

**COUR DES ASSURANCES SOCIALES**

---

---

Arrêt du 4 mars 2010

---

Présidence de M. MICHELLOD  
Juges : MM. Neu et Abrecht  
Greffier : M. Laurent

\*\*\*\*\*

Cause pendante entre :

**R.**\_\_\_\_\_, à [...], recourant, représenté par FORTUNA, Compagnie  
d'Assurance de Protection Juridique SA,

et

**Y.**\_\_\_\_\_, à [...], intimée.

---

**Art. 56 al. 1 LPGA; 13 al. 3 LACI; 12 al. 1 et 2 OACI; 93 al. 1 let. a LPA-VD**

**E n f a i t :**

**A. a)** R.\_\_\_\_\_, né le 23 avril 1947, a été engagé par la D.\_\_\_\_\_ à partir du 1<sup>er</sup> octobre 1999 en qualité de "*gestionnaire demandes infrastructures*".

**b)** L'art. 7 al. 1 du règlement de la banque employant l'assuré prévoyait que l'âge réglementaire de la retraite était fixée au 1<sup>er</sup> du mois suivant le 62<sup>e</sup> anniversaire. Une prolongation du contrat de travail ne pouvait survenir qu'exceptionnellement, d'entente avec l'employeur; dans tous les cas, l'assuré ne pouvait différer son départ à la retraite que jusqu'au 1<sup>er</sup> du mois suivant son 65<sup>e</sup> anniversaire au plus tard.

Jusqu'au 31 décembre 2008, le Fonds de prévoyance de la D.\_\_\_\_\_ versait, en une fois à la fin du dernier mois de travail, un capital de départ d'un montant représentant un salaire annuel pour les employés prenant une retraite anticipée entre 57 et 60 ans. Ce capital de départ s'élevait à un demi salaire annuel pour les employés bénéficiant d'une retraite anticipée à 61 ans. Cette prestation a été supprimée dès le 1<sup>er</sup> janvier 2009, ensuite d'une décision de la direction générale de la banque.

**c)** Par courriel du 18 septembre 2008, R.\_\_\_\_\_ a exposé à son employeur que sa situation financière, en particulier la faiblesse de son avoir LPP, l'exposait à des difficultés dans la mesure où il devait prendre sa retraite anticipée à l'âge révolu de 62 ans, conformément au règlement en vigueur. Il a donc demandé à pouvoir travailler plus longtemps que l'âge réglementaire de la préretraite. Son employeur a toutefois refusé.

Dans un certificat de travail intermédiaire du 28 novembre 2008, la D.\_\_\_\_\_ a indiqué que R.\_\_\_\_\_ quitterait son poste le 30 avril 2009.

Par lettre du 26 décembre 2008 à son employeur, R. \_\_\_\_\_ a indiqué ce qui suit :

*"J'ai également noté qu'au vu de ma situation particulière, la Direction avait pris la décision de m'accorder la possibilité de profiter du capital de départ équivalent à 6 mois de salaire, sous condition de quitter la banque au 31 décembre 2008 au lieu de fin avril 2009 (date de mon départ officiel à la retraite D. \_\_\_\_\_)."*

Le 31 décembre 2008, l'assuré a quitté son emploi et perçu un demi salaire annuel à titre d'indemnité de départ.

**B. a)** Le 8 janvier 2009, R. \_\_\_\_\_ s'est annoncé comme demandeur d'emploi auprès de la caisse de chômage Y. \_\_\_\_\_ et a revendiqué des prestations de l'assurance-chômage dès cette date.

Le 14 janvier 2009, la D. \_\_\_\_\_ a rempli le formulaire intitulé "Attestation de l'employeur" destiné à la caisse de chômage. Elle a indiqué que la résiliation des rapports de travail était le fait de l'employé. A titre de motif de la résiliation, la banque a indiqué ce qui suit : *"souhait du collaborateur de profiter des conditions de retraite anticipée accordées jusqu'au 31.12.2008"*.

Le 20 janvier 2009, lors d'un entretien avec la caisse de chômage, l'assuré a appris qu'il pourrait se voir dénier tout droit aux indemnités. Dès lors, le même jour, il a adressé un courriel à son ancien employeur, pour lui expliquer sa situation. Il a sollicité que la banque revienne sur l'acceptation de la résiliation des rapports de travail du 16 décembre 2008 et le réintègre dans ses effectifs jusqu'au 30 avril 2009, à charge pour l'assuré de restituer le capital de départ qu'il avait reçu.

