

GE_GERICHTE ATAS/2/2013 vom 8. Januar 2013

GE Cour de justice, 2013-01-08, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_2_2013

FR: GE_GERICHTE ATAS/2/2013 du 8 janvier 2013

IT: GE_GERICHTE ATAS/2/2013 del 8 gennaio 2013

Erwägungen

E. 10

Faisant suite à la décision de refus du droit aux indemnités, dont la teneur lui a été communiquée oralement, l'assurée a indiqué à SYNA, le 1er avril 2011 également, que son employeur lui avait versé les salaires par acomptes et de main à la main, seuls quelques virements bancaires ayant eu lieu. Elle a également allégué que son employeur avait perçu les AIT, sans les lui reverser intégralement. Enfin, elle a précisé qu'elle avait annoncé le cas à l'AVS, à la caisse de compensation et au Procureur général. En annexe à ce courrier figurait la copie de la plainte pénale, non datée mais déposée le 1er avril 2009 selon les indications de l'assurée.

E. 11

Le 4 mars (recte avril) 2011, l'assurée s'est à nouveau opposée à la décision du 1er avril 2011 précitée. Après avoir rappelé les faits, elle s'était déclarée « choquée » par l'annonce du refus de prestations en raison des carences et de la malhonnêteté de son employeur qui avait « non seulement berné ses employés, violés ces (recte ses) obligations de payer les charges sociales mais il a également été sommé par l'AVS de s'affilié (recte s'affilier) auprès de la Fondation supplétive LPP, que le cas a été dénoncé auprès de Monsieur le Procureur Général par la caisse de compensation à laquelle nous étions affiliés ». En annexe à ce courrier figuraient en outre les pièces suivantes :

A/24/2012 - 4/21 - – un courriel que la recourante a adressé à sa conseillère en personnel le 12 mai 2009, dans lequel elle l'informait des difficultés financières de son employeur ainsi que du fait qu'elle avait eu du mal à percevoir son salaire du mois d'avril, lequel lui avait été versé par acompte jusqu'au 11 mai 2009. – un courriel adressé le 20 octobre 2009 à son employeur, dans lequel l'assurée rappelait qu'il restait lui devoir des soldes de salaire depuis janvier 2009, qui auraient dû être acquittés le dernier jour de son travail, soit le 31 août 2009 ; – un courrier de la Juridiction des prud'hommes, daté du 20 octobre 2009, prenant acte de l'intention de l'assurée de dénoncer son employeur qui lui devait des soldes de salaire et sollicitant le formulaire pour ce faire ; – deux courriels datés des 6 et 12 novembre 2009 dans lesquels l'assurée indiquait à son employeur qu'elle était toujours dans l'attente du décompte final ; – un courriel de la CCGC du 25 mars 2011, informant l'assurée non seulement du fait que son employeur n'avait pas fait de déclaration salariale pour l'année 2009 et n'avait de ce fait pas rempli ses obligations en sa qualité d'employeur mais également de ce que le salaire perçu entre janvier et août 2009, d'un montant de 54'400 fr., allait prochainement être comptabilisé sur son compte individuel.

E. 12

Le 10 avril 2011, l'assurée a transmis à SYNA, par courriel, l'extrait du compte individuel délivré le 5 avril 2011 par la CCGC, selon lequel le salaire annuel versé par l'entreprise de

peinture était de 54'400 fr. en 2009.

E. 13

Le 13 avril 2011, l'assurée a formé, en sus de ses oppositions des 1er et 4 avril 2011, « recours » contre la décision du 1er avril 2011, répétant en substance ses précédents arguments.

E. 14

Le 3 mai 2011, l'assurée a encore adressé un courriel à la caisse de chômage, lui indiquant qu'elle entendait se plaindre auprès de la Cour de céans pour retard injustifié.

