

GE_GERICHTE ATAS/84/2016 vom 3. Februar 2016

GE Cour de justice, 2016-02-03, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_84_2016

FR: GE_GERICHTE ATAS/84/2016 du 3 février 2016

IT: GE_GERICHTE ATAS/84/2016 del 3 febbraio 2016

Erwägungen

E. 13

mai 2014, reçu le 16 mai 2014, qui mentionnait le code no1 afférent aux personnes salariées. Or, dans la mesure où le statut de cotisant AVS avait été formellement et définitivement reconnu au recourant, la caisse n'avait plus le droit d'en décider autrement. Par conséquent, elle avait retenu les gains réalisés pour les périodes de septembre à décembre 2012 et de janvier 2013, sans déduction de frais. En tout état de cause, même s'il devait être tenu compte d'un gain intermédiaire de personne de condition indépendante, la plupart des frais mentionnés sur le décompte produit par le recourant étaient des frais d'investissement qui ne pouvaient être déduits. Enfin, l'intimée soulignait que c'était sur la base des éléments transmis par D_____ SA que le montant à restituer, de CHF 5'222.90, avait été calculé.

E. 14

Lors de l'audience de comparution personnelle des parties du 26 août 2015 devant la chambre de céans, le recourant a indiqué que les fiches relatives à ses gains, produites par D_____ SA, avaient été rectifiées par la suite par la comptable de la société et que la part patronale avait été payée à la caisse. Pour le mois de septembre 2012, il confirmait avoir perçu la somme de CHF 1'348.40, sans déductions sociales. Il n'avait pas payé de cotisations d'indépendant sur ces revenus. Finalement, après déduction de tous ses frais, il n'avait gagné que CHF 6.40. Il avait pris sa retraite au 31 janvier 2013 et avait demandé à D_____ SA de ne le payer qu'à la fin février, afin de compléter ses revenus. Il recevait une rente AVS de CHF 1'470.- et n'était pas saisissable. Le recourant était parti du principe qu'il était indépendant, car il l'avait déjà été durant sept ou huit ans ; c'était la caisse qui avait décidé de l'affilier comme indépendant dans le contrôle qualité des champignons. Il estimait être de bonne foi, ajoutant que s'il avait su qu'il allait être considéré comme salarié, il n'aurait pas accepté de travailler pour D_____ SA. Pour pratiquer son activité, il avait dû faire des investissements au moyen de l'argent légué par son père, tel que l'achat d'un ordinateur ou d'une voiture. Il pensait qu'il ne devait pas faire de déclaration à la caisse de chômage dans ces circonstances. Pour le surplus, son recours visait à défendre son honneur.

A/1307/2015 - 5/11 - La caisse a, quant à elle, rappelé qu'en matière de chômage, ce n'était pas le moment où l'assuré était effectivement payé qui était déterminant, mais le moment où il déployait son activité, selon le principe de la survenance.

E. 15

A l'issue de cette audience, la cause a été gardée à juger. EN DROIT 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. 2. Les dispositions de la LPGA s'appliquent à l'assurance-chômage obligatoire et à l'indemnité en cas d'insolvabilité, à moins que la LACI n'y déroge expressément (art. 1 LACI). 3. Interjeté dans les formes et délai prescrits, le recours du 21 avril 2015, contre la décision de l'intimée du 24 mars 2015, est recevable (art. 56 et 60 LPGA, art. 89B de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA-GE - E 5 10). 4. Le litige porte sur le point de savoir si le recourant a perçu des gains intermédiaires de la société D_____ SA durant les mois de septembre 2012 à janvier 2013 et si l'intimée est, de ce fait, fondée à lui réclamer la restitution d'un montant de CHF 5'222.90, représentant la différence perçue indûment sur les indemnités de chômage versées durant cette période. 5. Selon l'art. 11 al. 1 LACI, il y a lieu de prendre en considération la perte de travail lorsqu'elle se traduit par un manque à gagner et dure au moins deux journées de travail consécutives. Pendant la période d'indemnisation, l'assuré peut être amené à exercer une activité lucrative et à en tirer un gain intermédiaire. Dans ce cas de figure, l'indemnité chômage se calcule, selon le principe de la perte de gain, en soustrayant du montant de l'indemnité pleine tel que défini selon l'art. 22 LACI, le gain réalisé grâce à l'activité intermédiaire (art. 24 al. 1 LACI). 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 (al. 3). Le droit à la