Par lettre du 23 janvier 2009, la D. \_\_\_\_\_ a fait savoir à l'assuré qu'elle n'entendait pas revenir sur l'accord mettant un terme aux rapports de travail pour le 31 décembre 2008.

**b)** Par décision du 2 février 2009, Y.\_\_\_\_\_ a refusé la demande d'indemnités de chômage de R.\_\_\_\_\_ dès le 8 janvier 2009. Elle s'est référée à la circulaire B173 du Secrétariat d'Etat à l'économie (ci-après : SECO), selon laquelle, lorsqu'un assuré a pris volontairement une retraite anticipé dans le cadre de la prévoyance professionnelle avant d'avoir atteint l'âge ordinaire de la retraite fixé par l'assurance-vieillesse et survivants (ci-après : AVS), seule l'activité exercée après l'entrée à la retraite pouvait être comptée comme période de cotisation. Ainsi, pour bénéficier d'un droit à l'indemnité de chômage, l'assuré devait avoir travaillé durant plus de 12 mois dans les limites de son délai cadre de cotisation. La caisse de chômage a relevé que R.\_\_\_\_\_ avait donné sa démission en date du 16 décembre 2008 et que la fin des rapports de travail avait été fixée au 31 décembre suivant, d'un commun accord avec la D.\_\_\_\_\_. Elle a donc retenu que l'intéressé avait bénéficié de prestations de préretraite depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2009 et qu'il n'avait pas travaillé depuis lors, de sorte qu'il ne satisfaisait pas aux conditions d'octroi des indemnités de chômage.

L'assuré a fait opposition à cette décision.

**c)** Par décision sur opposition du 12 mars 2009, Y.\_\_\_\_\_ a confirmé sa décision du 2 février précédent et rejeté la demande d'indemnités de chômage de R.\_\_\_\_\_. Après avoir rappelé le contenu de la circulaire B173 du SECO, elle a considéré que les moyens invoqués par l'assuré dans son opposition ne conduisaient pas à une appréciation différente de la situation telle qu'elle figurait dans la décision du 2 février 2009.

**C.** R.\_\_\_\_\_ a recouru contre cette décision par acte du 15 avril 2009 et pris les conclusions suivantes :

*"Principalement :*

*1. Annuler la décision du 12 mars 2009 de la Caisse de chômage;*

*Ceci fait et statuant à nouveau :*

Principalement :

2. Dire que la retraite anticipée de Monsieur R. \_\_\_\_\_ n'est pas volontaire au sens de l'art. 12 al. 1 OACI.
3. Ordonner à la Caisse d'octroyer à Monsieur R. \_\_\_\_\_ des indemnités-chômage dès le 1<sup>er</sup> juillet 2009 si toutes les autres conditions sont également remplies;

Subsidiairement :

4. Acheminer Monsieur R. \_\_\_\_\_ à prouver les faits allégués à l'appui du présent recours."

Le recourant fait valoir que la décision entreprise n'est pas motivée, en violation de l'art. 49 al. 3 LPGA, et que la cause n'a pas été suffisamment instruite. Il soutient qu'il n'a pas pris une retraite anticipée volontaire à la fin de l'année 2008, puisque la résiliation des rapports contractuels s'est faite d'un commun accord avec son ancien employeur et qu'il avait toujours manifesté la volonté de continuer à travailler après avoir atteint l'âge de 62 ans. Ainsi, le recourant estime avoir droit aux indemnités de chômage dès le 1<sup>er</sup> juillet 2009, la période précédente étant couverte par la prestation de départ versée par son ancien employeur.

Dans sa réponse du 11 mai 2009, Y. \_\_\_\_\_ a conclu au rejet du recours et au maintien de la décision entreprise. Elle fait valoir que, selon les indications fournies par la D. \_\_\_\_\_ dans l'attestation de l'employeur, le recourant a volontairement opté pour une retraite anticipée en résiliant les rapports de travail. L'intimée estime dès lors qu'elle a fait application de la circulaire B173 du SECO à juste titre.

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

**1. a)** Selon l'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 dispositions de la LPGA (loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales; RS 830.1) s'appliquent à

l'assurance-chômage obligatoire et à l'indemnité en cas d'insolvabilité, sauf dérogation expressément prévue.

L'art. 56 al. 1 LPGA prévoit que les décisions sur opposition et celles contre lesquelles la voie de l'opposition n'est pas ouverte peuvent faire l'objet d'un recours, qui doit être adressé au tribunal cantonal des assurances du canton du domicile de l'assuré, dans un délai de 30 jours suivant la notification de la décision querellée (art. 57, 58 et 60 al. 1 LPGA). En l'espèce, la décision, rendue dans le cadre d'une procédure d'opposition, est donc susceptible de recours auprès de l'autorité vaudoise compétente.

