

GE_GERICHTE ATAS/682/2012 vom 22. Mai 2012

GE Cour de justice, 2012-05-22, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_682_2012

FR: GE_GERICHTE ATAS/682/2012 du 22 mai 2012

IT: GE_GERICHTE ATAS/682/2012 del 22 maggio 2012

Regeste

Résumé: L'aide fournie par un assuré à son épouse, titulaire d'un café-épicerie, pour qu'elle puisse s'occuper entre 5 et 30 minutes de ses filles le soir, ne peut pas être considérée comme une activité lucrative, de sorte qu'un gain intermédiaire fictif ne peut pas être retenu. Qui plus est, une telle aide rentre à l'évidence dans le devoir d'assistance envers son épouse. De surcroît, dans la mesure où l'assuré n'a pas étendu l'aide à son épouse depuis qu'il est au chômage, son gain accessoire fictif ne devient pas un gain intermédiaire durant sa période de chômage.

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

La LPGA, entrée en vigueur le 1er janvier 2003, est applicable.

E. 3

Interjeté dans les forme et délai prévus par la loi, le présent recours est recevable (art. 56 à 61 LPGA et art. 38 al. 3 LPGA p.a.).

E. 4

Le litige porte sur la question de savoir s'il doit être retenu un gain intermédiaire pour la période courant dès le 9 mai 2010, et singulièrement si le recourant a exercé une activité lucrative de 18h00 à 22h00 dès le 9 mai 2010. Il sera précisé que dans la décision de l'OCE du 31 mars 2011, le recourant a été déclaré apte au placement à 100% dès le 3 mai 2010 et que ce point a été confirmé

A/3032/2011 - 14/20 - dans sa décision sur opposition du 1er septembre 2011, de sorte qu'il n'y a pas lieu de se prononcer sur ce point, qui n'est pas litigieux.

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) Aux termes de l'art. 24 LACI, est réputé intermédiaire tout gain que le chômeur retire d'une activité salariée ou indépendante durant une période de contrôle. L'assuré qui perçoit un gain intermédiaire a droit à la compensation de la perte de gain. Le taux d'indemnisation est déterminé selon l'art. 22 (al. 1er). Est réputée perte de gain la différence entre le gain assuré et le gain intermédiaire, ce dernier devant être conforme, pour le travail effectué, aux usages professionnels et locaux. Les gains accessoires ne sont pas pris en considération (art. 23 al. 3) (al. 3). Est réputé gain intermédiaire, tout gain que le chômeur retire d'une activité salariée ou indépendante durant une période de contrôle, dont le montant est inférieur à l'indemnité de chômage à laquelle il a droit. La prise en compte du gain intermédiaire relève uniquement de la compétence de la caisse de chômage (Circulaire relative à l'indemnité de chômage de janvier 2007 (IC 2007), C123) La réglementation sur la compensation de la différence entre le gain assuré et le gain intermédiaire (art. 24 LACI) est une norme de calcul des indemnités de chômage au sens des art. 8ss LACI (ATF 121 V 336 consid. 2b et 2c p. 339). Un assuré ne perd pas son droit à l'indemnité du seul fait qu'un salaire, annoncé comme gain intermédiaire à la caisse de chômage, est inférieur aux usages professionnels et locaux. Dans cette hypothèse, il a droit à la compensation de la différence entre le gain assuré et le salaire correspondant aux usages professionnels et locaux (ATF 129 V 102; 120 V 233 consid. 4b p. 247, 502 consid. 8e p. 513 et 515 consid. 2b p. 518). Un salaire fictif, conforme à ces usages, remplace le salaire réellement perçu par l'assuré, pour le calcul de sa perte de gain (arrêt C 258/97 du 27 octobre 1997 consid. 2, in DTA 1998 n° 33 p. 182; THOMAS NUSSBAUMER, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Band XIV, Soziale Sicherheit, 2ème éd., 2007, no 422, p. 2302; BORIS RUBIN, Assurance-chômage, Droit fédéral, Survol des mesures cantonales, Procédure, 2ème éd. Zurich 2006, no 4.7.9, p. 331 et 332). Les indemnités compensatoires seront calculées sur la base du salaire conforme aux usages professionnels et locaux même si l'assuré ne réalise aucun gain ou seulement

