

# **GE\_GERICHTE ATAS/171/2016 vom 7. März 2016**

GE Cour de justice, 2016-03-07, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_171\\_2016](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_171_2016)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/171/2016 du 7 mars 2016

IT: GE\_GERICHTE ATAS/171/2016 del 7 marzo 2016

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Conformément à l'art. 134 al. 1 let. a ch. 8 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05) en vigueur dès 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 pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

### **E. 2**

Interjeté dans les formes et délai légaux, le recours est recevable (art. 1 LACI, 38, 56 et 60 LPGA).

### **E. 3**

L'objet du litige est le droit du recourant aux prestations de l'assurance-chômage dès le 28 novembre 2014.

### **E. 4**

L'art. 114 Cst. prévoit l'affiliation obligatoire à l'assurance-chômage pour tous les salariés qui ne font pas l'objet d'une exception prévue par la loi. Ces exceptions se trouvent à l'art. 2 al. 2 LACI, lequel dispense certaines catégories de personnes de l'obligation de payer des cotisations et donc d'être affiliées. L'assurance-chômage étant destinée aux travailleurs, elle dispense la population non active de l'obligation d'assurance. La LACI n'offre pas la possibilité aux personnes indépendantes de s'assurer à titre facultatif, même si la Constitution en confère la compétence au législateur (Bulletin LACI IC/A7).

### **E. 5**

La qualité de salarié se fonde sur le statut de cotisant AVS, sauf s'il est manifestement erroné. Dès lors que le statut de cotisant AVS a été formellement reconnu de manière définitive à un salarié, les caisses de chômage n'ont plus le droit d'en décider autrement (DTA 1998 n° 3 p. 12 consid. 4). Par contre, lorsque, après s'être convenablement informées auprès des caisses de compensation AVS et des employeurs, il leur est impossible d'établir si le statut de cotisant AVS a été formellement reconnu de manière définitive, elles sont alors libres d'examiner si l'assuré en cause possède bien la qualité de salarié. S'il ressort du compte individuel que les rémunérations versées à l'assuré ont été déclarées à la caisse de compensation par l'employeur comme salaire déterminant, la preuve est faite qu'il a été effectivement considéré comme salarié. Si des cotisations de l'assurance-chômage ont été versées à mauvais escient sur un gain intermédiaire indépendant, aucune

période de cotisation n'en a découlé (ATFA C 158/03 du 30 avril 2004) Bulletin LACI IC/A4).

## **E. 6**

A teneur de l'art. 2a LACI, les membres du personnel de nationalité suisse d'un bénéficiaire institutionnel de privilèges, d'immunités et de facilités visé à l'art. 2, al. 1, de la loi du 22 juin 2007 sur l'État hôte (LEH - RS 192.12) qui ne sont pas obligatoirement assurés en Suisse à l'assurance-vieillesse et survivants en raison d'un accord conclu avec ledit bénéficiaire peuvent payer des cotisations.

