

## **GE\_GERICHTE A/2750/2020 vom 11. März 2021**

GE Cour de justice, 2021-03-11, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_A\\_2750\\_2020](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_2750_2020)

FR: GE\_GERICHTE A/2750/2020 du 11 mars 2021

IT: GE\_GERICHTE A/2750/2020 del 11 marzo 2021

### **Erwägungen**

#### **E. 3**

Sont considérées comme des prestations de vieillesse les prestations de la prévoyance professionnelle obligatoire et surobligatoire, ainsi que les prestations de vieillesse d'une assurance-vieillesse étrangère, obligatoire ou facultative, qu'elles soient versées au titre d'une rente de vieillesse ordinaire ou d'une prestation de préretraite. b/bb. L'art. 12 al. 1 OACI vise à éviter que les assurés résilient leur contrat pour prendre une retraite anticipée, tout en cumulant des prestations de vieillesse de la prévoyance professionnelle et des indemnités de chômage, sans être réellement disposés à réintégrer le marché du travail (ATF 134 V 418 consid. 3.2.1). C'est pourquoi leur éventuelle période de cotisation n'est comptabilisée que pour la période qui suit la retraite prise. Le législateur a ainsi voulu s'assurer que la retraite anticipée ne correspondait pas à une décision de retrait définitif du marché du travail (FF 1980 III 565 ; Boris RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, n° 32 ad art. 13 al. 3, p. 128). L'art. 12 al. 2 OACI soumet à un régime plus favorable les assurés qui ont été mis à la retraite anticipée pour des raisons économiques ou sur la base de réglementations impératives (let. a). L'art. 12 al. 2 OACI s'applique ainsi notamment aux personnes actives dans certaines professions où l'âge de la retraite est inférieur à celui prévu par l'art. 21 al. 1 LAVS et qui doivent impérativement quitter leurs fonctions, sans possibilité de prolongation, lorsque l'âge en question a été atteint (ATF 126 IV 393 consid. 3b/bb). Ce régime de faveur vise les retraites anticipées subies. La période de cotisation est alors calculée « normalement ». Encore faut-il que les assurés concernés aient droit à des prestations de retraite inférieures à l'indemnité de chômage à laquelle ils ont droit en vertu de l'art. 22 LACI. Les conditions de l'art. 12 al. 2 OACI sont cumulatives (ATF 134 V 418 consid. 3.2.1 ; ATF 123 V 142 consid. 4b ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 345/01 du 17 mars 2003 consid. 3.1.; RUBIN op. cit. n° 33, p. 128). Dans les cas visés à l'art. 12 al. 2 OACI, la retraite anticipée s'effectue en raison de circonstances objectives, sans qu'une alternative s'offre à la personne concernée. En revanche, un assuré prend volontairement une retraite anticipée s'il opte pour une prestation de vieillesse au lieu d'une prestation de sortie. Le Conseil fédéral a justement considéré qu'une telle personne, contrairement aux assurés visés à l'art. 12 al. 2 OACI, devait prouver son aptitude au placement en exerçant un emploi soumis à cotisation après la retraite. Lorsqu'une personne perçoit volontairement des prestations de vieillesse du deuxième pilier, il existe davantage de doutes quant à son aptitude au placement que pour une personne obligée de prendre une retraite anticipée pour des raisons économiques ou en raison de dispositions impératives de la prévoyance professionnelle, et donc en raison de circonstances indépendantes de sa volonté au sens de l'art. 12 al. 2 OACI. Le choix de toucher des prestations de vieillesse est dans tous les cas un indice de la volonté de se retirer de la vie active, ce d'autant plus si un emploi est abandonné pour des raisons médicales (ATF 129 V 327 consid. 4.6). Pour Boris RUBIN, l'art. 12 al. 2 OACI s'applique non

