

GE_GERICHTE ATAS/531/2013 vom 28. Mai 2013

GE Cour de justice, 2013-05-28, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_531_2013

FR: GE_GERICHTE ATAS/531/2013 du 28 mai 2013

IT: GE_GERICHTE ATAS/531/2013 del 28 maggio 2013

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; RS 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

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

A/3471/2012 - 6/14 -

E. 3

Interjeté dans les forme et délai prescrits par la loi, le présent recours est recevable (art. 56 et ss LPGA).

E. 4

Le litige porte sur le droit de l'assurée à des indemnités de chômage, alors que son salaire n'a pas été déclaré à la caisse AVS, ni soumis à cotisation.

E. 5

a) En vertu de l'art. 8 al. 1er LACI, l'assuré a droit à l'indemnité de chômage s'il est sans emploi ou partiellement sans emploi (let. a), s'il a subi une perte de travail à prendre en considération (let. b), s'il est domicilié en Suisse (let. c), 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 (let. d), s'il remplit les conditions relatives à la période de cotisation ou en est libéré (let. e), s'il est apte au placement (let. f) et s'il satisfait aux exigences du contrôle (let. g). Ces conditions sont cumulatives (ATF 124 V 218 consid. 2).

b) L'art. 13 al. 1er LACI dispose que 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. Selon l'al. 2 de cette disposition, compte également comme période de cotisation le temps durant lequel l'assuré exerce une activité en qualité de travailleur sans avoir atteint l'âge à partir duquel il est tenu de payer les cotisations AVS (let. a), sert dans l'armée, dans le service civil ou dans la protection civile conformément au droit suisse ou accomplit un cours obligatoire d'économie familiale

qui a lieu pendant toute la journée et durant au moins trois semaines sans discontinuer (let. b), est partie à un rapport de travail, mais ne touche pas de salaire parce qu'il est malade (art. 3 LPGGA) ou victime d'un accident (art. 4 LPGGA) et, partant, ne paie pas de cotisations (let. c), ou a interrompu son travail pour cause de maternité (art. 5 LPGGA) dans la mesure où ces absences sont prescrites par les dispositions de protection des travailleurs ou sont conformes aux clauses des conventions collectives de travail (let. d). c) Par activité soumise à cotisation, 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). Ainsi que l'a précisé le Tribunal fédéral (arrêt du 9 mai 2001; DTA 2001 n° 27 p. 225), l'exercice effectif d'une activité salariée suffisamment contrôlable est une exigence qui doit être satisfaite pour admettre que les conditions relatives à la période de cotisation sont remplies (ATF 113 V 352; DTA 1999 n° 18 p. 101 consid. 2a et les références), implique également qu'un salaire soit réellement versé au travailleur (DTA 1988 n° 1 p. 19 sv. consid. 3b/c non publié; ATF 113 V 352). L'art. 13 al. 1er LACI présuppose que l'assuré ait effectivement exercé une activité soumise à cotisation, mais non que l'employeur ait réellement transféré à la caisse de compensation la cotisation du

A/3471/2012 - 7/14 - salarié, en sa qualité d'organe participant à la procédure de perception des cotisations (ATFA non publié C 279/00 du 9 mai 2001, consid. 4a ; ATF 113 V 352). Le Tribunal fédéral des assurances a ensuite précisé sa jurisprudence en indiquant qu'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 exercé une activité soumise à cotisation durant la période minimale de cotisation. Aussi bien la jurisprudence exposée au DTA 2001 p. 225 ss (et les arrêts postérieurs) ne doit-elle pas être comprise en ce sens qu'un salaire doit en outre avoir été effectivement versé; en revanche, la preuve qu'un salaire a bel et bien été payé est un indice important en ce qui concerne la preuve de l'exercice effectif de l'activité salariée (ATF 131 V 444 consid. 3 p. 449 ss).

