

# **GE\_GERICHTE ATAS/1322/2012 vom 1. November 2012**

GE Cour de justice, 2012-11-01, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_1322\\_2012](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_1322_2012)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/1322/2012 du 1 novembre 2012

IT: GE\_GERICHTE ATAS/1322/2012 del 1 novembre 2012

## **Erwägungen**

### **E. 1**

a) Conformément à l'art. 134 al. 1 let. a ch. 8 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ; RS E 2 05) en vigueur depuis le 1er janvier 2011, 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 6 octobre 2000 (LPGA; RS 830.1) relatives à la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, du 25 juin 1982 (loi sur l'assurance-chômage, LACI; RS 837.0). Sa compétence ratione materiae pour juger du cas d'espèce est ainsi établie. b) A teneur de l'art. 58 al. 1 LPGA, le tribunal des assurances compétent est celui du canton de domicile de l'assuré ou d'une autre partie au moment du dépôt du recours. Par ailleurs, la compétence se détermine, conformément au principe de la perpetuatio fori, en fonction de la date d'ouverture de la procédure (ATF 130 V 90 consid. 3.2, 129 III 406 consid. 4.3.1). Ainsi, si à cette date, le tribunal saisi était compétent, cette compétence persiste même si, par la suite, pendant la procédure, elle ne serait plus donnée en raison d'une modification des faits, telles que, par exemple, un déplacement du domicile (ATF 129 III 404, consid. 4.3.1) En l'espèce, au jour du dépôt de son recours, l'assuré était domicilié à Genève. Il n'a déménagé qu'un mois plus tard, le 15 mars 2012. La Cour de céans ayant été compétente ratione loci au jour du dépôt du recours, elle l'est restée malgré le départ du recourant pour le Brésil.

### **E. 2**

A teneur de l'art. 1 al. 1 LACI, les dispositions de la LPGA, entrée en vigueur le 1er janvier 2003, s'appliquent à l'assurance-chômage obligatoire et à l'indemnité en cas d'insolvabilité, à moins que la loi n'y déroge expressément.

### **E. 3**

Interjeté dans les forme et délai prévus par la loi, le recours est recevable (art. 56 à 60 LPGA).

### **E. 4**

Est litigieuse la question de savoir si le recourant a droit aux indemnités de chômage, singulièrement s'il remplit les conditions relatives à la période de cotisation.

### **E. 5**

a) Pour bénéficier de l'indemnité de chômage, un assuré doit, entre autres conditions, remplir celles relatives à la période de cotisation ou en être libéré conformément à l'art. 8 al. 1 let. e LACI. Lesdites conditions sont remplies si, dans les limites du délai-cadre de deux ans, l'assuré a exercé durant douze mois au moins une activité soumise à cotisations (art. 13 al. 1 LACI). L'assuré a l'obligation

A/536/2012 - 8/13 - d'avoir exercé une activité soumise à cotisations, c'est-à-dire d'avoir touché un salaire sur lequel les cotisations de chômage ont été prélevées en Suisse. b) En l'espèce, le recourant ne conteste pas que, dans les limites du délai-cadre du