seulement aux assurés licenciés pour des raisons économiques, mais encore à ceux qui ont été licenciés sans faute de leur part. L'initiative de la résiliation du contrat n'importe pas (RUBIN, op. cit. n° 34, p. 128 - 129). A l'ATF 144 V 42, le Tribunal fédéral a évoqué la position de RUBIN mais a considéré qu'il n'était pas nécessaire d'examiner s'il existait des motifs fondés pour revenir sur la jurisprudence selon laquelle les personnes qui sont licenciées par leur employeur pour des raisons autres que des motifs d'ordre économique - et hormis le cas d'une réglementation impérative ressortissant à la prévoyance professionnelle - ne peuvent se prévaloir de l'art. 12 al. 2 OACI (cf. consid. 4.2.2). Il ressort ainsi de ce qui précède que pour le Tribunal fédéral, d'après le texte clair de l'art. 12 al. 2 OACI, toute résiliation des rapports de travail qui - sans que l'assuré ait un choix - aboutit à une retraite anticipée ne tombe pas sous le coup de cette réglementation. Les personnes qui sont licenciées par leur employeur pour des raisons autres que des motifs d'ordre économique ou qu'en vertu de réglementations impératives ressortissant à la prévoyance professionnelle ne peuvent pas se prévaloir de l'art. 12 al. 2 OACI (ATF 126 V 396 consid. 3b/bb ; arrêts du Tribunal fédéral 8C\_839/2009 du 19 février 2010 consid. 3.4; 8C\_708/2008 du 5 mars 2009 consid. 3.3). Peu importe la partie qui met fin aux rapports de travail ou le fait que le travailleur a résilié en butte à une certaine pression de la part de l'employeur. Le critère déterminant n'est pas le caractère volontaire du congé mais celui de la prise de la retraite pour raison d'âge (ATF 129 V 327 consid. 3.1 ; arrêt 8C\_839/2009, déjà cité, consid. 3.4). Ainsi, la prise d'une retraite anticipée consécutive à l'âge, la maladie, des difficultés professionnelles (burn-out, mobbing) (cf. RUBIN, op. cit., n° 34 ad Art. 13), une insatisfaction (arrêt du Tribunal fédéral 8C\_839/2009 du 19 février 2010), conduit à l'application de l'art. 12 al. 1 OACI. Le fait que l'employé ait subi certaines pressions avant d'accepter sa mise à la retraite anticipée ou ait été menacé de licenciement n'empêche pas l'application de l'art. 12 al. 1 OACI (arrêt du Tribunal fédéral 8C\_708/2008 du 5 mars 2009 consid. 3). Lorsqu'un travailleur résilie les rapports de travail à l'âge à partir duquel le règlement de l'institution de prévoyance lui permet de demander sa mise à la retraite anticipée, ce n'est pas l'exception prévue à l'art. 12 al. 2 OACI qui est applicable, mais la réglementation de l'art. 12 al. 1 OACI, selon lequel seule peut être prise en compte l'activité soumise à cotisation exercée après la mise à la retraite anticipée (ATF 126 V 393). L'art. 12 OACI est conforme à la loi et à la Constitution en tant qu'il exige des personnes qui ont pris volontairement leur retraite en optant pour une prestation de vieillesse de la prévoyance professionnelle en lieu et place d'une prestation de sortie, qu'elles accomplissent la période de cotisation en exerçant une activité soumise à cotisations après leur mise à la retraite (ATF 129 V 327). Si les conditions cumulatives de l'art. 12 al. 2 OACI sont remplies, les périodes de cotisation antérieures à la mise à la retraite anticipée sont prises en considération par l'assurance-chômage (arrêt du Tribunal fédéral 8C\_59/2018 du 19 juillet 2018 consid. 3.2). c. Selon le bulletin LACI IC Marché du travail / Assurance-chômage (TC) du Secrétariat d'État à l'économie (SECO), si l'assuré a pris volontairement une retraite anticipée dans le cadre de la prévoyance professionnelle avant d'avoir atteint l'âge ordinaire AVS, seule l'activité soumise à cotisation exercée après l'entrée à la retraite peut être comptée comme période de cotisation (B 173). Les deux critères déterminants pour l'application de cette règle spéciale de prise en compte sont le caractère volontaire de la retraite anticipée et la perception de prestations de vieillesse de la prévoyance professionnelle. La retraite est toujours présumée volontaire lorsque l'assuré a résilié lui-même le rapport de travail et touche une prestation de vieillesse de la prévoyance professionnelle (B 174). Si un assuré est mis à la retraite anticipée involontaire, c'est-à-dire

pour des motifs économiques ou en vertu de dispositions impératives, dans le cadre de la prévoyance professionnelle avant d'avoir atteint l'âge ordinaire AVS, la période d'activité soumise à cotisation qu'il a accomplie avant la retraite anticipée doit être comptée comme période de cotisation (B 176). Les deux critères déterminants pour l'application de cette règle spéciale de prise en compte sont le caractère involontaire de la retraite anticipée et la perception de prestations de vieillesse de la prévoyance professionnelle. L'entrée à la retraite est toujours présumée involontaire lorsque l'assuré souhaiterait conserver son emploi mais ne le peut pas parce qu'il a été licencié pour des motifs économiques ou d'autres motifs sans faute de sa part et touche une prestation de vieillesse de la prévoyance professionnelle (B 177).

6. Le juge des assurances sociales fonde sa décision, sauf dispositions contraires de la loi, 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. Parmi tous les éléments de fait allégués ou envisageables, le juge doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables (ATF 130 III 321 consid. 3.2 et 3.3 ; ATF 126 V 353 consid. 5b ; ATF 125 V 193 consid. 2 et les références). Aussi n'existe-t-il pas, en droit des assurances sociales, un principe selon lequel l'administration ou le juge devrait statuer, dans le doute, en faveur de l'assuré (ATF 126 V 319 consid. 5a).

