

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 9 décembre 2009

Présidence de M. ABRECHT
Juges : Mme Dormond Béguelin et M. Berthoud, assesseurs
Greffier : Mme Vuagniaux

Cause pendante entre :

N._____, à Morges, recourant,

et

Caisse cantonale de chômage, Division technique et juridique, à
Lausanne, intimée.

Art. 13 al. 3 LACI, 12 al. 1 et 2 OACI

E n f a i t :

A. N. _____ (ci-après: l'assuré), né le [...], a été employé par E. _____, (ci-après : E. _____) dès le 15 février 2002 en qualité d' [...]. Son dernier salaire mensuel s'élevait à 13'330 francs.

Par demande manuscrite du 11 novembre 2008 à l'adresse de la Fondation de prévoyance en faveur du personnel de E. _____ (ci-après : la Fondation de prévoyance), l'assuré a demandé à pouvoir bénéficier d'une retraite anticipée à partir du 1^{er} décembre 2008.

Le 11 novembre 2008, E. _____ a envoyé à l'assuré un courrier recommandé dont la teneur était la suivante :

« Nous accédons à votre demande de ce jour, et avons pris bonne note qu'au 30 novembre 2008, vous souhaitez cesser votre activité professionnelle et bénéficier d'une retraite anticipée.

Les détails de votre rente vous seront communiqués par lettre séparée de la Fondation de Prévoyance. Nous attirons votre attention sur le fait qu'après la date précitée, vous devrez demander une extension "accidents" à votre assurance maladie.

Par ailleurs, nous saisissons cette opportunité pour vous remercier chaleureusement de toutes ces années durant lesquelles vous avez oeuvré avec engagement et fidélité au sein de notre établissement et nous vous souhaitons d'ores et déjà une agréable et fructueuse retraite.

Vous trouverez ci-dessous, les conditions auxquelles votre départ est soumis :

- Votre dernier jour de travail sera le mardi 11 novembre 2008. Nos relations contractuelles se termineront de fait et de droit le 30 novembre 2008, date à laquelle vous partirez en pré-retraite.

(...)

- Vous toucherez également avec votre salaire de novembre 2008, à bien plaisir, une indemnité de CHF 20'000.--.
- Il a également été décidé de vous offrir un outplacement ».

Par lettre du 14 novembre 2008, la Fondation de prévoyance a confirmé la retraite anticipée de l'assuré dès le 1^{er} décembre 2008, la rente s'élevant dès cette date à 67'632 fr. par année.

B. L'assuré a revendiqué l'allocation d'indemnités de l'assurance-chômage auprès de la Caisse cantonale de chômage (ci-après: la Caisse) à partir du 1^{er} décembre 2008.

Par décision du 18 décembre 2008, en application de l'art. 13 al. 3 LACI (loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, RS 837.0) et de l'art. 12 OACI (ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, RS 837.02), la Caisse a refusé de donner suite à la demande d'indemnités de chômage de l'assuré, au motif que ce dernier avait volontairement donné sa démission pour se mettre à la retraite.

C. L'assuré s'est opposé à cette décision par courrier du 23 décembre 2008, en exposant ce qui suit :

« Le 11 novembre 2008 j'ai été appelé dans le bureau du Directeur informatique pour m'entendre dire qu'il n'avait plus de place pour moi et que j'avais le choix entre être licencié ou au bénéfice d'une rente de 2^{ème} pilier. Il m'a été vivement conseillé par une personne du service du personnel de choisir l'option préretraite car il me suffirait de trouver un 70 % pour arriver à mon salaire que j'avais à la banque. Cela devrait me faciliter la recherche de poste puisque je pourrai prendre des postes moins bien payés en tenant compte de cette préretraite.

J'ai donc choisi l'option préretraite. Je n'ai absolument pas choisi de quitter mon emploi. Cette démarche a été faite par mon employeur et la déclaration faite par celui-ci est complètement fautive. Je répète je n'ai pas choisi de quitter mon emploi, j'ai uniquement choisi la façon de partir.

Si j'avais opté pour la première option, vous en seriez à m'indemniser totalement alors qu'avec cette option il ne vous reste que la différence entre la somme plafonnée et ma préretraite. C'est donc un gain pour la caisse.

La préretraite que je touche ne représente que 33 % de mon salaire annuel. Cela ne me permet de vivre sachant que j'ai déjà un loyer de 2000FS et que je paie 2500FS par mois pour mon fils handicapé moteur cérébral sur une préretraite de 5600FS par mois ».

