

GE_GERICHTE ATAS/236/2007 vom 9. März 2007

GE Cour de justice, 2007-03-09, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_236_2007

FR: GE_GERICHTE ATAS/236/2007 du 9 mars 2007

IT: GE_GERICHTE ATAS/236/2007 del 9 marzo 2007

Erwägungen

E. 1

La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ) a été modifiée et a institué, dès le 1er août 2003, un Tribunal cantonal des assurances sociales, composé de 5 juges, dont un président et un vice-président, 5 suppléants et 16 juges assesseurs (art. 1 let. r et 56 T LOJ). Suite à l'annulation de l'élection des 16 juges assesseurs, par le Tribunal fédéral le 27 janvier 2004 (ATF 130 I 106), le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février, une disposition transitoire urgente permettant au Tribunal cantonal des assurances sociales de siéger sans assesseurs à trois juges titulaires, ce, dans l'attente de l'élection de nouveaux juges assesseurs.

A/3277/2006 - 9/14 - Conformément à l'art. 56 V al. 1 let. a ch. 8 LOJ, le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations prévues à l'article 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA) qui sont relatives à la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982 (LACI). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

E. 2

La LPGA est entrée en vigueur le 1er janvier 2003, entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine des assurances sociales. Sur le plan matériel, le point de savoir quel droit s'applique doit être tranché à la lumière du principe selon lequel les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 127 V 467 consid. 1, 126 V 136 consid. 4b et les références). En l'espèce, l'OCE a certes rendu ses décisions le 20 et 21 juillet 2006, mais les faits juridiquement déterminants remontent à une date antérieure à l'entrée en vigueur de la LPGA. Par conséquent, la LPGA n'est pas applicable au cas d'espèce. Pour les mêmes motifs, les dispositions de la nouvelle du 22 mars 2002 modifiant la LACI (RO 2003 1728), de même que celle de l'OACI modifiées le 28 mai 2003 (RO 2003 1828), entrées en vigueur le 1er juillet 2003, ne sont pas non plus applicables. En revanche, en ce qui concerne la procédure, et à défaut de règles transitoires contraires, le nouveau droit s'applique sans réserve dès le jour de son entrée en vigueur (ATF 117 V 93 consid. 6b, 112 V 360 consid. 4a; RAMA 1998 KV 37 p. 316 consid. 3b). C'est pourquoi les procédures pendantes au 1er janvier 2003 ou introduites après cette date devant un tribunal cantonal compétent en matière d'assurances sociales sont régies par les nouvelles règles de procédure contenues dans la LPGA et par les dispositions de procédure contenues dans les différentes lois spéciales modifiées par la LPGA.

E. 3

Interjeté dans les forme et délai légaux, le recours est recevable, conformément aux art. 56, 59 et 60 LPGA.

E. 4

Le litige porte sur le bien-fondé de la demande de remboursement d'un montant de 65'224 fr. 25 réclamé au recourant à titre de restitution d'indemnités perçues à tort du 1er juillet 1997 au 3 juillet 1998, et du 1er octobre 1999 au 31 août 2000.

E. 5

a) Selon l'art. 8 al. 1 let. e LACI, l'assuré a droit à l'indemnité de chômage s'il remplit les conditions relatives à la période de cotisation ou en est libéré (art. 13 et 14). b) Aux termes de l'art. 13 al. 1 LACI, dans sa teneur en vigueur jusqu'au 30 juin 2003, celui qui, dans les limites du délai-cadre prévu à cet effet (art. 9 al. 3), a exercé durant six mois au moins une activité soumise à cotisation remplit les conditions relatives à la période de cotisation.