**b)** La LPA-VD (loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative; RSV 173.36) 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 en connaître (art. 93 al. 1 let. a LPA-VD).

**c)** Le recours a été déposé en temps utile, compte tenu des fêtes de Pâques (art. 38 al. 4 let. a LPGA), auprès de l'autorité compétente. Il satisfait en outre aux autres conditions légales (art. 61 let. b LPGA), de sorte qu'il est recevable à la forme.

**2. a)** Le recourant fait valoir que la décision entreprise n'est pas motivée, en violation de l'art. 49 al. 3 LPGA.

**b)** Selon l'art. 49 LPGA, l'assureur doit rendre par écrit des décisions qui portent sur des prestations, créances ou injonctions importantes ou avec lesquelles l'intéressé n'est pas d'accord (al. 1). Les décisions indiquent les voies de droit; elles doivent être motivées si elles ne font pas entièrement droit aux demandes des parties (al. 3). L'obligation de motiver découle de la garantie du droit d'être entendu, consacrée à l'art. 29 al. 2 Cst. (Constitution fédérale du 18 avril 1999 de la Confédération suisse; RS 101). L'art. 49 al. 3 LPGA implique que la motivation contienne au moins un résumé des différentes étapes du

raisonnement sur lequel l'autorité se fonde pour rendre sa décision. L'exigence de motivation est plus stricte lorsque l'autorité dispose d'un pouvoir d'appréciation, lorsque la décision porte atteinte à un droit constitutionnel ou lorsque la cause a trait à des questions complexes (Kieser, ATSG Kommentar, 2<sup>e</sup> éd., n. 38 ad art. 49).

Les mêmes exigences valent pour les décisions sur opposition, compte tenu de l'art. 52 al. 2 LPGA (Kieser, Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts, in Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, 2<sup>e</sup> éd., n. 115).

**c)** En l'espèce, il est exact que, comme le soutient le recourant, la décision sur opposition objet du présent recours n'est quasiment pas motivée. La caisse de chômage s'est en effet contentée d'exposer le contenu de la circulaire B173 du SECO, puis d'ajouter que les motifs invoqués par le recourant à l'appui de son opposition n'étaient pas de nature à modifier l'appréciation de la situation, telle qu'elle ressortait de la décision du 2 février 2009. La caisse intimée n'a ainsi indiqué aucune des raisons pour lesquelles elle a écarté les arguments du recourant. On peut douter de la conformité d'une telle motivation avec l'art. 52 al. 2 LPGA. Cette question peut toutefois rester ouverte, dès lors que la décision querellée doit dans tous les cas être annulée, pour les motifs qui vont être exposés ci-dessous.

**3. a)** Le recourant fait grief à la caisse intimée d'avoir méconnu les dispositions légales permettant d'obtenir des indemnités de chômage. Il soutient en particulier qu'il n'a pas pris de retraite anticipée volontaire et que c'est à tort que la décision entreprise retient le contraire. Le recourant estime ainsi avoir droit à des indemnités de chômage à partir du 1<sup>er</sup> juillet 2009, soit dès la fin de la période couverte par la prestation de départ qui lui a été servie par son ancien employeur.

**b)** Selon l'art. 8 al. 1 LACI, l'assuré a droit à l'indemnité de chômage s'il est sans emploi ou partiellement sans emploi (let. a) ou s'il a subi une perte de travail à prendre en considération (let. b), et s'il remplit

les conditions relative à la période de cotisation ou en est libéré (lat. e). L'art. 13 al. 1 LACI prévoit que celui qui, dans les limites du délai-cadre de deux ans précédant sa demande d'indemnisation, a exercé durant 12 mois au moins une activité soumise à cotisation remplit les conditions relatives à la période de cotisation. Toutefois, afin d'éviter 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 donnant droit aux prestations de l'AVS selon l'art. 21 al. 1 LAVS (loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants; RS 831.10), mais qui désirent continuer à exercer une activité salariée (art. 13 al. 3 LACI). Cette règle répond à l'un des objectifs généraux du droit des assurances sociales, désormais consacré à l'art. 69 LPG, qui consiste à empêcher la surindemnisation lorsqu'il y a concours de prestations. La question des prestations de la prévoyance professionnelle perçues par les assurés mis à la retraite anticipée et qui sollicitent l'indemnité de chômage constitue un cas particulier de surindemnisation réglé par la LACI (cf. arrêts du Tribunal administratif du canton de Vaud PS.1999.0186 du 17 mars 2000; PS.2000.0196 du 6 novembre 2001, confirmé in TF C.345/01 du 17 mars 2003; PS.2002.0024 du 25 novembre 2002; cf. rapport du 26 mars 1999 de la Commission du Conseil national de la sécurité sociale et de la santé, FF 1999 pp. 4168 ss, spéc. p. 4299).