A/1307/2015 - 6/11 - compensation de la perte de gain est limité aux douze premiers mois de l'activité visée à l'al. 1er, et à deux ans pour les assurés qui ont des obligations d'entretien envers des enfants ou qui sont âgés de plus de 45 ans (al. 4). Si l'assuré, afin d'éviter d'être au chômage, accepte d'exercer pendant au moins une période de contrôle une activité à plein temps pendant laquelle il touche une rémunération inférieure aux indemnités auxquels il aurait droit, l'art. 11 al. 1er n'est pas applicable durant les délais fixés à l'al. 4 (al. 5). Si le salaire versé n'est pas conforme au tarif usuel dans la profession et la localité, la caisse l'adapte au salaire en usage pour ce genre de travail. La caisse examine si le salaire est conforme aux usages professionnels et locaux en se fondant sur les prescriptions légales, la statistique des salaires, l'échelle des salaires usuels de l'entreprise ou de la branche, les contrats types ou les conventions collectives de travail. Elle peut le cas échéant se procurer les directives émises par les associations professionnelles (Bulletin LACI IC/C134). L'art. 41a de l'ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (ordonnance sur l'assurance-chômage, OACI - RS 837.02) précise que lorsque l'assuré réalise un revenu inférieur à son indemnité de chômage, il a droit à des indemnités compensatoires pendant le délai-cadre d'indemnisation (al. 1er). Le revenu provenant d'un gain intermédiaire est pris en compte dans chaque période de contrôle pendant laquelle la prestation de travail est fournie (principe de la survenance). La date à laquelle l'assuré réalise sa créance est sans importance (Bulletin LACI IC/C133, valable dès le 1er janvier 2015 (ci-après : Bulletin LACI/IC) ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_358/2007 du 26 mai 2008 consid. 5.1). S'agissant du revenu provenant d'une activité indépendante, selon l'art. 41a al. 5 OACI, il est également toujours pris en compte pendant la période de

contrôle au cours de laquelle le travail a été fourni. Les frais attestés de matériel et de marchandise sont déduits du revenu brut. Les autres dépenses professionnelles font ensuite l'objet d'une déduction forfaitaire s'élevant à 20% du revenu brut restant. Les frais d'investissement, c'est-à-dire les achats de machines, de véhicules, de meubles et d'immeubles, ne peuvent être déduits (Bulletin LACI IC/C147). 6. En l'espèce, l'intimée réclame au recourant la restitution d'un trop-perçu de CHF 5'222.90 sur les indemnités de chômage versées de septembre 2012 à janvier 2013, considérant qu'il avait réalisé des gains intermédiaires, au sens de l'art. 24 LACI, auprès de la société D_____ SA durant cette période. Le recourant, pour sa part, ne nie pas avoir travaillé pour D_____ SA durant la période en question, ni avoir perçu le montant réclamé, mais conteste que celui-ci ait constitué un gain, n'ayant servi qu'à couvrir ses frais professionnels d'indépendant.

A/1307/2015 - 7/11 - Se pose dès lors, en premier lieu, la question de savoir si les montants versés par D_____ SA au recourant durant les mois de septembre 2012 à janvier 2013 constituent des gains intermédiaires. Force est de constater que tel est manifestement le cas, dans la mesure où le recourant a perçu ces montants pour le travail qu'il a réalisé pour D_____ SA durant les mois de septembre 2012 à janvier 2013, soit pendant une période de contrôle, étant rappelé qu'un délai-cadre était ouvert en sa faveur jusqu'au 31 janvier 2013. En effet, contrairement à ce que soutient le recourant, des gains intermédiaires peuvent aussi bien résulter d'une activité salariée que d'une activité indépendante. De plus, comme l'a relevé l'intimée, il y a lieu de prendre en considération le gain intermédiaire réalisé pour la période de contrôle pendant laquelle la prestation de travail a été fournie, selon le principe de la survenance. Peu importe à cet égard que les gains ne devaient lui être versés qu'à la fin février et à la fin mars 2013, après sa période de contrôle. Partant, c'est à juste titre que l'intimée a considéré que les montants versés par D_____ SA au recourant durant les mois de septembre 2012 à janvier 2013 constituaient des gains intermédiaires. 7. Il reste à examiner si le recourant a réalisé de tels gains en qualité de salarié ou d'indépendant, afin de déterminer dans quelle mesure ceux-ci doivent être pris en considération, étant relevé que le recourant se prévaut de la déduction de ses frais d'indépendants, conformément à l'art. 41a al. 5 OACI. Selon la jurisprudence, la délimitation entre travailleurs salariés et indépendants est en principe définie dans l'assurance-chômage en fonction du statut de cotisant selon le droit de l'AVS. Sous réserve de décisions manifestement erronées, les décisions de l'AVS en ce domaine ont un effet contraignant dans l'assurance-chômage (arrêt du Tribunal fédéral C 350/05 du 3 mai 2006 consid. 4.1 et les arrêts cités ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_925/2012 du 28 mai 2013 consid. 3.3). Le Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) rappelle que 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 (Bulletin LACI IC/A4). 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