#### **E. 7**

octobre 2009 au 6 octobre 2011, il n'a pas exercé, en Suisse, pendant au moins douze mois, une activité soumise à cotisations. En revanche, il considère qu'il doit être libéré de son obligation de cotiser en raison des activités qu'il a exercées au Brésil de septembre 2005 à septembre 2011, sur une base free-lance, qu'il qualifie de contrat de travail sur appel. 6. a) A teneur de l'art. 14 al. 3 LACI, les Suisses de retour au pays après un séjour de plus d'un an dans un pays non-membre de la Communauté européenne ou de l'Association européenne de libre-échange (AELE) sont libérés des conditions relatives à la période de cotisations durant une année, à condition qu'ils justifient de l'exercice d'une activité salariée à l'étranger. On entend par activité salariée pertinente une activité salariée ayant été exercée pendant au moins douze mois (cf. Circulaire relative à l'indemnité de chômage de janvier 2007 [IC], B 203). b/aa) En matière de droit du travail, la doctrine entend par collaborateurs free-lance, dans la plupart des cas, une entreprise individuelle formée d'une seule personne, active de manière indépendante, et qui n'intervient pas sur la base d'un contrat de travail mais selon une relation de mandat (HARDER, *Freie Mitarbeiter / Freelancer / Scheinselbständige -Arbeitnehmer, Selbständige oder beides*, in *ArbR* 2003 p. 69 et ss). Pour Wolfgang HARDER, le contrat de free-lance doit cependant être défini de la manière suivante : les collaborateurs free-lance sont des entreprises individuelles formées d'une seule personne, cette dernière fournissant personnellement, pour le compte d'une entreprise tierce, la prestation convenue contractuellement sans l'aide de tiers et consacrant une grande partie de son temps de travail pour cet employeur et ce pendant une durée plus ou moins longue, étant toutefois libre d'organiser son travail du point-de-vue temps et contenu (Ibidem). Cela étant, les collaborateurs free-lance ne sont ni des employés ni des indépendants au sens classique dès lors qu'ils réunissent des éléments relevant des deux catégories. De plus, ils ne peuvent être classés dans l'une ou l'autre des catégories conformément aux critères usuels, de sorte qu'il existe une incertitude quant au droit applicable : droit du travail ou droit du mandat. De lege lata, le contrat de free-lance devrait être qualifié de contrat de travail sui generis (Ibidem.). A noter cependant que dans deux arrêts non publiés, les recourants exerçaient des activités en free-lance qui ont été qualifiées d'activités indépendantes (ATF non publiés 8C\_721/2009 et 8C\_435/2010). b/bb) En droit du travail, tant la jurisprudence que la doctrine distinguent le contrat de travail occasionnel du contrat de travail sur appel.

A/536/2012 - 9/13 - Le premier se caractérise par le fait que l'employeur n'a pas d'obligation de faire appel au travailleur et que ce dernier n'est pas tenu d'accepter un travail qui lui est proposé. Chaque fois que la personne sollicitée offre sa prestation de travail, il y a conclusion d'un contrat de travail à durée déterminée qui prend fin par la simple expiration de l'engagement prévu (JAR 1986/7 ; WYLER, *Droit du travail et jurisprudence récente : aperçu de quelques arrêts fédéraux et cantonaux*, in *JdT* 1998 I, pp. 8-101 et réf. citées ; BRUNNER / BÜHLER / WAEBER / BRUCHEZ, *Commentaire du contrat de travail*, 3e éd., p. 408 n. 4). Quant au travail sur appel, il implique que le travailleur met à disposition tout ou partie de son temps, l'employeur faisant appel ou non à lui. Durant les périodes convenues, le travailleur ne peut refuser une mission qui lui est proposée. En contrepartie, la rémunération porte non seulement sur le travail fourni, mais

également sur l'indemnité due au titre de la disponibilité offerte par le travailleur (ATF 124 III 249 = JT 1999 I, p. 275 = JAR 1999/99 ; BRUNNER / BÜHLER / WAEBER / BRUCHEZ, op. cit., pp. 409-410, n. 6 et réf. citées). c) En matière d'assurances sociales, est réputé salarié celui qui fournit un travail dépendant et qui reçoit pour ce travail un salaire déterminant au sens des lois spéciales (art. 10 LPGa). Est considéré comme exerçant une activité lucrative indépendante celui dont le revenu ne provient pas de l'exercice d'une activité en tant que salarié. Une personne exerçant une activité lucrative indépendante peut simultanément avoir la qualité de salarié si elle reçoit un salaire correspondant (art.