E. 6

Selon les directives du SECO, dans l'assurance-chômage, 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. 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 (A4). Le salaire sur lequel sont perçues les cotisations est appelé salaire déterminant. Il comprend toutes les rémunérations pour un travail dépendant mentionnées aux art. 5 LAVS et 7 ss RAVS (A11).

E. 7

Selon la doctrine, le statut de cotisant fixé par les caisses de compensation AVS est donc déterminant pour celui de cotisant au sens de la LACI, sous réserve de l'erreur manifeste. Selon l'art. 30ter LAVS, il est établi pour chaque assuré tenu de payer des cotisations des comptes individuels. 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, raison pour laquelle le Tribunal des assurances (DTA 1988, page 16) a jugé que l'art. 13 al. 1 LACI (période minimale de cotisation) exigeait seulement de l'assuré qu'il ait effectivement exercé une activité soumise à cotisation, mais non que l'employeur, en tant qu'organe de prélèvement, ait versé les cotisations à la caisse de compensation. En principe, il faut avoir cotisé à l'assurance-chômage pour avoir droit aux prestations de cette assurance. Mais le corollaire entre droit aux prestations et obligation de cotiser ne se vérifie pas toujours, en raison du fait qu'il existe des motifs spéciaux ouvrant le droit aux indemnités de chômage sans versement préalable de cotisations (cf.

A/3471/2012 - 8/14 - notamment art. 14 LACI). L'obligation de payer des cotisations à l'assurance- chômage dépend de la qualification du revenu tiré d'une activité soumise à cotisation AVS. Si le revenu est dû pour une activité dépendante, il fonde une obligation de cotiser au sens de la LACI et, partant, est susceptible de fonder une période de cotisation au sens de l'art. 13 al. 1 LACI. Est réputé salarié, d'une manière générale, le travailleur qui exerce une activité dont l'horaire et l'organisation sont fixés par l'employeur, qui doit observer des directives et des instructions, qui doit rendre compte de ses prestations et qui n'a pas à supporter le risque économique de l'entreprise (Boris RUBIN, Assurance-chômage, 2006, pages 97 et ss) Un changement rétroactif de statut quant aux cotisations relatives à de mêmes revenus n'est possible que si la décision entrée en force est sans nul doute erronée et que sa rectification revêt une importance notable ou si des faits nouveaux ou de nouveaux moyens de preuve sont découverts (RUBIN, op cit. page 103).

E. 8

a) 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 LPG). Aux termes de l'art. 14 al. 1 LAVS, les cotisations perçues sur le revenu provenant de l'exercice d'une activité dépendante doivent être retenues lors de chaque paie et être versées périodiquement par l'employeur en même temps que la cotisation de l'employeur. Le salaire déterminant, au sens de l'art. 5 al. 2 LAVS, comprend toute rémunération pour un travail dépendant, fourni pour un temps déterminé ou indéterminé. Font partie du salaire déterminant, par définition, toutes les sommes touchées par le salarié, si leur versement est économiquement lié au contrat de travail; peu importe, à ce propos, que les rapports de service soient maintenus ou aient été résiliés, que les prestations soient versées en vertu d'une obligation ou à titre bénévole (ATF 128 V 176 consid. 3c p. 180, 126 V 221 consid. 4a p. 222, 124 V 100 consid. 2 p. 101 et la jurisprudence citée). A cet égard, les articles 7 et ss. RAVS définissent ce qu'il faut entendre par salaire déterminant soumis à cotisations, soit notamment: a. le salaire au temps, aux pièces (à la tâche) et à la prime, y compris les indemnités pour les heures supplémentaires, le travail de nuit et en remplacement; b. les allocations de résidence et de renchérissement; c. les gratifications, les primes de fidélité et au rendement, ainsi que la valeur d'actions remises aux salariés, dans la mesure où celle-ci dépasse le prix d'acquisition et où le salarié peut disposer des actions; s'agissant des actions liées remises aux salariés, la valeur et le moment de la réalisation du revenu sont déterminés d'après les dispositions relatives à l'impôt fédéral direct;