A/3032/2011 - 15/20 - un gain minime (ATFA non publié C 135/98 du 5 juin 2001 consid. 5, in DTA 2002 p. 110 ; ATF non publié 8C_774/2008 du 3 avril 2009, consid. 2). c) Conformément à l'art. 23 al. 3 LACI, un gain accessoire n'est pas assuré. Est réputé accessoire tout gain que l'assuré retire d'une activité dépendante exercée en dehors de la durée normale de son travail ou d'une activité qui sort du cadre ordinaire d'une activité lucrative indépendante. Un gain accessoire ne devient pas gain intermédiaire pendant le chômage. Par contre, si l'assuré étend son activité accessoire, le revenu supplémentaire qu'il en retire sera pris en compte comme gain intermédiaire. Un gain accessoire conserve ce statut dans les délais-cadres suivants. Il ne compte donc pas comme période de cotisation et ne sera pas pris en compte dans le calcul du gain assuré (IC 2007, C9, C10 et C131). d) En vertu de l'art. 159 al. 3 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC ; RS 210), les époux se doivent l'un à l'autre fidélité et assistance. Quant à l'art. 163 CC, il prévoit que mari et femme contribuent, chacun selon ses facultés, à l'entretien convenable de la famille (al. 1). Ils conviennent de la façon dont chacun apporte sa contribution, notamment par des prestations en argent, son travail au foyer, les soins qu'il voue aux enfants ou l'aide qu'il prête à son conjoint dans sa profession ou son entreprise (al. 2). Ce faisant, ils tiennent

compte des besoins de l'union conjugale et de leur situation personnelle (al. 3). Le devoir d'assistance porte avant tout sur les relations des conjoints entre eux. Il se définit comme un devoir de soutien moral et matériel des conjoints l'un envers l'autre. Le devoir d'assistance peut prendre la forme de prestations matérielles ou immatérielles. Les premières comprennent notamment une participation à l'entretien de la famille allant au-delà de la contribution due en vertu des art. 163/164 CC ou l'aide apportée au conjoint dans sa profession ou son entreprise (Commentaire romand du Code civil I, n. 10 et 11 ad art. 159)

e) 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).

E. 6

En l'occurrence, l'OCE soutient que le recourant a travaillé dans l'établissement de son épouse de 18h00 à 22h00 dès le 9 mai 2010, alors que le recourant le conteste,

A/3032/2011 - 16/20 - estimant avoir uniquement donné un coup de main à son épouse lorsque celle-ci se rendait au domicile conjugal pour voir ses enfants durant la soirée. a) Pour établir sa décision sur opposition du 1er septembre 2011, l'OCE s'est essentiellement fondé sur les rapports d'infraction des 9 mai et 6, 7, 10 et 11 juillet 2010 ainsi que sur les déclarations de l'agent O_____. Il résulte desdits rapports que la Police municipale de Meyrin est intervenue au tea-room Y_____ de Meyrin à cinq reprises, en raison d'un excès de bruit ou d'une fermeture tardive de l'établissement dus à chaque fois à des matchs de football, étant précisé que la Coupe du monde de football a eu lieu du 11 juin au 11 juillet 2010. Le recourant apparaît comme étant le répondant présent sur place sur tous les rapports, lesquels ne mentionnent en revanche pas si son épouse s'y trouvait. A cet égard, l'agent O_____ déclare tout d'abord en audience, en étant formel, que l'épouse du recourant n'était pas sur les lieux lors des interventions, mais indique finalement, que lors de celles du mois de juillet 2010, il ne peut pas exclure qu'elle se soit trouvée dans les rayons de l'épicerie. Il précise que le recourant se trouvait derrière le bar lors desdites interventions. Par ailleurs, à la fin de l'année 2010, l'OCE a requis de la Police municipale de Meyrin qu'elle vérifie la présence de l'assuré dans le tea-room de son épouse. Ainsi, attendu que l'agent O_____ était responsable LRDBH, c'est lui qui s'en est chargé. Il passait ainsi, devant le tea-room, entre 19h30 et 22h00, lors de son horaire de nuit, lequel était de sept jours d'affilée toutes les trois à quatre semaines, toutefois, il ne passait pas tous les soirs devant l'établissement durant ces sept jours. Il précise, lors de son audition, que son passage devant l'établissement durait entre 5 et 10 secondes, qu'il avait noté les soirs où il avait vu le recourant et que ces brefs passages étaient suffisants pour constater que l'assuré se tenait derrière le bar, devant lequel les clients étaient installés. Cela étant, il n'a pas vu l'assuré en train de servir des clients ou faire la vaisselle. De plus, il ressort des deux courriels envoyés par l'agent O_____ à l'OCE qu'il avait aperçu le recourant dans le tea-room en train de servir des clients le 31 décembre 2010 ainsi que le 2 février et le 8 mars 2011. La Cour de céans constate que le