E. 15

Par courrier du 10 juin 2011, SYNA a demandé à l'assurée des informations complémentaires portant sur la durée de ses précédents rapports de travail et sur le versement réel du salaire. S'agissant de ce dernier point, la caisse a notamment requis des preuves, telles que des justificatifs bancaires ou postaux ou encore des quittances de versement du salaire en espèces. Elle a expliqué qu'en l'absence de ces pièces, elle ne pouvait tenir compte du montant du salaire convenu contractuellement. Dans cette hypothèse, le gain assuré mensuel lors de la réinscription, le 1er août 2009, allait être revu et le gain assuré initial de 2'756 fr. appliqué.

A/24/2012 - 5/21 -

E. 16

Le 30 juin 2011, l'assurée s'est prononcée sur le courrier de la caisse de chômage du 10 juin. Elle a notamment expliqué que s'agissant du versement réel des salaires par son employeur, elle leur avait déjà remis l'attestation de l'employeur. Elle a rappelé qu'elle ne pouvait inventer des quittances qu'elle n'avait pas et confirmait avoir perçu un salaire, de janvier à août 2009, d'un montant total net de 43'468 fr. 65, versé par acomptes bancaires ou en mains propres. De plus, elle avait transmis à la caisse les justificatifs pour les versements d'acomptes de salaire effectués les 30 juillet (5'000 fr.), 14 octobre (2'000 fr.) et 22 octobre 2009 (3'000 fr.), étant précisé que les versements effectués en octobre 2009 concernaient le solde des salaires de juillet et août 2009. Enfin, la caisse de chômage avait déjà en sa possession les pièces suivantes : l'extrait du compte individuel 2009 mentionnant les cotisations pour l'employeur, l'attestation de l'employeur en original et copie, les décomptes de salaire de janvier à août 2009, les rapports mensuels signés par son employeur, les relevés bancaires des acomptes de salaire versés ainsi que la copie du courrier adressé au Tribunal des prud'hommes le 20 octobre 2009. L'assurée précisait également que son employeur restait lui devoir le paiement des vacances de janvier à août 2009.

E. 17

Le 3 juillet 2011, l'assurée a répété ses précédentes allégations.

E. 18

Par décision sur opposition du 5 juillet 2011, la caisse de chômage a accepté l'opposition de l'assurée et annulé la décision du 1er avril 2011.

E. 19

Par décision du 14 juillet 2011, SYNA a réclamé à l'assurée la restitution d'un montant de 26'147 fr. 45 correspondant aux indemnités de chômage versées à tort durant la période de chômage entre le 3 août 2009 et le 31 mai 2010. En effet, lors de la réinscription de l'assurée, le 3 août 2009, le gain assuré avait été redéfini et était passé de 2'756 fr. à 7'583 fr. Il s'était avéré par la suite, à la lecture des courriers et courriels échangés avec l'assurée et compte tenu des renseignements donnés par la CCGC et par l'administration fiscale cantonale dans le cadre de l'instruction de la demande de prestations du 8 février 2011, que la preuve du versement des salaires convenus contractuellement ne pouvait être établie. En tenant compte du salaire convenu contractuellement, l'assurée aurait dû percevoir un montant total de 44'884 fr. 05 après déduction des charges sociales. Dans un courrier du 30 juin 2011, l'assurée avait indiqué avoir perçu un montant de 43'468 fr. 65, dont elle ne pouvait cependant apporter la preuve pour les motifs suivants : le salaire lui avait été versé de main à main ; elle ne disposait d'aucune quittance du versement du salaire en espèces et seuls quatre justificatifs bancaires attestant du versement d'avances des salaires pour un montant total de 12'000 fr.

A/24/2012 - 6/21 - avaient été transmis. Par conséquent, le gain assuré mensuel corrigé sur la base des salaires attestés était inférieur au gain assuré mensuel forfaitaire de 2'756 fr. défini lors de l'ouverture du délai-cadre, de sorte que c'était ce dernier qui était déterminant pour le calcul. La correction entraînait donc une restitution des indemnités déjà versées pour un montant de 26'147 fr. 45. Les décomptes détaillant les montants à restituer étaient joints à la décision du 14 juillet 2011.