A/753/2015 - 10/15 - Au sujet de l'art. 2a LACI, le Bulletin LACI du SECO (IC/A6) indique que les fonctionnaires internationaux de nationalité suisse travaillant dans une organisation internationale qui développe ses activités en Suisse ont la possibilité de s'affilier à titre facultatif soit à l'AVS/AI/APG/AC, soit uniquement à l'AC. L'art. 2 al. 1 LEH prévoit que la Confédération peut accorder des privilèges, des immunités et des facilités aux bénéficiaires institutionnels, notamment aux organisations intergouvernementales (let. a). L'Organisation des Nations Unies et les institutions spécialisées des Nations Unies sont de telles organisations (Message relatif à la loi fédérale sur les privilèges, les immunités et les facilités, ainsi que sur les aides financières accordés par la Suisse en tant qu'État hôte - FF 2006 7616). Selon l'art. 6 LEH, l'art. 2a LACI précité est applicable au personnel de nationalité suisse travaillant dans une organisation internationale qui a son siège en Suisse ou qui développe ses activités en Suisse. A teneur du message relatif à l'art. 6 LEH, les organismes considérés doivent avoir un siège en Suisse ou y exercer des activités. En effet, les décisions que la Suisse peut prendre en la matière ou les accords de siège qu'elle peut conclure n'ont d'effets que sur le territoire suisse puisqu'un État ne saurait imposer des obligations à un autre État qui ne serait pas partie à un accord international. La loi sur l'État hôte doit permettre de régler le statut juridique des organismes qui établissent un siège en Suisse. Toutefois, des organisations ayant leur siège dans un autre État peuvent également avoir certaines activités en Suisse sans y établir un siège, notamment s'agissant de tenir régulièrement dans notre pays des réunions des organes, groupes de travail, etc. dans le cadre du mandat qui leur est attribué par leur acte constitutif. Tel est par exemple le cas d'une organisation intergouvernementale comme l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO) dont le siège est à Rome, mais qui tient régulièrement en Suisse des réunions internationales. Les personnes bénéficiaires de privilèges, immunités et facilités doivent également soit résider en Suisse, soit y exercer des activités sans pour autant y établir leur domicile légal. Il peut s'agir de personnes actives en Suisse de façon temporaire, mais également de fonctionnaires internationaux qui, travaillant à Genève, auraient décidé de résider en France voisine. Il va de soi que le régime juridique qui leur est consenti par la Suisse ne saurait imposer des obligations à la France dans un tel contexte. Les bénéficiaires institutionnels doivent bien entendu poursuivre des buts non lucratifs d'utilité internationale (FF 2006. 7641 à 7642).

## **E. 7**

Selon 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);

A/753/2015 - 11/15 - 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); g. s'il satisfait aux exigences du contrôle (art. 17). Ces conditions sont cumulatives (ATF 124 V 218 consid. 2). Selon l'art. 9 LACI, des délais-cadres de deux ans s'appliquent aux périodes d'indemnisation et de cotisation, sauf disposition contraire de la présente loi (al. 1). Le délai-cadre applicable à la période de l'indemnisation commence à courir le premier jour où toutes les conditions dont dépend le droit à l'indemnité sont réunies (al. 2). Le délai-cadre applicable à la période de cotisation commence à courir deux ans plus tôt (al. 3).

Selon l'art. 13 al. 1 LACI, celui qui, dans les limites du délai-cadre prévu à cet effet (art. 9, al. 3), a exercé durant douze mois au moins une activité soumise à cotisation remplit les conditions relatives à la période de cotisation.

### **E. 8**

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).

### **E. 9**

La procédure est régie par le principe inquisitoire, d'après lequel les faits pertinents de la cause doivent être constatés d'office par le juge. Mais ce principe n'est pas absolu. 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 193 consid. 2; VSI 1994 p. 220 consid. 4). Car si le principe inquisitoire dispense les parties de l'obligation de prouver, il 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 261 consid. 3), sauf si l'impossibilité de prouver un fait peut être imputée à l'adverse partie (ATF 124 V 372 consid. 3; RAMA 1999 n° U 344 p. 418 consid. 3). Le juge des assurances sociales doit procéder à des investigations supplémentaires ou en ordonner lorsqu'il y a suffisamment de raisons pour le faire, eu égard aux

A/753/2015 - 12/15 - griefs invoqués par les parties ou aux indices résultant du dossier. Il ne peut ignorer des griefs pertinents invoqués par les parties pour la simple raison qu'ils n'auraient pas été prouvés (VSI 5/1994 220 consid. 4a).