contenu des courriels et ses déclarations en audience semblent contradictoires, en ce sens qu'il a écrit à l'OCE avoir vu le recourant servir des clients, alors qu'il précise en audience que tel n'était pas le cas. En outre, le fait que le recourant soit présent dans les locaux Y _____ de Meyrin, lors de matchs de football, durant les mois de mai et juillet 2010, bien qu'il se soit trouvé derrière le bar, ainsi que le fait que l'agent O _____ l'ait aperçu, durant quelques secondes, à trois reprises entre décembre 2010 et mars 2011 dans le bar, ne permet pas encore d'établir, au degré de la vraisemblance prépondérante, qu'il y travaillait de 18h00 à 22h00. Le rapport d'enquête n'est absolument pas probant lorsqu'il retient que l'assuré était continuellement présent

A/3032/2011 - 17/20 - dans l'établissement et y travaillait bien plus que son épouse, sur la base des trois seuls constats de sa présence durant quelques secondes. Il est de plus fondé sur un élément erroné s'agissant des horaires de travail de l'épouse et de la belle sœur de l'assuré. b) Il s'agit dès lors d'examiner si les autres éléments présents au dossier permettent de répondre à cette question. Il est établi que la raison individuelle M _____ a été inscrite durant le mois d'avril 2007 au Registre du commerce, que l'épouse du recourant y apparaît en qualité de titulaire, avec signature individuelle, et que le recourant avait une procuration individuelle dès ce moment-là jusqu'en février 2011. De plus, le café-épicerie est situé à Meyrin et le domicile conjugal du recourant et de son épouse se trouve à aussi à Meyrin. En outre, il résulte des déclarations de l'épouse du recourant, de sa belle-sœur et du comptable que celles-ci étaient toutes deux actives dans ce café, étant précisé que sa belle-sœur travaillait à 50%. Elles se partageaient le temps de travail de la manière suivante :

épouse du recourant belle-sœur du recourant Lundi 6h30-8h00 14h00-24h00 8h00-14h00
Mardi 6h30-14h00 20h00-24h00 14h00-20h00 Mercredi 13h00 (14h00)- 24h00
6h30-13h00 (14h00) Jeudi - - Vendredi 6h30-8h00 14h00-24h00 8h00-14h00 Samedi et
dimanche 6h30-8h00 14h00-24h00 6h30-13h30 ou 14h00- 20h00 en alternance

Quant au recourant, un délai-cadre d'indemnisation a été ouvert en sa faveur dès le 3 mai 2010 et il a suivi un PETF du 27 novembre 2010 au 16 mai 2011. Il a déclaré être souvent présent le soir dans l'établissement de son épouse, d'une part, en raison de la proximité immédiate de son domicile, pour boire quelque chose et discuter avec des amis et d'autre part, car il aidait parfois son épouse au bar quelques minutes, pour qu'elle puisse aller voir ses enfants, débarrassait les bouteilles vides ou allait chercher des marchandises. De plus, il a toujours signalé

A/3032/2011 - 18/20 - que les services qu'il rendait à son épouse ne pouvaient pas être considérés comme une activité lucrative, ce d'autant moins qu'il n'était pas rémunéré. Ses déclarations sont unanimement confirmées par son épouse, sa belle-sœur, le comptable de la société ainsi que par les trois clients qui ont été entendus par la Cour de céans. En effet, son épouse, appuyée par son comptable, a tout d'abord affirmé qu'il n'était pas son employé et qu'il ne percevait dès lors pas de salaire. Elle a également expliqué que son époux pouvait la remplacer le soir durant un quart d'heure, voire au maximum 30 minutes, pour qu'elle puisse aller dire bonne nuit aux enfants, étant précisé qu'en dehors de cette période-là son époux ne servait pas les clients, hormis s'il s'agissait d'un ami. La belle-sœur du recourant a quant à elle attesté que lorsqu'elle travaillait, le recourant ne venait jamais l'aider, boire quelque chose et qu'elle ne le voyait pas. En outre, la première cliente entendue a indiqué que le recourant était présent le soir, durant la semaine, pour boire un café, notamment lorsqu'il y avait un match de football, que son épouse pouvait partir voir ses filles cinq