E. 20

Parallèlement, par décision du 22 juillet 2011, la caisse de chômage a réclamé à l'assurée le remboursement des indemnités de chômage versées d'octobre 2006 à octobre 2008, soit 52'000 fr., ayant appris que l'assurée avait perçu durant la même période des indemnités perte de gain maladie de la ZURICH, sans avoir jamais mentionné la perception de ces indemnités dans ses formulaires IPA.

E. 21

Le 10 septembre 2011, l'assurée a formé opposition contre la décision du 14 juillet 2011, répétant qu'elle avait reçu une partie de son salaire de main à main, comme de nombreux ouvriers de l'entreprise également. Elle a en outre précisé que les allocations AIT étaient versées par SYNA sur le compte de l'entreprise de peinture, qui lui les reversaient de main à main en plus des acomptes virés sur son compte bancaire.

E. 22

Le 21 décembre 2011, SYNA a rejeté l'opposition de l'assurée et a confirmé la décision du 14 juillet 2011, répétant les termes de cette dernière.

E. 23

Par acte du 3 janvier 2012, l'assurée (ci-après : la recourante) a interjeté recours, concluant à l'annulation des décisions du 14 juillet 2011 et décision sur opposition du 21 décembre 2011. Après avoir rappelé les faits et les différentes démarches qu'elle avait entreprises, la recourante considère que la caisse de chômage (ci-après : l'intimée) dispose de suffisamment d'éléments probants permettant d'établir le salaire soumis à cotisation qu'il y a lieu de prendre en considération. Outre les pièces d'ores et déjà transmises à l'intimée, la recourante a encore produit les documents suivants : – l'ordonnance du Ministère public du

18 juillet 2011, par laquelle il a suspendu l'instruction de la procédure ouverte suite à sa plainte pénale (voir supra ch. 9), les multiples recherches entreprises par la police n'ayant pas permis de déterminer l'adresse de Monsieur E_____. – un courrier recommandé daté du 19 septembre 2009, que la recourante avait adressé à son employeur, dans lequel elle relevait que celui-ci restait lui devoir un solde salaire de 3'265 fr. 35, correspondant aux vacances dues pour

A/24/2012 - 7/21 - la période du 5 janvier au 31 juillet 2009 et aux vacances du 1er au 31 août 2009, correspondant à une activité à 30% ; elle y requérait en outre la remise des quittances des salaires versés en main propre, une attestation LPP et le remboursement de frais.

E. 24

L'intimée a répondu en date du 13 février 2012. Après avoir répété les faits de la cause, elle considère que la preuve du versement des salaires convenus contractuellement n'a pu être apportée de sorte qu'elle ne peut prendre en considération que le montant de 15'000 fr. comme salaire effectivement perçu par la recourante, pour la période du 5 janvier au 31 juillet 2009. Pour le surplus, l'intimée répète les arguments d'ores et déjà allégués.