### **E. 10**

En l'espèce, l'art. 2a LACI n'est pas applicable au recourant, dès lors qu'il n'est pas un membre du personnel d'un bénéficiaire institutionnel de privilèges, d'immunités et de facilités, visé à l'art. 2 al. 1 LEH, qui déploie ses activités en Suisse. En effet, à teneur des contrats de travail produits, il a été engagé par l'antenne du PNUD de la RDC pour un travail dans ce pays, comprenant des voyages. Même si l'on considérait que c'est le siège du

PNUD qui est déterminant, celui-ci ne se trouve pas à Genève, mais à New-York. Qu'un bureau de liaison du PNUD se trouve à Genève et que l'intéressé ait travaillé ponctuellement à Genève dans le cadre de son contrat avec le PNUD de la RDC sont des faits qui ne permettent pas de retenir qu'il a travaillé pour une organisation internationale déployant son activité en Suisse au sens de la LEH. Dès lors, quand bien même le recourant a été affilié volontairement à une caisse de compensation, il n'a pas exercé une activité soumise à cotisation durant douze mois pendant le délai cadre de deux ans selon les art. 9 al. 3 et 13 al. 1 LACI, étant rappelé qu'il a commencé à travailler pour le PNUD en RDC le 8 septembre 2012.

#### **E. 11**

Reste à déterminer si la situation de l'intéressé remplit les conditions d'une libération des cotisations au sens de l'art. 14 al. 3 LACI.

#### **E. 12**

Aux termes de la première phrase de cette disposition, 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 cotisation durant une année, à condition qu'ils justifient de l'exercice d'une activité salariée à l'étranger. Le séjour à l'étranger, de même que l'activité salariée pertinente, doivent avoir eu lieu pendant le délai-cadre de cotisation. Il n'est cependant pas nécessaire que le séjour à l'étranger ait été continu ; il peut être constitué de plusieurs séjours de moins d'un an (Bulletin LACI IC/B206). Selon la jurisprudence, le point de savoir si l'on a affaire à une activité indépendante ou salariée ne doit pas être tranché d'après la nature juridique du rapport contractuel entre les partenaires. Les circonstances économiques sont déterminantes. Les rapports de droit civil peuvent certes fournir éventuellement quelques indices pour la qualification en matière d'AVS mais ne sont pas déterminants. 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 encouru par l'entrepreneur. Ces principes ne conduisent cependant pas à eux seuls à des solutions uniformes, applicables schématiquement. Les manifestations de la vie économique revêtent en effet des formes si diverses qu'il faut décider dans chaque cas particulier si l'on est en présence d'une activité dépendante ou d'une activité indépendante en considérant

A/753/2015 - 13/15 - toutes les circonstances particulières. Il est fréquent qu'un cas présente des caractéristiques de ces deux genres d'activité, on tranchera alors la question en déterminant quels éléments sont prédominants dans le cas considéré (ATF 123 V 161 consid. 1). 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 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 (arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 188/02 du 14 novembre 2002 consid. 4.1). 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 (arrêt du Tribunal fédéral 9C\_1062/2010 du 5 juillet 2011 consid. 7.2 ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 334/03 du 10 janvier 2005 consid. 6.2.1). Le rapport

social de dépendance économique, respectivement dans l'organisation du travail du salarié se manifeste notamment par l'existence d'un droit de donner des instructions au salarié, d'un rapport de subordination, de l'obligation de remplir la tâche personnellement, d'une prohibition de faire concurrence et d'un devoir de présence (Directives sur le salaire déterminant dans l'AVS, AI et APG [DSD] en vigueur dès le 1er janvier 2013, ch. 1015). Le risque économique de 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 (arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 188/02 du 14 novembre 2002 consid. 5.2). Le critère du risque économique de l'entrepreneur n'est pas à lui seul déterminant pour juger du caractère dépendant ou indépendant d'une activité. C'est l'ensemble des circonstances du cas concret qui permet de déterminer si on est en présence d'une activité dépendante ou indépendante, en particulier la nature et l'étendue de la dépendance économique et organisationnelle à l'égard du mandant ou de l'employeur. Cet aspect peut singulièrement parler en faveur d'une activité dépendante dans les situations dans lesquelles l'activité en question n'exige pas, de par sa nature, des investissements importants ou de faire appel à du personnel. En pareilles circonstances, il convient d'accorder moins d'importance au critère du risque économique de l'entrepreneur et davantage à celui de l'indépendance économique et organisationnelle (arrêt du Tribunal fédéral 9C\_364/2013 du 23 septembre 2013 consid. 2.2).