D. Suite à une demande d'informations complémentaires de la Caisse qui désirait savoir si c'était E. _____ qui avait mis fin au contrat de travail, comme l'affirmait l'assuré, ou si c'était ce dernier qui avait choisi

de partir en retraite anticipée, E._____ a produit le 5 février 2009 les deux documents du 11 novembre 2008 précités.

Constatant que E._____ n'avait pas véritablement répondu à sa question, la Caisse lui a demandé, le 12 février 2009, si elle aurait licencié l'assuré si celui-ci avait refusé la proposition de retraite anticipée. Par courrier du 19 février 2009, E._____ a répondu comme suit :

« Vous n'êtes pas sans savoir que si le volume de nos activités se contractait E._____ adapterait son outil et pourrait prendre des mesures organisationnelles.

Dans ce contexte, nous ne pouvons pas affirmer que Monsieur N._____ n'aurait pas perdu son emploi. Cependant, vous avez en mains la lettre rédigée par Monsieur N._____ le 11 novembre 2008 demandant sa mise à la retraite anticipée et notre accusé de réception ».

E. Par décision sur opposition du 10 mars 2009, la Caisse a rejeté l'opposition de l'assuré et confirmé la décision du 18 décembre 2008, en considérant que celui-ci n'avait pas pu démontrer qu'il avait été contraint de demander une mise à la retraite anticipée.

F. N._____ a recouru contre cette décision sur opposition par acte du 25 mars 2009. Il a fait valoir qu'une préretraite était accordée à trois conditions : le demandeur devait avoir au minimum 58 ans, ce qui était son cas; le demandeur devait avoir dix ans d'ancienneté et donner un préavis de six mois pour le passage à une préretraite, conditions non remplies en l'espèce puisqu'il avait été engagé le 15 février 2002 et qu'il avait déposé sa demande le 11 novembre 2008 pour le 1^{er} décembre 2008. A son avis, dès lors que seule la première de ces trois conditions était remplie, cela prouvait que c'était son employeur qui avait voulu de séparer de lui et non l'inverse. Il a conclu ainsi à la « révision du jugement qui a été établi ».

Dans sa réponse du 24 avril 2009, la Caisse a maintenu sa décision sur opposition en considérant que l'on n'était pas en présence d'une retraite anticipée involontaire, car il n'avait pas pu être prouvé que

le recourant aurait été licencié s'il n'avait pas demandé à pouvoir bénéficier d'une retraite anticipée.

Le 18 mai 2009, le recourant a répliqué que son employeur n'aurait pas décidé de lui offrir les services d'une société d'outplacement s'il était parti volontairement en préretraite. Il a en outre fourni les noms et numéros de téléphones de cinq de ses anciens collègues auxquels le tribunal de céans pouvait demander si sa mise à la retraite anticipée était volontaire ou non.

Dans sa duplique du 16 juin 2009, la Caisse a indiqué qu'elle n'avait aucune observation complémentaire à formuler.

Par courrier du 9 juillet 2009, le recourant a adressé au tribunal de céans une déclaration écrite d'un ancien collègue, M. [...], dont la teneur est la suivante :

« A qui de droit

Je certifie par la présente que mon ancien collègue de E._____, Monsieur N._____, n'était absolument pas désireux de prendre sa retraite mais qu'il y a été poussé par son employeur - à savoir E._____.

Je soussigné, [...], responsable fonctionnel mais non hiérarchique de N._____ au moment de la cessation de son activité à E._____, produit ce certificat à la demande de l'intéressé afin qu'il puisse faire valoir ses droits au chômage ».

N._____ a également produit un courriel de son ancien supérieur hiérarchique, M. [...], dans lequel celui-ci lui a écrit « Je suis désolé que tu n'aies toujours rien retrouvé depuis ton départ à la retraite anticipée », ce qui selon le recourant prouve bien qu'il ne désirait pas prendre sa retraite et qu'il y a été forcé.