En vertu de la norme de délégation figurant à l'art. 13 al. 3 LACI, le Conseil fédéral a édicté l'art. 12 OACI (ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité; RS 837.02), qui prévoit que, pour les assurés qui ont été mis à la retraite avant d'avoir atteint l'âge donnant droit aux prestations de l'AVS, seule est prise en compte, comme période de cotisation, l'activité soumise à cotisation qu'ils ont exercée après leur mise à la retraite (al. 1). Cette règle n'est cependant pas applicable lorsque 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 (art. 12 al. 2 let. a OACI) et lorsqu'il a droit à

des prestations de retraite inférieures à l'indemnité de chômage à laquelle il peut prétendre en vertu de l'art. 22 LACI (art. 12 al. 2 let. b OACI). Ces deux conditions sont cumulatives (ATF 134 V 422 c. 3.2.1; ATF 123 V 146 c. 4b). Si elles sont réalisées, les prestations de vieillesse de la prévoyance professionnelle perçues par l'assuré sont déduites de l'indemnité de chômage (art. 18c al. 1 LACI; cf. Circulaire du SECO relative à l'indemnité de chômage, let. B178 et C156 ss). Aux termes de l'art. 32 OACI, sont considérées comme prestations de vieillesse les prestations de prévoyance professionnelle obligatoire et surobligatoire auxquelles l'assuré avait droit lorsqu'il a atteint la limite d'âge réglementaire pour la retraite anticipée.

**c)** La caisse intimée a retenu, sur la base du formulaire intitulé "*attestation de l'employeur*" rempli le 14 janvier 2009 par la D.\_\_\_\_\_, que la résiliation des rapports de travail était le fait du recourant, en raison de son "*souhait (...) de profiter des conditions de retraite anticipée accordées jusqu'au 31.12.2008*". Il faut cependant relever que la manière dont la banque a présenté la fin des rapports contractuels dans cette attestation ne reflète pas correctement le contexte dans lequel le contrat de travail a été résilié.

Il est établi que l'âge de la retraite obligatoire était fixé à 62 ans par l'art. 7 al. 1 du règlement de la D.\_\_\_\_\_. Cette disposition constituait une réglementation impérative entrant dans le cadre de la prévoyance professionnelle, puisqu'un employé ne pouvait continuer à travailler après 62 ans que de manière exceptionnelle et avec l'autorisation de l'établissement bancaire. Puisque le demandeur aurait atteint l'âge de la retraite réglementaire auprès de son ancien employeur le 23 avril 2009, il aurait donc dû quitter son emploi dès la fin du mois en question. Il aurait donc pu prétendre à des indemnités de chômage dès le 1<sup>er</sup> mai 2009, en se fondant sur l'art. 12 al. 2 let. a OACI et pour autant que les autres conditions légales eussent été remplies. Toutefois, compte tenu de sa volonté de travailler après l'âge de 62 ans, le recourant a pris contact avec son employeur dans le courant de l'année 2008, afin de pouvoir conserver son emploi au-delà de la date réglementaire de la

retraite anticipée. La D. \_\_\_\_\_ a cependant refusé de faire une exception à l'art. 7 al. 1 de son règlement. Dans ce contexte, il a été signalé à R. \_\_\_\_\_ que la banque servait, jusqu'à la fin de l'année 2008 au plus tard, un capital de départ correspondant à six mois de salaire pour un employé âgé de 61 ans, et qu'il était prévu de supprimer cette prestation dès le 1<sup>er</sup> janvier 2009. Le recourant a encore été averti que la direction de la D. \_\_\_\_\_ lui permettrait de résilier le contrat de travail dans un délai plus court que prévu, soit pour le 31 décembre 2008, afin de pouvoir bénéficier d'une telle indemnité de départ. Le recourant a alors opté pour cette solution, puisqu'elle lui permettait de bénéficier de l'équivalent de son salaire mensuel jusqu'au 30 juin 2009, au lieu du 30 avril 2009 en cas de retraite anticipée telle que prévue par le règlement de son employeur. Il a en conséquence démissionné.

