

GE_GERICHTE ATAS/1005/2017 vom 14. November 2017

GE Cour de justice, 2017-11-14, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_1005_2017

FR: GE_GERICHTE ATAS/1005/2017 du 14 novembre 2017

IT: GE_GERICHTE ATAS/1005/2017 del 14 novembre 2017

Erwägungen

E. 1

a. Conformément à l'art. 134 al. 1 let. a ch. 1 et 2 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05), la chambre des assurances sociales de la Cour de justice connaît, en instance unique, des contestations prévues à l'art. 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du

E. 6

octobre 2000 (LPGA - RS 830.1) relatives respectivement à la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (LAVS - RS 831.10) et à la loi fédérale sur l'assurance-invalidité du 19 juin 1959 (LAI - RS 831.20). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie pour les trois procédures A/339/2016, A/648/2016 et A/2558/2017. b. Il se justifie de statuer par un seul arrêt sur les trois recours, sans qu'une jonction de cause ne soit prononcée (art. 70 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10). c. Les trois recours ont été interjetés en temps utile (art. art. 60 al. 1 LPGA), dans le respect des exigences de forme et de contenu prévues par la loi (art. art. 61 let. b LPGA ; cf. aussi art. 89B LPA), par une personne ayant qualité pour recourir dans la mesure où elle est touchée par lesdites décisions et a un intérêt digne de protection à leur annulation ou leur modification (art. 59 LPGA). d. Le recours A/339/2016 n'était pas prématuré du fait qu'il a été interjeté contre une décision de l'OAI qualifiée de provisoire, quand bien même ce dernier

A/339/2016, A/648/2016 et A/2558/2017 - 10/17 - s'engageait à reconsidérer cette décision une fois qu'il aurait obtenu les éléments manquants au dossier, et ce d'autant moins qu'il n'était pas clair de savoir si le caractère provisoire de cette décision portait uniquement sur la période de mai 2013 à décembre 2015 uniquement ou aussi sur le calcul de la rente reconnue à la recourante dès le 1er janvier 2016, en particulier sur le nombre d'années de cotisations et les montants comptabilisés et, partant, l'échelle de rente retenus. Sous réserve de sa conclusion tendant à l'octroi d'une indemnité de procédure, ce recours est cependant devenu sans objet en cours de procédure, du fait que ladite décision provisoire attaquée, du 15 décembre 2015, a été remplacée par celle du

E. 11

février 2016 fixant la rente de la recourante autre que celle qui est dirigée contre le refus de l'intimé, du 11 mai 2017 sur opposition (se substituant au même refus du 16 mars 2017), de rectifier le compte individuel de cette dernière. La recourante se devait d'interjeter le recours A/648/2016, pour empêcher l'entrée en force de la décision de l'OAI du 11 février 2016, quand bien même l'obtention ultérieure d'une rectification de son compte individuel l'aurait très probablement placée dans la situation de pouvoir prétendre à une révision de ladite décision de fixation de rente (art. 53 al. 1 LPGA). f. Les trois recours sont recevables.