E n d r o i t :

1. a) Les dispositions de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA; RS 830.1) s'appliquent à la LACI (art. 1 al. 1 LACI). Les décisions sur opposition et celles contre lesquelles la voie de l'opposition n'est pas ouverte sont sujettes à recours auprès du tribunal des assurances compétent (art. 58 LPGA). Le recours doit être déposé dans les trente jours suivant la notification de la décision sujette à recours (art. 60 al. 1 LPGA). En l'espèce, le recours, interjeté en temps utile auprès du tribunal compétent, est donc recevable.

b) La loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (LPA-VD; RSV 173.36), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009, s'applique aux recours et contestations par voie d'action dans le domaine des assurances sociales (art. 2 al. 1 let. c LPA-VD). La cour des assurances sociales du Tribunal cantonal est compétente pour statuer (art. 93 al. 1 let. a LPA-VD). La cause doit être tranchée par la cour composée de trois magistrats (art. 83c al. 1 LOJV [loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979, RSV 173.01]) et non par un juge unique (cf. art. 94 al. 1 let. a LPA-VD); en effet, la valeur litigieuse est susceptible de dépasser 30'000 fr. au vu du gain assuré (art. 23 LACI), de l'indemnité de chômage à laquelle le recourant pourrait le cas échéant prétendre sur la base du gain assuré (art. 22 LACI) et du nombre maximum d'indemnités journalières auxquelles le recourant pourrait le cas échéant avoir droit (art. 27 LACI).

2. a) A teneur de l'art. 8 al. 1 LACI, l'assuré a droit à l'indemnité de chômage :

- a. s'il est sans emploi ou partiellement sans emploi (art. 10);
- b. s'il a subi une perte de travail à prendre en considération (art. 11);
- c. s'il est domicilié en Suisse (art. 12);
- d. s'il a achevé sa scolarité obligatoire, qu'il n'a pas encore atteint l'âge donnant droit à une rente AVS et ne touche pas de rente de vieillesse de l'AVS;

- e. s'il remplit les conditions relatives à la période de cotisation ou en est libéré (art. 13 et 14);
- f. s'il est apte au placement (art. 15) et
- g. s'il satisfait aux exigences du contrôle (art. 17).

Les sept conditions du droit à l'indemnité de chômage énumérées par l'art. 8 al. 1 let. a à g LACI sont cumulatives et non alternatives, de sorte qu'elles doivent toutes être remplies pour permettre l'ouverture du droit à l'indemnité (ATF 124 V 215 consid. 2; TFA C_113/02 du 13 août 2003, consid. 2 et la référence; Gerhards, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungs-gesetz, vol. I, n° 2 ad art. 8, p. 111).

b) En l'espèce, est litigieuse la question de savoir si le recourant remplit les conditions relatives à la période de cotisation au sens de l'art. 13 LACI.

L'art. 13 al. 1 LACI dispose que celui qui, dans les limites du délai-cadre prévu à cet effet (cf. art. 9 al. 3 LACI), a exercé durant douze mois au moins une activité soumise à cotisation remplit les conditions relatives à la période de cotisation. L'art. 13 al. 3 LACI prévoit cependant qu'afin d'empêcher le cumul injustifié de prestations de vieillesse de la prévoyance professionnelle et de l'indemnité de chômage, le Conseil fédéral peut déroger aux règles concernant la prise en compte des périodes de cotisation pour les assurés mis à la retraite avant d'avoir atteint l'âge de la retraite selon l'art. 21 al. 1 LAVS, mais qui désirent continuer à exercer une activité salariée.

Le Conseil fédéral a fait usage de cette délégation de compétence en prévoyant à l'art. 12 al. 1 OACI que pour ces personnes, seule est prise en compte, comme période de cotisation, l'activité soumise à cotisation qu'elles ont exercée après leur mise à la retraite. Il s'agit, par cette disposition, d'éviter que des personnes cumulent des prestations de vieillesse de la prévoyance professionnelle et des indemnités de chômage, voire qu'elle résilient leur contrat de travail à cette fin, sans être réellement disposées à accepter un emploi convenable (ATF 134 V 418

consid. 3.2.1; 129 V 327 consid. 4 p. 329; 126 V 393 consid. 3b/bb; Thomas Nussbaumer, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band XIV, Soziale Sicherheit, 2e éd. 2007, n. 225 p. 2245).

En dérogation à l'art. 12 al. 1 OACI, l'al. 2 de cette disposition prévoit toutefois que si l'assuré a été mis à la retraite anticipée pour des raisons économiques ou sur la base de réglementations impératives entrant dans le cadre de la prévoyance professionnelle (let. a), et si les prestations de vieillesse sont inférieures à l'indemnité de chômage à laquelle il a droit en vertu de l'art. 22 LACI (let. b), les périodes de cotisation antérieures à la retraite anticipée sont prises en considération par l'assurance-chômage. Les conditions posées par l'art. 12 al. 2 let. a et b OACI doivent être remplies cumulativement (ATF 134 V 418 consid. 3.2.1; 129 V 327 consid. 3.1; 123 V 142 consid. 4b).