A/3471/2012 - 9/14 - e. les pourboires, s'ils représentent une part importante du salaire; f. les prestations en nature ayant un caractère régulier; b) Chez une personne qui exerce une activité lucrative, l'obligation de payer des cotisations dépend, notamment, de la

qualification du revenu touché dans un certain laps de temps; il faut se demander si cette rétribution est due pour une activité indépendante ou pour une activité salariée (art. 5 et 9 LAVS et art. 6 ss du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants, du 31 octobre 1947 - ci-après: RAVS). Selon l'art. 5 al. 2 LAVS, on considère comme salaire déterminant toute rétribution pour un travail dépendant effectué dans un temps déterminé ou indéterminé; quant au revenu provenant d'une activité indépendante, il comprend «tout revenu du travail autre que la rémunération pour un travail accompli dans une situation dépendante» (art. 9 al. 1 LAVS). Ces dispositions, toujours en vigueur, n'ont pas été modifiées par l'entrée en vigueur de la LPGA (cf. rapport de la Commission du Conseil national de la sécurité sociale et de la santé du 26 mars 1999, FF 1999 IV pp. 4195-4198), la jurisprudence développée en matière d'AVS s'appliquant d'ailleurs à l'interprétation des dispositions de la LPGA précisant les notions de travailleur salarié et de personne exerçant une activité lucrative indépendante (art. 10 et 12 LPGA; KIESER, ATSG-Kommentar, Zurich 2003, ad art. 10, n° 8 et ad art. 12, n° 5-6). c) Selon la jurisprudence, le point de savoir si l'on a affaire, dans un cas donné, à une activité indépendante ou salariée ne doit pas être tranché d'après la nature juridique du rapport contractuel entre les partenaires. Ce qui est déterminant, bien plutôt, ce sont les circonstances économiques. 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 couru 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 toutes les circonstances de ce cas. Souvent, on trouvera des caractéristiques appartenant à ces deux genres d'activité; pour trancher la question, on se demandera quels éléments sont prédominants dans le cas considéré (ATFA non publié du 19 mai 2006, H 6/05, consid. 2.2; ATF 123 V 162 consid. 1 et les arrêts cités). La notion de dépendance englobe les rapports créés par un contrat de travail, mais elle les déborde largement. Ce n'est pas la nature juridique, en droit des obligations, du lien établi entre les parties, mais l'ensemble des circonstances économiques de chaque cas qui est décisif (DUC, in GREBER/DUC/SCARTAZZINI, Commentaire des art. 1 à 16 de la loi fédérale sur A/3471/2012 - 10/14 - l'assurance-vieillesse et survivants [LAVS], 1997, ch. 94 ad art. 4 LAVS et les références sous note n° 151). 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 (ATFA non publié du 19 mai 2006, H 6/05, consid. 2.3). 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 (ATFA non publié du 19 mai 2006, H 6/05, consid. 2.3). 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 (ATFA non publié du 19 mai 2006, H 6/05, consid. 2.3).

E. 9

Parmi tous les éléments de fait allégués ou envisageables, le juge doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables. Dans le domaine des assurances sociales, le juge fonde sa décision, sauf disposition contraire 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 (ATF 126 V 360 consid. 5b, 125 V 195 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 322 consid. 5a). Par ailleurs, la procédure est régie par le principe inquisitoire, selon lequel 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. 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 les 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).