minutes et que les clients l'attendaient en principe pour payer, sauf lorsqu'ils étaient pressés, cas dans lequel le recourant encaissait, toutefois, celui-ci ne servait pas les clients. Elle a précisé que lorsqu'il était présent le soir, il était attablé avec les clients ou au bar avec ceux-ci, mais jamais derrière bar. Les deux autres clients entendus ont fait des déclarations similaires, en indiquant que lorsque le recourant était au café, il jouait aux cartes avec des clients, il ne servait pas ceux-ci, sauf s'ils étaient pressés, il ne se tenait pas derrière le bar, mais devant celui-ci avec les clients et qu'il arrivait que l'épouse du recourant s'absente 5 à 10 minutes, période durant laquelle le recourant acceptait d'encaisser les consommations si les clients étaient pressés. Eu égard à ce qui précède, ce sont l'épouse et la belle-sœur du recourant qui travaillent en alternance et assument seules toute la durée d'ouverture du tea-room / épicerie. Le recourant quant à lui aide son épouse pour qu'elle puisse s'occuper entre 5 et 30 minutes de ses filles le soir, avant qu'elles aillent dormir. Il est vrai que le recourant a eu une procuration individuelle depuis l'ouverture de l'épicerie et qu'il n'a jamais déclaré ce fait à l'OCE, toutefois, ce seul élément ne permet pas de retenir qu'il exerçait une activité lucrative pour son épouse depuis 2007, surtout eu égard à son activité dépendante exercée à plein temps entre 2000 et 2009 et du fait qu'il devait s'occuper de ses filles lorsque son épouse travaillait le soir. Qui plus est, l'aide fournie par le recourant à son épouse d'une durée de 5 à 30 minutes, même si elle est journalière, rentre à l'évidence dans son devoir d'assistance envers son épouse, attendu qu'il doit être donné à celle-ci la possibilité de voir ses filles le soir avant qu'elles se couchent. c) En conséquence, au vu tous ces éléments, la Cour de céans estime, au degré de la vraisemblance prépondérante, que l'aide fournie par le recourant à son épouse ne peut pas être considérée comme une activité lucrative et qu'un gain intermédiaire

A/3032/2011 - 19/20 - fictif ne peut dès lors pas être retenu. Les déclarations de l'agent O _____, lequel ne semble jamais concrètement avoir vu le recourant travailler dans l'établissement de son épouse, ne sauraient remettre en cause les déclarations concordantes de l'épouse et de la belle-sœur du recourant, de leurs clients et du recourant lui-même. d) Pour le surplus, il résulte des déclarations du recourant, de son épouse et des deux clientes entendues que le recourant a toujours aidé son épouse depuis l'ouverture de son établissement en 2007, afin que celle-ci puisse notamment rentrer au domicile conjugal voir ses enfants, alors même qu'il était, entre 2007 et 2009, employé à plein temps par l'entreprise X _____ SA. Cela n'est pas contesté par l'OCE. Cette activité pourrait dès lors être assimilée à une activité accessoire, dont le gain n'est pas assuré. Partant, dans la mesure où la Cour de céans considère au vu des déclarations des clientes et au degré de la vraisemblance prépondérante prévu par la jurisprudence, que le recourant n'a en tous les cas pas étendu l'aide à son épouse depuis le mois de mai 2010, son gain accessoire fictif ne devient pas un gain intermédiaire durant sa période de chômage (art. 23 al. 3 et 24 al. 3 i.f. LACI).

E. 7

Le recours doit ainsi être admis, en ce sens qu'aucun gain intermédiaire ne peut être retenu pendant le délai-cadre d'indemnisation du recourant, de sorte que celui-ci aura ainsi droit au versement par sa Caisse de chômage de l'intégralité de ses indemnités de chômage dès le 9 mai 2010, sous déduction de celles qui lui ont déjà été versées, et sous réserve de l'issue des procédures concernant les suspensions infligées.

A/3032/2011 - 20/20 - 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.