de salaire déterminant au sens de la législation sur l'assurance-vieillesse et survivants. A la prétention de salaire courante est assimilé le salaire qui a été effectivement payé à l'assuré lors de l'abandon de son activité pour la perte de travail subséquente (ATF 128 V 176 consid. 3a p. 179; 126 V 390 consid. 5a p. 391). Le salaire déterminant comprend non seulement la rémunération versée pour un travail effectué mais en principe également toute autre indemnité ou rétribution en relation avec les rapports de travail, pour autant que ces allocations ne soient pas franches de cotisation en vertu de dispositions légales expresses (ATF 133 V 153 consid. 3.1 p. 156; 556 consid. 4 p. 558; 128 V 176 consid. 3c p. 180, et les références).

5.3.2. Ont droit au paiement d'une prestation en espèces au sens de l'art. 34a al. 3 let. b OPers les employés qui remplissent les conditions personnelles et matérielles du droit au congé de préretraite selon l'art. 34 OPers, mais qui quittent leur fonction avant le début du congé de préretraite fixé à l'âge de 58 ans ou 60 ans en fonction des conditions personnelles (cf. art. 34 al. 2 OPers). L'art. 34 OPers a été édicté par le Conseil fédéral en vertu de la délégation de compétence prévue à l'art. 31 al. 5 LPers. Cette disposition légale fournit la base pour prévoir dans les dispositions d'exécution des prestations de l'employeur en cas de mise à la retraite anticipée, à l'exclusion des prestations éventuelles provenant de la prévoyance professionnelle (voir le message du Conseil fédéral concernant la loi sur le personnel de la Confédération [LPers]du 14 décembre 1998, FF 1999 II p. 1447 au sujet de l'art. 27 al. 6 du projet qui est devenu l'art. 31 al. 5 LPers). Pendant la durée de la préretraite (36 mois ou 12 mois; cf. art. 34 al. 2 OPers), l'employé est libéré de son activité et a droit au salaire entier, aux allocations prévues aux art. 15 et 16 LPers, ainsi qu'au paiement par l'employeur de sa part de contribution aux assurances sociales et à PUBLICA (art. 34a al. 1 OPers).
Ainsi, dans la mesure où elle a pour but de compenser, pour les employés qui quittent leur fonction avant d'atteindre l'âge légal, la perte des avantages économiques découlant de la préretraite, la prestation en espèces versée par l'employeur en vertu de l'art. 34a al. 3 let. b OPers constitue une indemnité pour cause de résiliation anticipée des rapports de travail (art. 11 al. 3 LACI). Par conséquent, elle n'est pas une prestation volontaire de l'employeur au sens de l'art. 11a LACI (cf. art. 10a OACI).

5.4.

5.4.1. L'art. 11 al. 3 LACI ne vise que les prétentions dues pour la période pendant laquelle l'assuré est au chômage et les autres conditions du droit à l'indemnité de chômage sont réalisées, ce qui exclut les prétentions de salaire arriéré et les indemnités dus pour la durée des rapports de travail effectifs (DTA 2002 n. 32 p. 235, C 36/00, consid. 2b; NUSSBAUMER, op. cit., n. 175 p. 2231), comme non seulement la rémunération des heures supplémentaires accomplies, mais également le droit à un 13 ème mois de salaire ou un bonus promis pour la durée de l'activité effective (ALFRED BLESI, Abgangsentschädigungen des Arbeitsgebers: Ungereimtheiten im Arbeitslosenversicherungsrecht, in: DTA 2006 p. 89).
En ce qui concerne le système prévu en cas de préretraite (paiement du salaire sans contre-prestation de l'employé), la jurisprudence considère qu'il diffère fondamentalement de la libération de l'obligation de travailler en droit privé en ce sens qu'il a une origine tout à fait distincte: il constitue au moins en partie une indemnité pour les conditions de travail difficiles subies par les employés concernés durant l'exercice de leur activité professionnelle (ATF 139 V 12 consid. 6.2 p. 18 s.). Pour ce qui a trait plus particulièrement aux officiers et sous-officiers de carrière de l'armée, le versement sous la forme d'une prestation en espèces d'une fraction du salaire auquel ils auraient eu droit pendant le congé de préretraite sert à indemniser le travail du dimanche, le travail de nuit et les heures supplémentaires qui ont été fournis mais pas rémunérés (information du Département fédéral des finances [DFF]sur la modification de l'ordonnance sur le personnel de la Confédération du 11 juin 2010; http://www.efd.admin.ch / dokumentation/medieninformationen/00467/index.html?lang=fr&msg-id =33628, [consulté le 21 mai 2013]). Ainsi, le paiement du salaire en cas de préretraite selon l'art. 34 OPers et le versement d'une prestation en espèces au sens de l'art. 34a al. 3 let. b OPers ont ceci en commun qu'ils ser-