E. 10

a) En l'espèce, l'assurée a travaillé en qualité de garde d'enfant (nounou) pour la famille N_____ du 3 mars 2011 au 31 janvier 2012 (et non pas jusqu'à mi janvier), puis en tant que dégustatrice pour la société X_____ du 15 juin au 1er septembre 2012. Seule la situation concernant le premier emploi est litigieuse. L'assurée a effectivement perçu le salaire ressortant des fiches d'heures effectuées de mars 2011 à janvier 2012, comme cela ressort de la comparaison de ces fiches et des relevés bancaires produits. Elle a finalement obtenu, suite à une conciliation devant les prud'hommes, le paiement du salaire afférent à un mois de préavis, en raison du licenciement abrupt, correspondant donc au salaire du mois de février 2012. L'activité de garde d'enfant est sans contestation possible une activité

A/3471/2012 - 11/14 - dépendante, dès lors que la nounou dépend de son employeur quant à l'organisation du travail, n'assume aucun des risques économiques courus par l'entrepreneur, doit suivre les instructions de l'employeur, a l'obligation d'exécuter personnellement la tâche qui lui est confiée, doit exécuter le nombre d'heures de travail confiées et selon l'horaire fixé par l'employeur, le rapport de subordination du travailleur à l'égard de celui-ci étant évident. Ce statut de salarié dépendant se justifie d'autant plus que l'assurée ne travaillait pas sur "mandat" pour plusieurs familles. b) C'est à tort que la caisse soutient que l'assurée a un statut d'indépendante : le CI ne révèle aucun revenu déclaré pour la période déterminante, de sorte que la caisse de compensation n'a pas déterminé un statut d'indépendant et qu'il n'est pas nécessaire de le reconsidérer. La caisse prétend aussi que l'extrait du CI ne permet pas de déterminer ce statut. Or, dans cette hypothèse, il appartient aux organes de l'assurance-chômage de le déterminer. L'assurée est manifestement salariée, conformément à ce qu'elle a d'ailleurs déclaré au fisc et ce malgré une taxation manifestement erronée. Ainsi, conformément à la jurisprudence, il suffit que l'assurée ait effectivement travaillé et perçu un salaire de dépendante durant la période de cotisation considérée pour que cela lui ouvre le droit à une indemnisation. La question de savoir qui et dans quel délai doit faire en sorte que les cotisations soient effectivement versées à la caisse de compensation déborde du cadre du débat. Il n'y a en effet pas de raison de traiter différemment un travailleur dont l'employeur procède aux déductions sociales sans les verser à la caisse de compensation de celui dont l'employeur ne procède à aucune déduction dans l'idée de ne pas déclarer son

employé.

E. 11

a) La caisse remet en cause la bonne foi de l'assurée sur la base des allégations de son employeur. Les explications données par M. N. _____ pour justifier l'absence de déclaration du revenu à la caisse AVS, pour autant qu'elles soient déterminantes, ne sont pas convaincantes. Selon les renseignements obtenus par la caisse, l'assurée n'a ni sollicité, ni obtenu des prestations d'assistance de l'Hospice général, sauf lorsque les indemnités de chômage lui ont été refusées. Il ressort de sa déclaration d'impôt qu'elle ne perçoit pas de contribution d'entretien de son ex- époux. Si elle avait voulu cacher ses revenus à son ex-mari, elle ne lui aurait pas confié les documents transmis à sa fiduciaire pour sa déclaration d'impôt. Elle a d'ailleurs déclaré entièrement les revenus réalisés à l'administration fiscale, sous la rubrique "revenus dépendants". On ne discerne donc pas quel aurait été son intérêt à obtenir de son employeur qu'il ne la déclare pas à l'AVS, au contraire. b) Ensuite, l'extrait de compte AVS de l'assurée démontre qu'il s'agissait de son premier emploi et elle n'est donc pas coutumière des fiches de salaire et des déductions qui doivent y figurer. Sa première indemnisation était fondée sur une période de libération des conditions de cotisation et elle n'a eu aucun contact direct avec la fiduciaire qui a rempli sa déclaration fiscale, de sorte que son ignorance des questions liées à la déclaration des revenus à la caisse AVS est tout à fait plausible.