7. a. En l'espèce, à la fin des rapports de travail avec son dernier employeur (la B \_\_\_\_\_ le 31 janvier 2020, la recourante, née le \_\_\_\_\_ 1956, était âgée de 63 ans et 6 mois, et n'avait ainsi pas atteint l'âge de la retraite prévu par l'art. 21 al. 1 let. b LAVS. Dans la mesure où, dès le 1<sup>er</sup> février 2020, elle a reçu une pension de retraite LPP, la recourante a pris une retraite anticipée. Il n'est pas contesté par les parties que la résiliation des rapports de travail, respectivement la mise à la retraite anticipée n'étaient pas dues à des raisons d'ordre économique, mais au refus de la recourante d'accepter les modifications contractuelles proposées par l'employeur (congé-modification). Il n'est pas non plus contesté que la résiliation des rapports de travail et la retraite anticipée ne résultaient pas d'une réglementation impérative entrant dans le cadre de la prévoyance professionnelle, l'âge pivot de la retraite étant 65 ans (art. 16 al. 1 RCPEG) et l'employé pouvant choisir entre pension de retraite ou prestation de sortie en cas de poursuite de l'activité lucrative ou d'annonce à l'assurance-chômage (art. 17 al. 1 RCPEG). Compte tenu de ce qui précède, la recourante a bel et bien pris une retraite anticipée volontaire, ce qui entraîne l'application de l'art. 12 al. 1 OACI.

b. La recourante conteste ce qui précède et fait valoir que, dans la mesure où son licenciement a été prononcé sans faute de sa part, sa situation tombe sous le coup de l'art. 12 al. 2 let. a OACI. Elle se réfère à cet égard à Boris RUBIN, (op. cit., n° 34 ad art. 13 LACI), qui considère que l'art. 12 al. 2 OACI s'applique non seulement aux assurés licenciés pour des raisons économiques, mais encore à ceux qui ont été licenciés sans faute de leur part. Elle cite également le chiffre B177 du Bulletin LACI IC, qui stipule que « l'entrée à la retraite est toujours présumée involontaire lorsque l'assuré souhaiterait conserver son emploi mais ne le peut pas parce qu'il a été licencié pour des motifs économiques ou d'autres motifs sans faute de sa part et touche une prestation de vieillesse de la prévoyance professionnelle ». Enfin, elle invoque l' ATAS/1070/2017 du 29 novembre 2017 qui résume la position de Boris RUBIN et le chiffre B177 du Bulletin LACI IC.

b/aa. S'agissant tout d'abord de la position adoptée par Boris RUBIN, il y a lieu de constater que dans son ATF 144 V 42 rendu le 12 janvier 2018, le Tribunal fédéral a considéré, après avoir évoqué l'auteur précité, qu'il n'était pas nécessaire d'examiner s'il existait des motifs fondés pour revenir sur la jurisprudence selon laquelle les personnes qui