A/3277/2006 - 10/14 - Par activité soumise à cotisation au sens de l'art. 13 al. 1 LACI, il faut entendre toute activité de l'assuré, destinée à l'obtention d'un revenu soumis à cotisations pendant la durée d'un rapport de travail (Gerhards, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz [AVIG], tome I, note 8 ad art. 13 LACI, p. 170). En ce qui concerne la période de cotisation, la seule condition du droit à l'indemnité de chômage est, en principe, que l'assuré ait effectivement exercé une activité salariée soumise à cotisation pendant la période minimale de cotisation (cf. arrêt Z. du 9 mai 2001, C 279/00; DTA 2001 p. 225 et les arrêts postérieurs). Dans l'ATF 131 V 444, le Tribunal fédéral des assurances (ci-après TFA) précise que cette jurisprudence ne doit pas être comprise en ce sens qu'un salaire doit en outre avoir été effectivement versé. Certes, si on a la preuve qu'un salaire a bel et bien été versé, cela constitue un indice qu'une activité salariée a été effectivement exercée, mais il ne s'agit pas d'une preuve décisive. Sont des indices une attestation de l'employeur, une feuille de paie, une déclaration fiscale, ainsi qu'un relevé d'un compte individuel. De même, il n'est pas exigé que l'employeur ait réellement transféré à la caisse de compensation la cotisation du salarié, en sa qualité d'organe participant à la procédure de perception des cotisations (voir également ATF 113 V 352; ATFA non publié du 9 mai 2001, C 279/00, consid. 4a). Le TFA confirme dans cet arrêt (ATF 131 V 444) que l'élément essentiel pour remplir les conditions relatives à la période de cotisation est l'exercice effective d'une activité salariée. c) L'indemnité journalière à laquelle a droit alors l'assuré est fonction du gain assuré (art. 22 al. 1 LACI). En vertu de l'art. 23 al. 1 LACI, dans sa teneur en vigueur jusqu'au 30 juin 2003, est réputé gain assuré le salaire déterminant au sens de la législation sur l'AVS qui est obtenu normalement au cours d'un ou de plusieurs rapports de travail durant une période de référence, y compris les allocations régulièrement versées et convenues contractuellement, dans la mesure où elles ne sont pas des indemnités pour inconvénients liés à l'exécution du travail. Par salaire normalement obtenu au sens de l'art. 23 al. 1 LACI, il faut entendre la rémunération touchée effectivement par l'assuré (ATF 123 V 72 consid. 3; Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, ch. 302). Il n'y a lieu de s'écarter de ce principe et se référer au salaire convenu par l'employeur et l'employé que dans des cas exceptionnels dûment justifiés, lorsqu'on peut pratiquement écarter toute possibilité d'abus résultant d'un accord fictif entre un employeur et un travailleur au sujet du salaire que le premier s'engage à verser au second et qui en réalité ne serait pas ou pas totalement perçu par le travailleur (ATF 128 V 190 consid.

3a/aa; DTA 1995 n° 15 p. 81 consid. 2c). Un salaire contractuellement prévu ne sera dès lors pris en considération que s'il a réellement été perçu par le travailleur durant une période prolongée et s'il n'a jamais fait l'objet d'une

A/3277/2006 - 11/14 - contestation (ATFA non publié du 2 février 2005, C 182/04, consid. 2; DTA 1999 n° 7 p. 27, 1995 n° 15 p. 79). d) Enfin, selon l'art. 95 LACI, en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002, puis repris à l'art. 25 LPGA, la caisse est tenue d'exiger du bénéficiaire la restitution des prestations de l'assurance auxquelles il n'avait pas droit (al. 1). Le droit de répétition se prescrit par une année après que l'organe qui a payé a eu connaissance des faits, mais au plus tard cinq ans après le versement de la prestation. Lorsque le droit de répétition découle d'un délit pour lequel le droit pénal prévoit un délai de prescription plus long, celui-ci est déterminant (al. 4).

E. 6

Selon le principe de la libre appréciation des preuves, pleinement valable en procédure judiciaire de recours dans le domaine des assurances sociales (cf. art. 61 let. c LPGA), le juge n'est pas lié par des règles formelles, mais doit examiner de manière objective tous les moyens de preuve, quelle qu'en soit la provenance, puis décider si les documents à disposition permettent de porter un jugement valable sur le droit litigieux. En ce qui concerne la preuve, 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 126 V 360 consid. 5b, 125 V 195 consid. 2 et les références; cf. ATF 130 III 324 consid. 3.2 et 3.3). 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 322 consid. 5a). Certes, en droit des assurances sociales, le principe de la maxime d'office s'applique. Il n'est cependant pas absolu. Sa portée est restreinte par le devoir des parties de collaborer à l'instruction de l'affaire. 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). Le devoir du juge de constater les faits pertinents ne dispense 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. 3.2.1 et 412 ss consid. 3.2.2).

E. 7

En l'espèce, il convient dans un premier temps d'examiner si le recourant a exercé une activité salariée du 1er mars 1995 au 31 août 1995 auprès de la société Y1 _____. SA, de sorte que ce salaire doit entrer dans le calcul du gain assuré.