E. 25

Une audience de comparution personnelle a eu lieu le 6 mars 2012. A cette occasion, la recourante a précisé que la CCGC avait accepté de mentionner un salaire de 54'400 fr. sur la base de son contrat de travail, des fiches de salaire et des rapports d'activité de l'employeur. La recourante a également indiqué qu'elle établissait les fiches de salaire des ouvriers mais que c'était son employeur qui s'occupait de celles de deux techniciens ainsi que des siennes. Dès le mois de janvier 2009, son salaire lui a été versé de main à main ainsi que par quelques versements sur son compte ouvert auprès de la BANQUE CANTONALE DE GENEVE. Elle devait harceler son patron jusqu'au pied de son immeuble pour obtenir des paiements, de 3'000 fr. à 4'000 fr. Elle ne déposait pas ces montants sur son compte bancaire, mais effectuait ses paiements et gardait le solde chez elle. D'autres employés étaient également payés de main à main. La recourante a également confirmé qu'elle avait perçu tous les salaires dus, sauf les indemnités de vacances, le treizième salaire au pro rata temporis et le mois de préavis et a, en outre, précisé que le montant de 43'468 fr. 65 articulé dans son courrier du 10 juin 2011 correspondait en réalité à l'addition des salaires nets qu'elle était censée avoir reçu selon son contrat. Dès le mois de janvier 2009, un acompte conséquent, de l'ordre de 3'500 fr. lui était versé aux alentours du 27 du mois courant, le solde lui étant remis en une ou deux fois au début du mois suivant. La procédure était la même avec tous les employés. Son patron ne lui remettait pas de quittance. Après réflexion, la recourante a admis que les versements n'étaient pas toujours des montants « ronds » tels que 3'000 fr., 3'500 fr. ou 4'000 fr. et il arrivait que l'employeur arrondisse au-dessus du salaire net. Par une fois, la recourante a été amenée à remettre à deux ouvriers, sur un chantier, les enveloppes contenant une partie de leur salaire, sans toutefois connaître le montant versé.

A/24/2012 - 8/21 - Enfin, elle a reconnu être taxée d'office et ne pas encore avoir entrepris les démarches pour modifier cette situation. De plus, elle était assistée par l'Hospice général. Lors de cette audience, l'assurée a retiré le recours qu'elle avait interjeté s'agissant de la décision du 22 juillet 2011, admettant devoir restituer la somme de 52'000 fr, soit les indemnités versées de fin 2006 à fin 2008 (cause A/25/2012).

E. 26

Le 6 mars également, la recourante a remis à la Cour de céans une copie de la demande de remise adressée à l'intimée et de la demande de suppression de la taxation d'office adressée à l'administration fiscale cantonale.

E. 27

Le 17 avril 2012 s'est tenue une audience d'enquêtes, lors de laquelle les témoins suivants ont été entendus : a) Monsieur F _____, peintre en bâtiment, a indiqué avoir travaillé un an pour l'entreprise de peinture. Son employeur ne lui payait pas régulièrement le salaire et il devait attendre jusqu'au 5, voire au 10 ou 15 du mois suivant pour percevoir son salaire en un seul versement. Pour sa part, il n'avait pas touché son salaire en plusieurs tranches. Il devait réclamer son salaire, qui lui avait été versé une ou deux fois par la poste, et à toutes les autres reprises, de main à main, en liquide, dans le bureau de l'employeur, sur le chantier ou encore dans un établissement public. Il avait ainsi perçu l'intégralité du salaire dû, y compris les vacances. Ce témoin s'était également inscrit auprès de l'intimée qui l'avait indemnisé sans difficultés, sur la base du salaire déclaré, sans qu'il n'eût dû prouver l'encaissement de son salaire. b) Entendu à titre de renseignement, Monsieur D _____, fils de la recourante, a indiqué avoir travaillé pour l'entreprise de peinture en qualité de peintre en bâtiment entre 2008 et 2009. Il devait souvent réclamer son salaire, qui lui était versé avec un retard d'une à deux semaines, de la main à la main, en général en totalité. Il arrivait parfois qu'il soit versé en plusieurs fois. Le témoin ne signait pas de quittance mais recevait une fiche de salaire mensuelle après paiement. Les autres ouvriers connaissaient le même problème. Il leur était même arrivé d'arrêter un chantier pour obtenir le paiement de leur salaire. Lorsqu'il a été licencié, l'intégralité de son salaire lui avait été payé et il n'y avait pas d'arriéré. Il s'était inscrit auprès de l'intimée et lui avait remis l'attestation d'employeur. Il n'avait pas dû prouver le paiement des salaires. c) Pour sa part, l'intimée a indiqué que lorsque le premier témoin s'était inscrit, son dossier était complet et il n'y avait aucune raison de remettre en cause le salaire figurant sur l'attestation de l'employeur. Il en allait de même lorsque l'assurée s'était inscrite en 2009. Ce n'était que suite à sa réinscription début 2011 que le dossier a été réexaminé et le gain assuré redéfini.