## E. 12

LPGa). Cette disposition n'entraîne aucune dérogation aux dispositions spéciales et correspond à la jurisprudence développée en relation avec l'art. 9 LAVS (ATF du 10 avril 2006, H 2/06, consid. 4.4). Selon la jurisprudence, la question de savoir si l'on a affaire, dans un cas donné, à une activité indépendante ou salariée ne doit pas être tranchée d'après la nature juridique du rapport contractuel entre les partenaires. Ce sont bien plutôt les circonstances économiques qui sont déterminantes. Les rapports de droit civil peuvent certes fournir quelques indices pour la qualification en matière d'AVS, mais n'ont pas une portée décisive. Est réputé salarié, d'une manière générale, celui qui dépend d'un employeur quant à l'organisation du travail et du point de vue de l'économie de l'entreprise, et ne supporte pas le risque économique couru par l'entrepreneur. Ces principes ne conduisent cependant pas à eux seuls à des solutions uniformes, applicables schématiquement. Souvent, on trouve des caractéristiques se rapportant aussi bien à une activité lucrative dépendante qu'indépendante et la question doit alors être tranchée au regard des éléments prépondérants (ATF du 14 février 2007, H 19/06, consid. 3.1; ATF 123 V 161 consid. 1 p. 162). Les principaux éléments qui permettent de déterminer le lien de dépendance quant à l'organisation du travail et du point de vue de l'économie de l'entreprise sont le droit

A/536/2012 - 10/13 - de l'employeur de donner des instructions, le rapport de subordination du travailleur à l'égard de celui-ci, l'obligation de ce dernier d'exécuter personnellement la tâche qui lui est confiée (RCC 1989 p. 111 consid. 5a). Un autre élément permettant de qualifier la rétribution compte tenu du lien de dépendance de celui qui la perçoit est le fait qu'il s'agit d'une collaboration régulière, autrement dit que l'employé est régulièrement tenu de fournir ses prestations au même employeur (ATF du 10 janvier 2005, H 334/03, consid. 6.2.1). En outre, la possibilité pour le travailleur d'organiser son horaire de travail ne signifie pas nécessairement qu'il s'agit d'une activité indépendante (ATF du 19 mai 2006, H 23/05, consid. 2.3). Le risque économique encouru par l'entrepreneur peut être défini comme étant celui que court la personne qui doit compter, en raison d'évaluations ou de comportements professionnels inadéquats, avec des pertes de la substance économique de l'entreprise. Constituent notamment des indices révélant l'existence d'un risque économique d'entrepreneur le fait que l'assuré opère des investissements importants, subit les pertes, supporte le risque d'encaissement et de ducroire, supporte les frais généraux, agit en son propre nom et pour son propre compte, se procure lui-même les mandats, occupe du personnel et utilise ses propres locaux commerciaux (SCARTAZZINI, in GREBER/DUC/SCARTAZZINI, Commentaire des art. 1 à 16 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants, Bâle, 1997, n. 111 ad art. 5 LAVS). 7. En l'espèce, le recourant a indiqué avoir travaillé pour diverses entreprises, sur la base d'un contrat free-lance. Il était contacté par l'entreprise qui lui décrivait les prestations souhaitées. Il se rendait alors à son siège pour y recevoir des directives quant au déroulement de la journée,

directives auxquelles il devait se conformer strictement. Il était payé de main à main, 50% au moment où il était sollicité et 50% après l'exécution de sa prestation. Aucun contrat de travail n'a toutefois été conclu en raison du caractère bien trop sporadique des interventions du recourant. Au vu de la description précitée, il apparaît que les activités du recourant présentent des aspects relevant du mandat et d'autres du contrat de travail. Si le mode de rémunération correspond plutôt à ce qui est prévu dans le cadre d'un mandat, en revanche, le fait que le recourant ne puisse décider ni du lieu, ni de la date ni du type de mission, qu'il soit donc lié par les instructions des sociétés de plongée ou de tourisme, s'apparente plus à un contrat de travail au sens du droit civil ou à un lien de dépendance au sens du droit des assurances sociales. Concrètement, le contrat qui liait le recourant aux entreprises précitées peut être qualifié de contrat de travail occasionnel au sens du droit civil. En effet, à chaque fois que le recourant est intervenu pour le compte desdites entreprises, un contrat de travail à durée déterminée, portant sur la mission en question, a été conclu, qui a pris fin par la simple expiration de l'engagement prévu, après quelques heures ou quelques jours. Il ne s'agissait ainsi pas d'un contrat sur appel, le recourant ne