L'application de l'art. 12 al. 2 OACI, qui déroge au principe posé à l'art. 12 al. 1 OACI, suppose que l'assuré a été mis à la retraite anticipée pour des raisons d'ordre économique ou sur la base de réglementations impératives entrant dans le cadre de la prévoyance professionnelle. Tel est le cas de personnes qui souhaiteraient continuer à exercer leur activité, mais qui ne le peuvent pas, parce qu'elles sont licenciées pour des raisons économiques ou atteignent l'âge réglementaire ordinaire de la retraite – qui est inférieur dans de nombreuses professions à l'âge de la retraite selon l'assurance-vieillesse et survivants –, et doivent dès lors se retirer; lorsqu'un travailleur résilie les rapports de travail au moment d'atteindre l'âge à partir duquel le règlement de l'institution de prévoyance lui permet de demander sa mise à la retraite anticipée, il s'agit en revanche d'une mise à la retraite volontaire qui ne tombe pas sous le coup de l'exception prévue à l'art. 12 al. 2 OACI; il en va de même en ce qui concerne une personne licenciée par son employeur pour un autre motif que ceux qui sont prévus à l'art. 12 al. 2 let. a OACI (ATF 126 V 393 consid. 3b/bb p. 398; TFA C_12/05 du 13 avril 2006, consid. 3.1).

Il convient de relever que d'autres dispositions ont été édictées pour éviter un cumul injustifié de prestations de vieillesse de la

prévoyance professionnelle et de l'assurance-chômage. L'art. 18c al. 1 LACI prévoit ainsi que les prestations de vieillesse de la prévoyance professionnelle sont déduites de l'indemnité de chômage. Cette disposition vise à empêcher le versement de montants globalement supérieurs à ceux qui sont nécessaires à une simple compensation « convenable » du manque à gagner au sens de l'art. 1a al. 1 LACI; en effet, du point de vue du législateur, un cumul de prestations entraînant une indemnisation supérieure à cette compensation « convenable » ne serait pas justifié et entraînerait une inégalité entre les personnes préretraitées et les autres assurés (ATF 134 V 418 consid. 3.2.2 et les références citées).

c) Dans le domaine des assurances sociales, le juge fonde sa décision sur les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent comme les plus vraisemblables, c'est-à-dire qui présentent un degré de vraisemblance prépondérante. Il ne suffit donc pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible; la vraisemblance prépondérante suppose que, d'un point de vue objectif, des motifs importants plaident pour l'exactitude d'une allégation, sans que d'autres possibilités ne revêtent une importance significative ou n'entrent raisonnablement en considération (ATF 135 V 39 consid. 6.1; 126 V 353 consid. 5b et les références; voir également ATF 133 III 81 consid. 4.2.2 et les références).

d) En l'espèce, le recourant expose qu'il a été appelé le 11 novembre 2008 dans le bureau du directeur informatique pour s'entendre dire qu'il n'y avait plus de place pour lui et qu'il avait le choix entre être licencié ou être mis au bénéfice d'une rente de deuxième pilier; il n'avait dès lors pas volontairement quitté son emploi, mais uniquement choisit la façon de partir.

Il est tout d'abord surprenant de constater que la demande de préretraite formulée par le recourant à la Fondation de prévoyance, datée du 11 novembre 2008, tient en une seule phrase manuscrite, et que E._____ lui a répondu positivement par lettre du même jour. A cela

s'ajoute que les conditions de départ décrites dans cette dernière lettre - en particulier, le dernier jour de travail fixé au 11 novembre 2008 (soit le même jour que la correspondance précitée échangée entre le recourant et son employeur), la fin des relations contractuelles prévue au 30 novembre 2008 (soit sans respecter le délai de six mois prévu par l'institution de prévoyance pour le passage à une retraite anticipée) et la décision de l'employeur d'offrir à son employé les services d'une société de placement - démontrent qu'il ne s'agissait pas d'une décision volontaire d'être mis en retraite anticipée. C'est ce que confirme d'ailleurs par écrit [...], responsable fonctionnel mais non hiérarchique du recourant au moment de la cessation de son activité auprès de E._____. Les déclarations sibyllines de l'employeur E._____ ensuite des demandes de renseignements de la Caisse, en particulier celles faites par courrier du 19 février 2009, ne font que conforter la thèse d'un départ non volontaire. En effet, tout en se retranchant derrière les deux lettres du 11 novembre 2008 échangées entre elle et le recourant, E._____ concède par une litote que dans le contexte de contraction du volume des activités - la crise financière de l'automne 2008 et ses répercussions sur le volume d'activités des banques étant d'ailleurs un fait notoire -, elle ne pouvait « pas affirmer que Monsieur N._____ n'aurait pas perdu son emploi ».