Il y a lieu d'examiner prioritairement le recours A/2558/2017. 2. a. Le calcul d'une rente ordinaire d'invalidité s'effectue en appliquant par analogie les dispositions de la LAVS relatives au calcul des rentes AVS (art. 36 al. 2 LAI), s'agissant de la durée de cotisations et du revenu déterminant, en plus de dispositions spécifiques à l'AI, portant sur des questions ici non litigieuses (comme le droit à une rente d'invalidité, l'évaluation de l'invalidité [ici de 100 %] et le début du droit à la rente [ici le 1er mai 2013] ; Pierre-Yves GREBER, L'assurance- vieillesse, survivants et invalidité, in Droit suisse de la sécurité sociale, vol. I, éd. par Pierre-Yves GREBER / Bettina KAHIL-WOLFF / Ghislaine FRÉSARD- FELLAY / Romolo MOLO, 2010, n. 194 ss [p. 210 ss], n. 315 ss. [p. 243 ss]). b. La durée de cotisations représente l'élément le plus important (cf. not. art. 29bis et 29ter LAVS ; art. 52 du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 - RAVS - RS 831.101). Celle de l'assuré concerné est comparée avec celle des assurés de sa classe d'âge, comparaison qui détermine l'échelle de rentes applicable, déterminant une rente complète en cas de durée de cotisations complète (admise dès que le rapport est d'au moins 97.73 %, donnant lieu à l'application de l'échelle 44) ou partielle en cas de durée de cotisations incomplète (s'échelonnant de l'échelle 1 à l'échelle 43). Il est tenu compte des années et des mois de cotisations de l'assurée (des mois pouvant être regroupés pour former des A/339/2016, A/648/2016 et A/2558/2017 - 11/17 - années). À l'intérieur de chaque échelle de rentes, les revenus soumis à cotisations sont pris en considération, dans un rapport de un à deux. Le revenu annuel déterminant est le deuxième élément de calcul des rentes AVS/AI. Il se compose des revenus de l'activité lucrative, des bonifications pour tâches éducatives et des bonifications pour tâches d'assistance (art. 29quater LAVS). Les revenus de l'activité lucrative pris en compte sont ceux sur lesquels des cotisations AVS/AI ont été versées (art. 29quinquies al. 1 LAVS). Il est établi pour chaque assuré tenu de payer des cotisations des comptes individuels où sont portées les indications nécessaires au calcul des rentes ordinaires, selon des modalités fixées par le Conseil fédéral (art. 30ter al. 1 LAVS). c. Une caisse de compensation AVS appelée à calculer une rente pour un assuré déterminé totalise tous ses revenus soumis à cotisations pendant toute sa carrière, applique un facteur de revalorisation et divise le total obtenu par le nombre d'années de cotisations, ce qui donne le revenu annuel moyen déterminant, qui permet de lire le montant de la rente mensuelle sur des tables établies par l'Office fédéral des assurances sociales (ci-après : OFAS), publiées sur son site Internet et dont l'usage est obligatoire. 3. a. Selon l'art. 30ter al. 2 LAVS, les revenus de l'activité lucrative obtenus par un salarié et sur lesquels l'employeur a retenu les cotisations légales sont inscrits au compte individuel de l'intéressé, même si l'employeur n'a pas versé les cotisations en question à la caisse de compensation. Cette règle vise à protéger les salariés contre le risque de voir l'employeur retenir les cotisations sur les salaires mais ne pas les verser à la caisse de compensation. Pour que des cotisations puissent être inscrites, il faut toutefois que l'employeur ait effectivement déduit les cotisations sur le salaire brut (arrêt du Tribunal fédéral 9C_769/2008 du 21 août 2009 consid. 3.3) ou qu'il ait enfreint l'accord passé avec le salarié selon lequel il devait verser à la caisse de compensation les cotisations qui font économiquement partie du salaire et viennent s'ajouter à celui-ci, autrement dit qu'il y ait, dans ce cas, convention de salaire net, soit engagement de l'employeur de prendre à sa charge la totalité des cotisations sociales (RCC 1953 p. 405 consid. 2 p. 406). S'il n'est pas prouvé que l'employeur a effectivement retenu les cotisations sur les salaires ou qu'une convention de salaire net a été passée, les revenus correspondants ne peuvent pas être inscrits dans le compte individuel (ATF 117 V 261 consid. 3a, où sont en outre cités un ATFA 1960 p. 203 et la référence ZAK 1982 p.

413 consid. 1a ; Michel VALTERIO, Droit de l'assurance-vieillesse et survivants [AVS] et de l'assurance-invalidité [AI]. Commentaire thématique, 2015, n. 757 s.). b. Chaque caisse de compensation tient, sous le numéro d'assuré, un compte individuel des revenus d'activités lucratives pour lesquels les cotisations lui ont été versées jusqu'à l'ouverture du droit à la rente (art. 137 RAVS). Les inscriptions faites dans les comptes individuels sont portées sur une liste et annoncées à la Centrale de compensation (art. 140 al. 2 RAVS). Tout assuré a le droit d'exiger de chaque caisse de compensation qui tient pour lui un compte individuel qu'elle lui