A/1307/2015 - 8/11 - comme une hypothèse possible ; la vraisemblance prépondérante suppose que, d'un point de vue objectif, des motifs importants plaident pour l'exactitude d'une allégation, sans que d'autres possibilités ne revêtent une importance significative ou n'entrent raisonnablement en considération (ATF 139 V 176 consid. 5.3 et les références). 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). 9. En l'occurrence, il ressort de l'extrait du compte individuel du recourant que la caisse de compensation, soit la FER, a inscrit les revenus provenant de D_____ SA comme des éléments de salaire, cette société y étant mentionnée en tant qu'employeur et le code revenu inscrit étant effectivement celui des salariés. Ainsi, comme l'a indiqué l'intimée, elle est en principe liée par le statut de cotisant reconnu par la FER, à moins que celui-ci ne soit manifestement erroné. Or, contrairement à ce que soutient le recourant, il apparaît à la chambre de céans qu'aucun élément ne permet d'inférer que tel soit le cas. Certes, dans son courrier du 24 octobre 2014, D_____ SA indique-t-elle avoir considéré le recourant comme un prestataire externe et non comme un employé. Par ailleurs, la rémunération du recourant était fondée sur la base de factures établies par lui-même. Il n'en demeure pas moins que les parties ont pu convenir d'un salaire à la tâche et qu'il est établi que D_____ SA a déduit de ces factures des cotisations sociales. Le recourant a en outre confirmé, lors de sa comparution personnelle, que ladite société avait payé la part patronale et il ne ressort pas du dossier qu'il se soit lui-même acquitté de cotisations d'indépendants sur ses revenus. A ce propos, on remarquera que, dans la mesure où le recourant avait déjà été indépendant par le passé, il pouvait à tout le moins déduire du fait qu'il ne s'acquittait pas de telles cotisations qu'un statut d'indépendant ne lui était pas reconnu pour cette activité. En outre, il apparaît que l'activité du recourant consistait à rédiger des articles destinés à un journal hebdomadaire édité par D_____ SA et que cette société prenait en charge les déplacements effectués par le recourant dans le cadre de cette activité. Dans ce contexte, l'activité de rédaction du recourant dépendait dans une large mesure de D_____ SA et aucun risque économique n'était véritablement supporté par celui-ci. Compte tenu de ce qui précède, la seule volonté des parties de considérer le recourant en tant qu'indépendant n'est pas décisive, tant au regard des versements de cotisations sociales effectués que de l'organisation du travail accompli par le recourant à la demande de D_____ SA. Aucun élément ne justifie dès lors de remettre en cause le statut de salarié du recourant retenu par la FER, lequel n'apparaît pas manifestement erroné.

A/1307/2015 - 9/11 - Par conséquent, c'est à bon droit que l'intimée a retenu que le recourant avait réalisé des gains intermédiaires auprès de D_____ SA en qualité de salarié et qu'elle a considéré ces gains sans autres déductions, conformément aux art. 24 LACI et 41a al. 1 OACI. Il résulte ainsi qu'un montant de CHF 5'222.90 avait été versé en trop au recourant. 10. À teneur de l'art. 25 LPGA, auquel renvoie l'art. 95 al. 1 LACI, les prestations indûment touchées doivent être restituées (al. 1er, 1ère phrase). Le droit de demander la restitution s'éteint un an après le moment où l'institution d'assurance a eu connaissance du fait, mais au plus tard cinq ans après le versement de la prestation. Si la créance naît d'un acte punissable pour lequel le droit pénal prévoit un délai de prescription plus long, celui-ci est déterminant (al. 2). Selon la jurisprudence rendue sous l'empire de l'art. 47 al. 1er LAVS, l'obligation de restituer suppose en outre que soient remplies les