Dans ces conditions, force est de retenir, au degré de la vraisemblance prépondérante, que le recourant a été contraint de quitter son emploi sans volonté de prendre sa retraite - son employeur l'ayant d'ailleurs mis au bénéfice d'un outplacement - et qu'il a été mis à la retraite anticipée pour des raisons d'ordre économique, au sens de l'art. 12 al. 2 let. a OACI. Le fait que, formellement, l'intéressé ait écrit une demande de mise à la retraite anticipée ne fait pas obstacle à l'application de cette disposition. En effet, dès lors qu'il appert que le recourant a été placé devant l'alternative d'accepter la mise à la retraite anticipée ou un licenciement économique, cette situation correspond précisément à la première des hypothèses visées par l'art. 12 al. 2 let. a OACI. Le fait que le recourant a pu « choisir » entre les deux options susmentionnées ne permet pas de considérer qu'il a pris une retraite anticipée volontaire puisque ce choix, avec la possibilité d'accepter une préretraite, a

précisément été imposé par l'employeur pour des motifs économiques (TFA C_12/05 du 13 avril 2006, consid. 3.2; voir aussi dans le même sens TFA C_345/01 du 17 mars 2003). En conséquence, la première condition prévue à l'art. 12 al. 2 let. a OACI est réalisée.

e) En application de la seconde exigence posée par l'art. 12 al. 2 let. b OACI, il faut encore que les prestations de retraite soient inférieures à l'indemnité de chômage à laquelle l'assuré a droit en vertu de l'art. 22 LACI. En l'occurrence, la Fondation de prévoyance verse une rente annuelle de retraite anticipée de 67'632 fr., soit 5'636 fr. par mois. Cette prestation est donc inférieure au montant maximum du gain mensuel assuré de 10'500 fr. (cf. art. 23 al. 1 LACI et 22 al. 1 OLAA [ordonnance du 20 décembre 1982 sur l'assurance-accidents, RS 832.202]) auquel le recourant pourrait prétendre, puisque son salaire mensuel réalisé au moment de la résiliation des rapports de travail était de 13'300 francs. La seconde condition posée par l'art. 12 al. 2 let. b OACI est donc également remplie.

f) En conséquence de ce qui précède, dès lors que l'exception prévue à l'art. 12 al. 1 OACI n'est pas applicable dans le cas particulier, l'activité soumise à cotisation accomplie par le recourant avant la retraite anticipée involontaire peut être prise en considération. Il satisfait ainsi à la condition relative à la période de cotisation (art. 13 al. 1 LACI), puisqu'il justifie d'une période de cotisation de douze mois dans les limites du délai-cadre.

3. a) En définitive, le recours doit être admis, la décision sur opposition rendue le 10 mars 2009 par la Caisse annulée et le dossier renvoyé à celle-ci pour qu'elle rende une nouvelle décision après avoir examiné si les autres conditions du droit à l'indemnité de chômage selon l'art. 8 al. 1 LACI sont remplies.

b) La procédure étant gratuite, il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires (art. 61 let. a LPGA). Le recourant ayant procédé sans l'assistance d'un mandataire et n'ayant donc pas dû engager de frais pour

défendre ses intérêts, il n'est pas alloué de dépens (art. 61 let. g LPGA et art. 55 al. 1 LPA-VD).

**Par ces motifs,
la Cour des assurances sociales
prononce :**

- I. Le recours est admis.

- II. La décision sur opposition rendue le 10 mars 2009 par la Caisse cantonale de chômage est annulée et le dossier renvoyé à cette autorité pour nouvelle décision dans le sens des considérants du présent arrêt.

- III. Il n'est pas perçu de frais de justice ni alloué de dépens.

Le président :

La greffière :

Du

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

- N. _____
- 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 :