vent à indemniser des tâches accomplies et des inconvénients subis par l'employé durant la période d'activité effective. C'est d'ailleurs ce qui a incité le Conseil fédéral à maintenir la prestation en espèces en faveur des officiers et sous-officiers de carrière de l'armée, alors qu'il l'a supprimée pour les personnes incorporées dans le Corps des gardes-frontières au motif qu'elles étaient, quant à elles, rémunérées pour le travail du dimanche, le travail de nuit, ainsi que les heures supplémentaires (cf. information du DFF déjà citée).

5.4.2. Les employés bénéficiant du paiement du salaire en cas de préretraite selon l'art. 34 OPers n'ont toutefois pas droit à l'indemnité de chômage pendant cette période, puisqu'ils ne sont pas sans emploi ni partiellement sans emploi (art. 8 al. 1 let. a en liaison avec l'art. 10 al. 1 et 2 LACI). Il résulte de cela que le revenu dont ils bénéficient constitue une prétention due pour la période postérieure à la durée des rapports de service effectifs, durant laquelle l'employé fournit un travail contre paiement d'un salaire. C'est pourquoi, dans la mesure où elle a pour but de compenser, pour les employés qui quittent leur fonction avant d'atteindre l'âge légal, la perte des avantages économiques découlant de la préretraite la prestation en espèces représentant une fraction du salaire auquel aurait eu droit l'employé pendant le congé de préretraite (art. 34a al. 3 let. b OPers) constitue une prétention due pour la période pendant laquelle l'assuré est au chômage. Cette indemnité tombe ainsi sous le coup de l'art. 11 al. 3 LACI et son bénéficiaire doit se voir imposer un report de son droit à l'indemnité de chômage en vertu de l'art. 11al. 3 LACI, lorsque les conditions de ce droit sont réalisées.

5.4.3. Vu ce qui précède, la caisse intimée était fondée à différer le début du droit à l'indemnité de chômage. Toutefois, à la différence de ce qui est prévu à l'art. 11a LACI, les indemnités allouées en vertu de l'art. 11 al. 3 LACI sont prises en considération intégralement et non pas seulement pour la part qui dépasse le montant maximum du gain assuré dans l'assurance-accidents obligatoire fixé à l'art. 22 al. 1 OLAA (art. 11a al. 2 LACI). Toutefois, dans la mesure où le Tribunal fédéral ne peut aller au-delà des conclusions des parties (art. 107 al. 1 LTF), il n'y a pas lieu de réformer au détriment du recourant le jugement attaqué qui confirme la décision sur opposition de la caisse intimée différant le début du droit à l'indemnité de chômage au 19 mai 2011. Le recours se révèle ainsi mal fondé.

6.
Le recourant, qui succombe, supportera les frais judiciaires (art. 66 al. 1 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1.
Le recours est rejeté.

2.
Les frais judiciaires, arrêtés à 500 fr., sont mis à la charge du recourant.

3.
Le présent arrêt est communiqué aux parties, à la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal du canton de Vaud et au Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO).

Lucerne, le 19 juin 2013
Au nom de la Ire Cour de droit social
du Tribunal fédéral suisse

La Présidente: Leuzinger

Le Greffier: Beauverd