A/3277/2006 - 12/14 - On constate tout d'abord que les montants figurant sur le document "attestation de l'employeur" du 7 août 1995 de Y1 _____. SA et sur le certificat de salaire destiné à l'administration fiscale sont différents, de même que la nature même des revenus que le recourant aurait perçus de la part de Y1 _____. SA. Dans le premier cas, il s'agit d'un salaire de 49'400 fr. uniquement et dans le second cas on distingue une partie

qui correspond à un salaire de 28'200 fr., et l'autre partie à des commissions, gratifications et provisions, d'un montant de 22'500 fr. De plus, aucun salaire n'a été déclaré aux caisses de compensation, alors que le recourant aurait exercé la fonction de responsable administratif et financier de la société Y1 _____. SA. Enfin, aucun versement de salaire n'a pu être prouvé. Ces indices ne sont pas suffisants pour conclure que le recourant a exercé effectivement une activité salariée. On rappellera que l'administrateur de la société Y1 _____. SA, Monsieur K_____, était l'ami de celui-ci. Malgré plusieurs délais qui lui ont été accordés, le recourant n'a apporté aucune preuve supplémentaire. Il n'a également pas offert de preuves dans le délai qui lui a été accordé expressément jusqu'au 19 janvier 2007 lors de l'audience de comparution du 12 décembre 2006. Par conséquent, après avoir apprécié les pièces du dossier, le Tribunal conclut qu'elles ne permettent pas de considérer hautement vraisemblable que le recourant a effectivement exercé une activité salariée au sein de cette société. Cette période ne devait donc pas être retenue comme période durant laquelle le recourant a effectivement exercé une activité salariée, et le salaire réalisé ne devait pas être pris en considération pour le calcul du gain assuré. Le recours sera rejeté sur ce point.

E. 8

Dans un deuxième temps, il faut examiner si des indemnités ont été versées à tort durant la période allant du 1er octobre 1999 au 31 août 2000. Selon le recourant, il a exercé une activité salariée au sein de la société Z_____ SA du 3 août 1998 au 30 septembre 1999. Or, il ressort du rapport d'enquête du 28 mai 2002, que le recourant a été l'administrateur de la société Z_____ SA entre novembre 1998 et avril 2000. Le recourant a indiqué lors de l'audience de comparution avoir eu un statut mixte d'indépendant et de salarié depuis 1998 et ce jusqu'à fin 2000 où il est devenu indépendant à temps plein. Le Tribunal constate également dans ce cas que les pièces du dossier ne permettent pas de conclure qu'il a exercé une activité salariée, mais plutôt le contraire, à savoir qu'il était indépendant durant cette période et notamment dans son activité pour la société Z_____ SA. En outre, son activité auprès de cette société n'a jamais été annoncée aux caisses de compensation, de sorte qu'aucune cotisation sociale n'avait été prélevée pour la société Z_____ SA pour les années 1998 et 1999. Le Tribunal a fixé un délai au recourant pour déposer ses offres de preuves supplémentaires. Au terme de ce délai, le recourant n'a déposé aucune offre de preuves. La preuve stricte du versement d'un salaire n'est plus possible puisque les pièces n'existent plus. Quant aux indices, ils conduisent le Tribunal à exclure toute activité salariée pour la société Z_____ SA. Le délai-cadre pour la période allant du 1er octobre 1999 A/3277/2006 - 13/14 - au 31 août 2000 ne devait pas être ouvert, car les conditions de l'art. 13 LACI, dans sa teneur en vigueur jusqu'au 30 juin 2003, n'étaient pas remplies. Par conséquent, c'est à tort que la caisse lui a versé des indemnités du 1er octobre 1999 au 31 août 2000.

E. 9

Au vu de ce qui précède, il en résulte que les décisions du groupe réclamations de l'OCE du 20 et 21 juillet 2006 sont fondées. Par conséquent, le recours doit être rejeté. Le droit à la remise est réservé, au sens des art. 25 LPGA et 50 OPGA.

E. 10

A l'occasion de son recours, le recourant allègue que l'OCE aurait agi de façon téméraire, tandis que celui-ci se pose la même question, dans sa réponse du 18 janvier 2007, s'agissant

du recourant. On rappellera succinctement qu'agit par témérité ou légèreté la partie qui sait ou devrait savoir en faisant preuve de l'attention normalement exigible que les faits invoqués à l'appui de ses conclusions ne sont pas conformes à la vérité. La témérité doit en outre être admise lorsqu'une partie viole une obligation qui lui incombe ou lorsqu'elle soutient jusque devant l'autorité de recours un point de vue manifestement contraire à la loi (ATF 124 V 287 consid. 3b, 112 V 334 consid. 5a et références citées). A l'évidence, tel n'est pas le cas s'agissant de l'OCE, la question pouvant être laissée ouverte s'agissant du recourant.

A/3277/2006 - 14/14 -

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