A/339/2016, A/648/2016 et A/2558/2017 - 12/17 - remette gratuitement un extrait des inscriptions faites, portant des indications relatives aux employeurs (art. 141 al. 1 RAVS) – ce qui lui permet de vérifier que ceux-ci ont décompté les cotisations AVS/AI en bonne et due forme –, de même que le rassemblement de tous les comptes individuels que les caisses de compensation tiennent pour lui (art. 141 al. 1bis RAVS). Dans les trente jours qui suivent la remise de l'extrait de compte, l'assuré peut contester, avec motifs à l'appui, l'exactitude d'une inscription auprès de la caisse de compensation compétente, qui statue par voie de décision (art. 141 al. 2 RAVS ; Michel VALTERIO, Droit de l'assurance-vieillesse et survivants [AVS] et de l'assurance- invalidité [AI]. Commentaire thématique, 2015, n. 764). c. En vertu de l'art. 141 al. 3 RAVS, lorsqu'il n'est demandé ni extrait de compte, ni rectification, ou lorsqu'une demande en rectification a été rejetée, la rectification des inscriptions ne peut être exigée, lors de la réalisation du risque assuré, que si l'inexactitude des inscriptions est manifeste ou si elle a été pleinement prouvée (ch. 2512 des directives concernant le certificat d'assurance et le compte individuel, valables dès le 1er janvier 2010, éditées par l'OFAS [D CA/CI]). C'est une preuve absolue qui est requise qu'un employeur a effectivement retenu des cotisations AVS sur les revenus versés ou qu'une convention de salaire net a été fixée entre cet employeur et le salarié ; établir l'exercice d'une activité lucrative salariée n'y suffit pas (ATF 130 V 335 consid. 4.1 ; ATF 117 V 261 consid. 3a ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_899/2010 du 15 décembre 2010 consid. 2.1). Des motifs de sécurité juridique commandent de se montrer strict dans l'appréciation des preuves concernant l'existence de motifs de rectification, surtout lorsque l'allégation de l'exercice d'une activité lucrative soumise à cotisations paritaires est faite après plusieurs années à l'occasion d'un litige portant sur la fixation de rentes (ATF 117 V 261 consid. 3) ou pour une période non prise en compte dans le calcul de la rente (ATF 107 V 7 consid. 2a ; Michel VALTERIO, op. cit., n. 765). La maxime inquisitoire s'applique néanmoins, en ce sens que l'assureur social (ou, en cas de litige, le juge) doit établir d'office les faits déterminants, sans être lié par les faits allégués et les preuves offertes par les parties, en s'attachant à établir les faits de manière correcte, complète et objective (art. 43 et 61 let. c LPGA ; Ghislaine FRÉSARD-FELLAY, Procédure et contentieux, in Droit suisse de la sécurité sociale, vol. II, éd. par Ghislaine FRÉSARD-FELLAY/ Bettina KAHIL-WOLFF/ Stéphanie PERRENOUD, 2015, n. 27 ss ; Ueli KIESER, ATSG- Kommentar, 3ème éd., 2015, n. 13 ss ad art. 43, n. 95 ss ad art. 61). Les parties ont cependant l'obligation d'apporter, dans la mesure où cela peut être raisonnablement exigé d'elles, les preuves commandées par la nature du litige et des faits invoqués ; à défaut, elles s'exposent à devoir supporter les conséquences de l'absence de preuve (art. 28 LPGA ; ATF 125 V 193 consid. 2 ; 122 V 157 consid. 1a ; 117 V 261 consid. 3b et les références). Cette obligation de collaborer doit même être conçue de façon étendue s'agissant de l'allégation soit que l'employeur a