A/536/2012 - 11/13 - percevant notamment pas de rémunération pour le temps où il se tenait à disposition sans être appelé. Par conséquent, le recourant doit être considéré comme dépendant au sens des assurances sociales. 8. Reste à déterminer si la durée totale de ces contrats occasionnels atteint douze mois durant la période de cotisation. a) A teneur de l'art. 11 de l'ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 31 août 1983 (ordonnance sur l'assurance- chômage, OACI ; RS 837.02), compte comme mois de cotisation, chaque mois civil, entier, durant lequel l'assuré est tenu de cotiser (al. 1). Les périodes de cotisation qui n'atteignent pas un mois civil entier sont additionnées. 30 jours sont réputés constituer un mois de cotisation (al. 2). Selon la jurisprudence, les jours d'activité doivent être convertis en jours civils, ce qui permet de prendre en considération les samedis et dimanches. Le facteur de conversion s'élève à 1,4 (7 jours civils/ 5 jours ouvrables) (ATF 121 V 168 consid. 2b ; voir également circulaire IC n° B150). b) Dans le domaine des assurances sociales, la procédure est régie par la maxime inquisitoire, selon laquelle les faits pertinents de la cause doivent être constatés d'office par le juge. Mais ce principe n'est pas absolu. Sa portée est restreinte par le devoir des parties de collaborer à l'instruction de l'affaire (art. 61 let. c LPG). Celui-ci comprend en particulier l'obligation des parties 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, faute de quoi elles risquent de devoir supporter les conséquences de l'absence de preuves (ATF 125 V 195 consid. 2 et les références ; cf. ATF 130 I 183 consid. 3.2). Le devoir du juge de constater les faits pertinents ne dispense donc pas les parties de collaborer à l'administration des preuves en donnant des indications sur les faits de la cause ou en désignant des moyens de preuve (ATF 130 I 184 consid. 3.2, 128 III 411 consid. 3.2). Autrement dit, si la maxime inquisitoire dispense les parties de l'obligation de prouver, elle ne les libère pas du fardeau de la preuve. En cas d'absence de preuve, c'est à la partie qui voulait en déduire un droit d'en supporter les conséquences (ATF 117 V 264 consid. 3), sauf si l'impossibilité de prouver un fait peut être imputée à son adverse partie (ATF 124 V 375 consid. 3). Au demeurant, il n'existe 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 322, consid. 5a). Ainsi, pour permettre de vérifier si l'activité professionnelle est suffisamment contrôlable en durée, l'employeur et l'employé doivent fournir des données

A/536/2012 - 12/13 - précises. Des déclarations qui ne permettent pas de se faire une idée du temps employé à l'accomplissement du travail ne répondent pas à la condition du caractère suffisamment contrôlable (RUEDIN, Assurance-chômage, 2006, p. 798). c) En l'espèce, le recourant a produit des attestations de ses employeurs, dont il ressort que ses interventions étaient trop sporadiques pour justifier la signature d'un contrat de travail. Interrogé sur le nombre de missions et leur durée, le recourant n'a pas été en mesure de répondre précisément. Force est ainsi de constater que la durée de l'activité à l'étranger n'est pas vérifiable, de sorte qu'il appartient à l'assuré d'en subir les conséquences. Eu égard à ces considérations et en l'absence de preuve quant au nombre de missions et à leur durée, il ne peut être considéré que le recourant a effectué douze mois d'activité dépendante au Brésil et remplit les conditions posées par la loi pour bénéficier des prestations de l'assurance-chômage. 9. Compte tenu des considérations qui précèdent, le recours doit être rejeté. Pour le surplus, la procédure est gratuite.

A/536/2012 - 13/13 - PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant A la forme :

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