sont licenciées par leur employeur pour des raisons autres que des motifs d'ordre économique - et hormis le cas d'une réglementation impérative ressortissant à la prévoyance professionnelle - ne peuvent se prévaloir de l'art. 12 al. 2 OAVI (cf. consid. 4.2.2). En d'autres termes, le 12 janvier 2018, le Tribunal fédéral a confirmé sa jurisprudence constante, à savoir que les personnes qui sont licenciées par leur employeur pour des raisons autres que des motifs d'ordre économique ou qu'en vertu de réglementations impératives ressortissant à la prévoyance professionnelle ne peuvent pas se prévaloir de l'art. 12 al. 2 OAVI (ATF 126 V 396 consid. 3b/bb ; arrêts du Tribunal fédéral 8C\_839/2009 du 19 février 2010 consid. 3.4; 8C\_708/2008 du 5 mars 2009 consid. 3.3). Il a une nouvelle fois confirmé cette jurisprudence le 19 juillet 2018 (arrêt 8C\_59/2018 consid. 5.2.3) et le 19 octobre 2020 (arrêt 8C\_366/2020 consid. 5.2). b/bb. S'agissant ensuite du chiffre B177 du Bulletin LACI IC, il y a lieu de se référer à l' ATAS/871/2019 du 23 septembre 2019, dans lequel la Cour de céans a jugé que dans la mesure où il retient une retraite anticipée involontaire également en cas de licenciement sans faute de l'assuré mais pour des motifs autres que ceux mentionnés à l'art. 12 al. 2 let. a OAVI, le Bulletin LACI IC prévoit autre chose que ce qui découle de la jurisprudence et qu'il ne saurait par conséquent être suivi (consid. 9b). b/cc. Enfin, concernant l' ATAS/1070/2017 du 29 novembre 2017, il ne fait que résumer la position de Boris RUBIN et le chiffre B177 du Bulletin LACI IC sans les appliquer. De plus, cet arrêt cantonal a fait l'objet d'un recours au Tribunal fédéral, dans lequel notre Haute Cour a rappelé que les personnes qui sont licenciées par leur employeur pour des raisons autres que des motifs d'ordre économique ou qu'en vertu de réglementations impératives ressortissant à la prévoyance professionnelle ne peuvent pas se prévaloir de l'art. 12 al. 2 OAVI (arrêt du Tribunal fédéral 8C\_59/2018 du 19 juillet 2018 consid. 5.2.3). c/ La recourante conteste également avoir pris sa retraite anticipée volontairement. En effet, elle aurait souhaité percevoir sa pension de retraite dès le 1<sup>er</sup> août 2020 seulement et payer les cotisations dans l'intervalle, ce qui a été refusé par la CPEG, de sorte qu'elle n'aurait pas eu d'autre choix que de percevoir la pension de retraite anticipée dès le 1<sup>er</sup> février 2020 déjà. Selon l'art. 11 al. 3 de la loi instituant la Caisse de prévoyance de l'Etat de Genève (LCPEG) du 14 septembre 2012 (B 5 22), dans sa teneur en vigueur le 1<sup>er</sup> février 2020, la CPEG ne pratiquait pas l'assurance facultative prévue par la loi fédérale (à savoir l'assurance facultative prévue à l'art. 47 LPP). Ainsi, conformément à l'art. 10 al. 2 let. b LPP, l'obligation d'être assuré cessait en principe en cas de dissolution des rapports de travail. L'art. 14 al. 3 LCPEG a repris les mêmes principes et stipule que l'affiliation à la Caisse prend fin le jour où cessent les rapports de service, pour une cause autre que l'invalidité ou la retraite (art. 30 al. 1 et 2 LCPEG). Ainsi, dans la mesure où les rapports de travail entre la recourante et la B\_\_\_\_\_ ont pris fin le 31 janvier 2020, son affiliation à la CPEG a cessé à cette date. La CPEG ne pratiquant pas l'assurance facultative, la recourante ne pouvait rester affiliée au-delà de la date précitée et verser des cotisations. C'est donc à juste titre que la CPEG a refusé cette manière de faire, pour autant qu'elle ait effectivement été demandée par la recourante, ce qui ne ressort d'aucune pièce du dossier. Dès lors que la recourante était âgée de 63 ans et 6 mois lors de la fin des rapports de travail, les art. 17 et 43 RCPEG lui sont applicables : elle pouvait ainsi choisir entre une pension de retraite (art. 17 al. 1 RCPEG) ou une prestation de sortie dès lors qu'elle s'était annoncée à l'assurance-chômage (art. 43 al. 2 RCPEG). Dans cette dernière éventualité, elle devait notifier à la CPEG son choix de recevoir une prestation de sortie dans les 30 jours suivant la fin des rapports de service, sous réserve de justes motifs. A défaut de notification dans le délai imparti, les prestations allaient lui être versées sous la forme d'une pension de retraite

(art. 43 al. 3 RCPEG). La recourante n'allègue pas avoir informé la CPEG de son souhait de percevoir une prestation de sortie en lieu et place d'une pension de retraite. Ainsi, la recourante, en optant, même de manière implicite, pour le versement d'une pension de retraite, alors qu'elle avait la possibilité d'exiger une prestation de sortie, a pris, selon la jurisprudence, une retraite anticipée volontaire à compter du 1<sup>er</sup> février 2020. 8. Il ressort de ce qui précède que la recourante ne peut se prévaloir de l'exception de l'art. 12 al. 2 let. a OACI. C'est donc bien l'art. 12 al. 1 OACI qui est applicable et la période de cotisation pour justifier le droit éventuel à l'indemnité de chômage de la recourante doit être examinée compte tenu de l'activité soumise à cotisation exercée après le 1<sup>er</sup> février 2020, date de la mise à la retraite, en vertu de l'art. 12 al. 1 OACI. Comme la recourante ne justifie d'aucune période de cotisation à partir de cette date, c'est à juste titre que l'intimée a rejeté la demande du 1<sup>er</sup> février 2020. En conséquence, le recours est rejeté. Les assureurs sociaux qui obtiennent gain de cause devant une juridiction de première instance n'ont en principe pas le droit à une indemnité de dépens (ATF 126 V 149 consid. 4). Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA). PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant À la forme :

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.