A/339/2016, A/648/2016 et A/2558/2017 - 13/17 - effectivement retenu les cotisations AVS sur les revenus versés, soit que le salarié et l'employeur ont conclu une convention de salaire net (Michel VALTERIO, op. cit., n. 766). d. Lorsque la preuve est rapportée, la rectification peut alors porter aussi sur des années pour lesquelles des cotisations ne peuvent plus être payées pour cause de prescription au sens de l'art. 16 al. 1 LAVS. Selon le ch. 2511 D CSA/CI, si la preuve est apportée qu'un employeur a bien retenu les cotisations dues légalement, le revenu correspondant doit être porté au compte quand bien même l'affaire remonterait à plusieurs années et l'employeur aurait omis de verser les cotisations ; en même temps, la caisse examine si les cotisations arriérées peuvent encore être réclamées à l'employeur ou si une action en réparation du dommage doit être introduite contre lui ; elle en consigne le résultat dans ses dossiers. 4. a. En l'espèce, le litige porte sur le refus de prendre en compte, au titre d'une rectification du compte individuel de la recourante, des durées de cotisations sociales et des montants de revenus pour des engagements que cette dernière affirme avoir eus respectivement de juin à août 2008 auprès du bar C_____, lui ayant procuré CHF 9'900.- (3 x CHF 3'300.-), et auprès du bar D_____ de septembre 2008 à décembre 2011, lui ayant procuré CHF 132'000.- (40 x CHF 3'300.-), dont à déduire – ce que la recourante omet de faire dans son recours A/2558/2017 – CHF 9'900.- (3 x CHF 3'300.-) annoncés à la caisse et donc pris en compte pour les mois d'avril à juin 2011. b. De la procédure pénale menée contre la recourante ainsi que l'ex-mari de cette dernière et l'ex-épouse dudit ex-mari ressortent des indices, fort imprécis, que la recourante a travaillé du moins occasionnellement comme hôtesse dans des bars à champagne entre 2008 et 2011. Entendu comme témoin dûment exhorté à dire la vérité (art. 307 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 - CP - RS 311.0 ; art. 168 ss du code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 - CPP - RS 312.0), le 17 août 2011 par la police et le 24 mars 2014 par le Ministère public, M. I_____ a déclaré notamment que la recourante a habité dans un appartement de la rue J_____ à Genève, dont il était propriétaire, durant « environ 8 mois à 1 an (...) pendant qu'elle travaillait pour (lui) », en février ou mars 2008, et que le contrat qu'il avait établi pour elle avait été « cassé peu après son engagement », mais qu'elle « (était) revenue ensuite chez (lui) » et qu'il lui a alors « refait un nouveau contrat ». D'autres protagonistes de l'affaire pénale considérée ont fait des déclarations, résumées dans l'ordonnance de classement du Ministère public du 22 mars 2016, allant dans le sens que la recourante a travaillé au bar D_____. Des déclarations faites dans le cadre d'autres procédures pénales dirigées contre la recourante (dont des extraits ont été versés au dossier de la procédure pénale précitée et résumés dans ladite ordonnance de classement) font état du fait que la recourante avait travaillé comme hôtesse au bar C_____ en 2008.

A/339/2016, A/648/2016 et A/2558/2017 - 14/17 - Pour le surplus, les déclarations consignées dans le cadre de la procédure pénale considérée n'apportent pas d'éléments probants que des cotisations sociales auraient été effectivement prélevées ou qu'une convention de salaire net aurait été conclue entre respectivement Mme H_____ ou M. I_____ d'une part et la recourante d'autre part. Ladite procédure pénale n'avait d'ailleurs pas pour objet d'élucider ces questions ; elle avait été ouverte contre l'assurée pour diffamation, calomnie, dénonciation calomnieuse, fausse déclaration d'une partie en justice, voies de fait et injures, sur plainte de son ex-mari, à l'encontre duquel et de l'ex-épouse de ce dernier elle avait alors déposé plainte pour exploitation de l'activité sexuelle et encouragement à la prostitution ainsi que pour extorsion et chantage. c. Devant la chambre de céans, le témoin I_____ a admis que la recourante pouvait avoir travaillé dans son bar comme hôtesse occasionnellement et irrégulièrement entre son premier engagement au

début de l'année 2009, resté éphémère (une vingtaine de jours), et la période d'avril à juin 2011, durant laquelle il l'avait déclarée à la caisse, mais il n'a pu apporter de précisions sur les jours où elle avait ainsi travaillé pour lui et les revenus qu'elle avait réalisés durant cette période intermédiaire. Il a affirmé qu'au plein su de la recourante et avec son accord lié à son désir de ne pas être déclarée, aucune cotisation sociale n'avait été prélevée sur lesdits revenus, ni part salariée ni part patronale, que, sauf pour les mois d'avril à juin 2011, il n'avait pas établi de fiche de salaire, et que durant ladite période intermédiaire la recourante devait avoir été rémunérée selon les mêmes modalités d'un paiement quotidien fondé sur un montant de base de CHF 10.- l'heure et d'un pourcentage sur les consommations des clients, réalisant des revenus qui, s'ils avaient été à plein temps (ce qui n'avait toutefois pas été le cas), avoisineraient les CHF 3'300.- par mois. Le témoin H_____ a admis de son côté que la recourante avait travaillé comme hôtesse dans son bar C_____ durant peu de temps, à peine la durée du temps d'essai, avant 2009, sans qu'elle ne soit déclarée, donc – selon la pratique en cours dans le milieu – sans prélèvement ni paiement de cotisations sociales, à son su. d. Il n'apparaît pas douteux, et doit même être admis comme certain, qu'il est arrivé à la recourante, entre 2008 et 2011, de déployer des activités d'hôtesse de bar à champagne dans les deux bars en question, activités qui n'ont pas été annoncées à la caisse. Une certaine activité est certes établie, sur le plan du principe, mais nullement quant à son ampleur, sa durée et les revenus auxquels elle a donné lieu. Or, établir l'exercice d'une activité ne suffit pas à fonder une prétention à rectification d'extraits de compte individuel ; a fortiori cela vaut-il lorsque l'exercice d'une activité n'est établie que de façon aussi partielle, limitée au principe d'une activité occasionnelle et irrégulière. e. Il appert en revanche que – sous réserve des salaires d'avril à juin 2011, annoncés à la caisse, donc pris en compte dans le calcul de la rente versée à la recourante et ici non litigieux – des cotisations sociales n'ont pas été prélevées sur