A/3471/2012 - 12/14 - Son seul tort est de ne pas avoir sollicité des renseignements de la caisse, alors que son employeur avait prétendu qu'elle devait s'occuper elle-même de ses cotisations sociales et elle a donc, au pire, fait preuve de négligence ou fermé les yeux, ce qui explique qu'elle n'ait pas assigné son employeur également à ce propos devant la juridiction des prud'hommes où elle n'était d'ailleurs pas assistée d'un mandataire qualifié. c) Finalement, outre le fait que M. N. _____ ne répond pas précisément à la question posée s'agissant de la caisse à laquelle il a affilié ses autres employées, ses explications concernant l'absence de toute autre garde d'enfant avant et après l'assurée sont totalement invraisemblables. Il prétend en effet que ce serait la grand- mère maternelle qui s'en serait chargée. Selon les pièces du dossier et le registre de l'Office cantonal de la population, cet employeur et son épouse ont deux enfants, B. _____, né en février 2005 et A. _____ née en octobre 2007. Ils ont vécu en ville de Genève jusqu'en mars 2008, puis se sont installés en France voisine au chemin de O. _____, à Saint Julien en Genevois, à proximité immédiate de l'école de Perly en Suisse, dans laquelle les enfants ont été scolarisés à l'âge de 4 ans (dès août 2009, respectivement dès août 2012). C'est ainsi que l'assurée gardait à son domicile à Perly B. _____ 4 jours par semaine à la sortie de l'école (de 11h30 à 13h30 et/ou de 16h à 18h) et A. _____ 4 jours par semaine pour de plus longues plages horaires (8h à 9h, puis 11h à 18h). Lorsque celle-ci a été au jardin d'enfant des journées entières dès septembre 2011, le rythme de garde de B. _____ a été maintenu et celui d'A. _____ limité à un jour par semaine de 8h à 18h. Toute la famille a déménagé à Zurich en janvier 2013. Il s'avère toutefois qu'aucun des grands-parents n'habite dans le canton de Genève ou en France voisine. Les grands-parents maternels sont très vraisemblablement toujours en Espagne, pays d'origine de la mère des enfants et où elle a vécu jusqu'en 2002. Les grands-parents paternels, d'origine espagnole, n'ont jamais été domiciliés à Genève, étant précisé que M. N. _____ y a résidé dès 1990 seulement en provenance de Gland, tout en étant originaire ou naturalisé de Neuchâtel. En tous les cas, ses parents ne sont pas installés à Genève, peu importe s'ils

vivent en Espagne, à Gland ou à Neuchâtel. Au vu de leurs lieux de résidence, il est impossible que la grand-mère maternelle (et paternelle d'ailleurs) ait gardé les enfants du couple dès 8 heures le matin avant l'assurée, de courant 2005 à mars 2011, puis après son licenciement de février à fin juin 2012, les enfants étant ensuite pris en charge par le parascolaire d'août 2012 à décembre 2012. En d'autres termes, il est établi au degré de la vraisemblance prépondérante que M. N_____ a employé d'autres gardes d'enfants qu'il n'a pas non plus déclarées à une caisse de compensation AVS. L'assurée a d'ailleurs toujours affirmé qu'elle était la 4ème employée de M. N_____ chargée de la garde des enfants. C'est donc de son propre chef, à l'instar de nombreuses personnes qui emploient des gardes d'enfant ou des femmes de ménage, que cet employeur n'a pas déclaré son employée à l'AVS.

A/3471/2012 - 13/14 -

E. 12

En conséquence, il est établi que l'assurée a travaillé et réalisé un salaire de dépendante du 1er mars 2011 au 28 février 2012 (y compris le salaire versé pour le mois de préavis), puis du 15 juin au 1er septembre 2012, soit plus de 12 mois durant le délai-cadre de cotisation qui va du 16 septembre 2010 au 15 septembre 2012.

E. 13

Le recours est donc admis, la décision du 15 novembre 2012 est annulée et la cause est renvoyée à la caisse afin qu'elle examine les autres conditions du droit à l'indemnité.

A/3471/2012 - 14/14 - 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.