A/753/2015 - 14/15 -

### **E. 13**

En l'espèce, le recourant a produit plusieurs documents pour démontrer la réalité de son activité salariée pour le PNUD. L'intimée a émis des doutes à ce sujet, en relevant qu'un salaire mensuel de USD 7'500.- à Kinshasa était totalement irréaliste et que, la RDC étant l'un des pays les plus corrompus au monde, les documents produits n'étaient pas crédibles. Au vu des explications données par le recourant, la chambre de céans considère, au contraire, que ce dernier a démontré la réalité de son activité en RDC, avec le degré de vraisemblance prépondérante requis par la jurisprudence. Le salaire qu'il a touché du PNUD apparaît usuel pour un travail auprès d'une organisation internationale d'une durée déterminée n'impliquant pas le déménagement d'une famille résidant en Suisse. Par ailleurs, le recourant a produit plusieurs pièces confirmant ses dires, soit en particulier ses contrats de travail, les vouchers relatifs au paiement de son salaire, des factures relatives à plusieurs billets d'avions entre Genève et Kinshasa, ainsi que les visas figurant sur son passeport. L'intimée n'a pas sérieusement remis en doute la validité des documents produits en alléguant, de manière toute générale, que la RDC serait un des pays les plus corrompus au monde. Si le style de rédaction des documents produits peut paraître inusuel, il peut s'expliquer par leur origine africaine. Reste à déterminer si l'activité du recourant auprès du PNUD doit être qualifiée d'indépendante ou de salariée. À teneur des pièces produites, il ressort que le recourant agissait sur instruction de son employeur qui lui donnait des missions dans le cadre d'une activité générale décrite dans le document : "Termes de Référence du Conseiller International en Commerce et Gestion de Projet pour assister l'Unité de Mise en Œuvre du

Cadre Intégré en République Démocratique du Congo", document qui précisait que le lieu de l'activité était Kinshasa en RDC, pour une durée d'un an, avec des voyages selon les besoins du programme. Le recourant a été payé mensuellement pour son activité et ne supportait pas le risque économique encouru par l'entrepreneur. Bien qu'il pouvait rentrer régulièrement en Suisse, à teneur de ses déclarations à la chambre de céans, son activité s'apparentait davantage à une activité salariée qu'indépendante. Si le recourant a été considéré comme indépendant par la caisse de compensation et l'administration fiscale cela s'explique par le fait que son employeur étranger n'était pas soumis à cotisations et que le recourant s'est cru à tort dans une situation lui permettant de payer des cotisations volontaires. Ainsi, il doit être retenu que le recourant a été salarié du PNUD de Kinshasa et qu'il a séjourné plus d'une année à l'étranger. Cette durée peut en effet être retenue sur la base des contrats produits et des déclarations du recourant devant la chambre de céans, qui a précisé avoir séjourné au total un an en RDC, sans compter ses voyages dans les pays alentours. Il en résulte que l'art. 14 al. 3 phr. 1 LACI lui est applicable et que la caisse aurait dû considérer qu'il était de retour au pays et libéré des conditions relatives à la période de cotisation durant une année, ce qui lui ouvrait le droit aux prestations du chômage, selon l'art. 8 al. 1 LACI.

A/753/2015 - 15/15 -

#### **E. 14**

Fondé, le recours sera admis, la décision de la caisse du 9 février 2015 annulée et la cause renvoyée à cette dernière pour qu'elle réexamine le droit du recourant à l'indemnité chômage en faisant application de l'art. 14 al. 3 LACI.

#### **E. 15**

La procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA).

**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.