conditions d'une reconsidération ou d'une révision procédurale de la décision – formelle ou non – par laquelle les prestations en cause ont été allouées (ATF 130 V 318 consid. 5.2). En vertu de l'art. 53 LPGA, les décisions et les décisions sur opposition formellement passées en force sont soumises à révision si l'assuré ou l'assureur découvre subséquentement des faits nouveaux importants ou trouve des nouveaux moyens de preuve qui ne pouvaient être produits auparavant (al. 1er). L'assureur peut revenir sur les décisions ou les décisions sur opposition formellement passées en force lorsqu'elles sont manifestement erronées et que leur rectification revêt une importance notable (al. 2). En règle générale, l'octroi illégal de prestations est réputé sans nul doute erroné (ATF 126 V 399 consid. 2b/bb et les références citées). Les principes contenus à l'art. 53 LPGA sont aussi applicables lorsque des prestations ont été accordées sans avoir fait l'objet d'une décision formelle et que leur versement, néanmoins, a acquis force de chose décidée (ATF 126 V 23 consid. 4b et les arrêts cités). 11. En l'espèce, c'est le 16 mai 2014 au plus tôt, date à laquelle elle a reçu l'extrait du compte individuel du recourant, que l'intimée a appris un fait nouveau, à savoir que le recourant avait réalisé des gains intermédiaires auprès de D_____ SA. En exigeant la restitution du montant de CHF 5'222.90 par décision du 14 janvier 2015, confirmée le 24 mars 2015, la caisse a agi ainsi dans le délai d'un an au sens de l'art. 25 al. 2 LPGA. Quant aux prestations dont le remboursement est réclamé, elles ont été versées dans les cinq années précédentes, de sorte que les conditions formelles posées à la restitution des prestations par l'art. 25 LPGA sont réalisées. Pour le surplus, le montant de la restitution n'est pas contesté et ne paraît pas contestable. 12. Il convient de rappeler que la restitution ne peut être exigée lorsque l'intéressé était de bonne foi et qu'elle le mettrait dans une situation difficile (art. 25 al. 1, 2ème phrase LPGA). Conformément à l'art. 3 de l'ordonnance du 11 septembre 2002 sur la partie générale du droit des assurances sociales (OPGA - RS 830.11), l'étendue

A/1307/2015 - 10/11 - de l'obligation de restituer est fixée par une décision (al. 1er), dans laquelle l'assureur indique la possibilité d'une remise (al. 2). L'assureur est tenu de renoncer à la restitution lorsqu'il est manifeste que les conditions d'une remise sont réunies (al. 3). L'art. 4 al. 4 OPGA dispose que la demande de remise doit être présentée par écrit. Elle doit être motivée, accompagnée des pièces nécessaires et déposée au plus tard 30 jours à compter de l'entrée en force de la décision de restitution. Il s'agit là d'un délai d'ordre et non de péremption (ATF 132 V 42 consid. 3). Pour le surplus, dans la mesure où la demande de remise ne peut être traitée sur le fond que si la décision de restitution est entrée en force, la remise et son étendue font l'objet d'une procédure distincte (ATFA non publié du 25 janvier 2006, C 264/05, consid. 2.1). Bien que la décision litigieuse ne fasse pas état de la possibilité pour le recourant de solliciter la remise du montant réclamé en restitution et que l'intimée a d'ores et déjà indiqué qu'elle ne pourrait renoncer à sa décision litigieuse étant donné que le remboursement sollicité résulte d'une non déclaration d'activité de la part du recourant, il convient de relever que la question de la remise de l'obligation de restituer ne peut être tranchée qu'une fois la décision de restitution entrée en force. Il appartiendra au recourant de solliciter une telle remise dans le délai de 30 jours dès l'entrée en force de la présente décision, s'il estime remplir les conditions de bonne foi et de situation financière difficile. 13. Au vu de ce qui précède, le recours est rejeté. 14. Il n'y a pas lieu à l'octroi de dépens. Pour le reste, la procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA).

A/1307/2015 - 11/11 - PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant À la forme :

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