A/339/2016, A/648/2016 et A/2558/2017 - 15/17 - les revenus, au demeurant indéterminés, perçus par la recourante, sous quelque forme que ce soit, au plein su et avec l'accord de cette dernière, et qu'aucune convention de salaire net n'avait été passée entre elle et ses deux employeurs précités, Mme H_____ et M. I_____. Cette conclusion s'impose non seulement pour la brève période durant laquelle la recourante a travaillé en 2008 au bar C_____ et les périodes indéterminées où elle a exercé son métier occasionnellement au bar D_____ en 2009 et 2010 (voire antérieurement en 2008), mais aussi de janvier à mars 2011, même si cette période-ci est couverte par un contrat faisant mention d'un salaire brut de CHF 2'800.-. Il n'est au surplus aucunement établi que la recourante aurait travaillé au bar D_____ après la rupture de son contrat en date du 30 juin 2011, à savoir de juillet à décembre 2011 (comme elle le prétend, sans le démontrer d'une quelconque façon). La recourante n'a jamais prétendu qu'elle aurait reçu des fiches de salaire pour la période de janvier à mars 2011, ni non plus pour d'autres périodes (sous réserve des mois d'avril à juin 2011), et rien ne vient étayer des dires au demeurant inexistantes de la recourante que, durant ces trois mois, elle aurait été payée différemment que par le passé dans les deux bars considérés, à savoir aurait perçu un salaire dont des cotisations sociales auraient été déduites. Le contrat produit devant la chambre de céans par le témoin I_____ va à l'encontre de toute convention de salaire net, sans pour autant établir le prélèvement effectif de cotisations sociales sur les revenus perçus par la recourante. Cette dernière n'a jamais prétendu avoir voulu être déclarée à la caisse ni n'a contesté le mode de paiement quotidien décrit par ledit témoin (de façon d'ailleurs correspondante à la description faite de ce sujet par le témoin H_____), mode de paiement se caractérisant par une absence de prélèvement

de cotisations sociales, sauf lorsque l'hôtesse est déclarée, auquel cas – par un inversement des rôles habituels en la matière – c'est elle qui remet ses cotisations sociales à son employeur et non ce dernier qui les retient sur le versement d'un salaire en étant appelé à les reverser à la caisse, complétées des siennes propres. Or, pour les mois de janvier à mars 2011, aucun salaire n'a été annoncé à la caisse. La recourante a failli à son devoir d'apporter des preuves contraires, s'agissant soit du prélèvement effectif de cotisations sur ses revenus, soit de la conclusion d'une convention de salaire net, alors que la nature du litige et des faits invoqués commanderait qu'elle les apporte, dès l'instant qu'elle prétendait que l'une ou l'autre de ces deux conditions était réalisée. Le refus de rectifier son extrait de compte individuel est bien fondé, faute tant de prélèvement avéré (ou, au demeurant, ne serait-ce que vraisemblable) de cotisations sociales qu'alternativement de conclusion prouvée (ou même seulement vraisemblable) d'une convention de salaire net.

A/339/2016, A/648/2016 et A/2558/2017 - 16/17 - Peu importe de déterminer si – comme le prétendent les intimés – l'art. 34d al. 3 RAVS, aux termes duquel l'employé qui accepte le paiement du salaire sans déduction des cotisations ne peut exiger ultérieurement une perception des cotisations, signifie qu'une telle acceptation – qui doit être ici admise – ferait en tout état obstacle à une rectification d'extraits de compte individuel. 5. a. Le recours A/2558/2017 doit être rejeté. Aussi le recours A/648/2016 doit-il l'être aussi. b. La procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA ; art. 69 al. 1bis LAI). c. Vu l'issue donnée aux trois recours, il n'y a pas matière à allouer une indemnité de procédure à la recourante. * * *

A/339/2016, A/648/2016 et A/2558/2017 - 17/17 - 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.