**d)** Ainsi, le recourant a certes donné son congé, mais la solution qu'il a choisie lui a permis de percevoir une prestation représentant le montant de son salaire pendant une durée plus longue que s'il avait attendu d'arriver à l'âge de la retraite anticipée. De plus, le recourant ne demande pas, à juste titre, à percevoir des indemnités de chômage dès le 1<sup>er</sup> janvier 2009, mais uniquement dès le 1<sup>er</sup> juillet suivant. En effet, les prestations volontaires de l'employeur servies jusqu'à cette date sous forme de prime de départ font obstacle à la prise en considération d'une perte de travail et, partant, à l'indemnisation (art. 8 al. 1 let. b et 11a LACI et 10a et 10 c OACI). En agissant comme il l'a fait, R. \_\_\_\_\_ a donc contribué à diminuer l'ampleur de sa prétention en octroi d'indemnités de chômage, par rapport à la situation qui aurait prévalu s'il avait attendu d'atteindre l'âge de 62 ans en restant au service de la D. \_\_\_\_\_. Il apparaît donc contraire au principe de l'égalité de traitement de considérer sa situation comme tombant sous le coup de l'art. 12 al. 1 OACI, alors que s'il était resté passif et avait attendu d'être mis au bénéfice de la retraite anticipée réglementaire auprès de son ancien employeur, l'art. 12 al. 2 let. a OACI lui aurait été applicable. Le but de l'art. 12 al. 1 OACI est d'éviter que des personnes cumulent des prestations de vieillesse de la prévoyance professionnelle et des indemnités de chômage, voire qu'elles résilient leur contrat de travail à

cette fin, sans être réellement disposées à accepter un emploi convenable (ATF 134 V 418 c. 3.2.1; Message concernant une nouvelle loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 2 juillet 1980, FF 1980 III 485 ss, spéc. p. 565). Tel n'est pas le cas en l'espèce, puisque la volonté du recourant de travailler après l'âge de 62 ans est établie.

**e)** Au vu des considérations qui précèdent, il apparaît que la caisse intimée a considéré à tort que le recourant ne remplissait pas les conditions posées par l'art. 12 al. 2 let. a in fine OACI. Le recours doit en conséquence être admis. Les conditions posées par l'art. 12 al. 2 let. a et b OACI étant cumulatives, la cour de céans ne peut se prononcer sur la demande d'indemnités de chômage déposée par le recourant. On ignore en effet le montant des prestations de retraite qu'il perçoit, ainsi que celui de l'indemnité de chômage à laquelle il peut prétendre en vertu de l'art. 22 LACI. Il convient donc d'annuler la décision entreprise et de renvoyer la cause à la caisse intimée, afin qu'elle examine si les exigences de l'art. 12 let. b OACI, de même que les conditions du droit à l'indemnité autres que celle relative à la période de cotisation, sont remplies pour la période à compter du 1<sup>er</sup> juillet 2009.

**4.** En définitive, le recours interjeté par R. \_\_\_\_\_ doit être admis et la décision entreprise annulée, la cause étant renvoyée à Y. \_\_\_\_\_ pour complément d'instruction dans le sens des considérants qui précèdent et nouvelle décision.

La procédure étant gratuite (art. 61 let. a LPGA), il n'y a pas lieu de percevoir des frais judiciaires (art. 91 LPA-VD, applicable par analogie en vertu de l'art. 99 LPA-VD).

Le recourant, qui obtient gain de cause avec le concours de l'avocat d'une assurance de protection juridique, a droit à une indemnité à titre de dépens (ATF 135 V 473; art. 91 LPA-VD, applicable par analogie en vertu de l'art. 99 LPA-VD; art. 55 LPA-VD), dont le montant doit être arrêté, sans égard à la valeur litigieuse, en fonction de l'importance et de la

complexité du litige (art. 61 let. g LPGA; art. 7 al. 3 TFJAS [tarif des frais judiciaires et des dépens en matière de droit des assurances sociales du 2 décembre 2008, RSV 173.36.5.2]), et qui doit être mise à la charge de la caisse intimée (art. 55 al. 2 LPA-VD), par 500 francs.

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

- I. Le recours est admis.
- II. La décision attaquée est annulée et la cause renvoyée à l'autorité intimée pour complément d'instruction dans le sens des considérants et nouvelle décision.
- III. Il n'est pas perçu d'émolument judiciaire.
- IV. Y. \_\_\_\_\_ versera à R. \_\_\_\_\_ la somme de 500 fr. (cinq cents francs) à titre de dépens.

Le président :

Le greffier :

**Du**

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

- FORTUNA, Compagnie d'Assurance de Protection Juridique SA (pour R. \_\_\_\_\_),
- Y. \_\_\_\_\_,
- 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).

Le greffier :