A/24/2012 - 9/21 -

E. 28

Faisant suite aux déclarations de l'intimée du 17 avril 2012 concernant le fait que le dossier du témoin était complet, la recourante a indiqué, dans un courrier du 15 mai 2012, qu'elle avait le sentiment d'être victime d'un acharnement, dès lors qu'elle avait fourni, à maintes reprises, toutes les pièces sollicitées et que son dossier était dès lors complet. En annexe à ce courrier figuraient plusieurs documents dans lesquels la recourante relevait que le dossier transmis à l'intimée était complet.

E. 29

Le 30 mai 2012, l'OCE a informé la Cour de céans que ni l'entreprise ni l'employeur n'avait bénéficié d'autres mesures AIT.

E. 30

Par courrier du 5 juin 2012, l'intimée a indiqué à la Cour de céans qu'elle avait retrouvé le dossier d'une autre personne qui avait travaillé en qualité de peintre auprès de l'entreprise. Elle relevait que les fiches de salaires relatives à cet autre employé étaient établies de

manière différente que pour la recourante, que les acomptes effectués de main à main étaient mentionnés et que le numéro AVS figurait en entier. Par ailleurs, une autre société, dont l'un des animateurs était l'employeur de la recourante, a bénéficié d'AIT pour le compte d'une personne qui a travaillé une année pour ladite société en qualité de responsable des ressources humaines. Le motif de la résiliation était le suivant « raison économique et faillite ». Cependant, en 2010, la société en question n'était pas en faillite. Le salaire de cette autre personne était de 6'000 fr. plus un treizième. Comme pour la recourante, la caisse de chômage avait demandé à cette employée de fournir les justificatifs bancaires mais elle n'avait été en mesure de produire les pièces justificatives que de quelques virements bancaires, étant payée de main à main pour le surplus. C'était donc sur la base des virements bancaires que le gain assuré avait été recalculé. A la lecture de l'extrait du compte individuel, SYNA avait également constaté qu'aucun montant n'avait été déclaré pour l'année en question et l'employée s'était empressée de verser les charges sociales elle-même.

E. 31

Par courrier du 12 juin 2012, l'OCE a informé la Cour de céans qu'aucune des sociétés gérées par l'employeur de la recourante n'avait bénéficié d'autres AIT, étant toutefois précisé que ce type d'information ne figurait dans leur base de données que depuis le mois de juin 2009.

E. 32

Une nouvelle audience d'enquêtes a eu lieu le 26 juin 2012. A cette occasion, les témoins suivants ont été entendus : a) Monsieur G_____, peintre en bâtiment, a indiqué avoir travaillé pour l'entreprise de peinture pendant plus de trois ans, et plus précisément jusqu'au 15 février 2009, soit plus d'une année en même temps que la recourante. L'employeur ne payait pas régulièrement le salaire à la fin du mois. Il finissait finalement par

A/24/2012 - 10/21 - obtenir le paiement de tout son salaire, en espèces, en une seule fois. Parfois, son employeur lui faisait signer des quittances, d'autres fois non. La recourante établissait ses fiches de salaire, que l'employeur lui remettait en mains propres après avoir payé le salaire. Confronté aux déclarations de la recourante, qui affirmait avoir travaillé pour l'entreprise en peinture qu'à compter du 5 janvier 2009, le témoin a indiqué qu'il ne pouvait donner de durée précise mais que la recourante était souvent présente dans l'entreprise pendant l'année mentionnée. Son employeur parlait d'ailleurs tout le temps de la recourante qui établissait les fiches de salaire. b) Monsieur H_____, a travaillé pour l'entreprise de peinture en qualité de peintre aux mois de juin et juillet 2009 (peut-être 2008). Après avoir réclamé à plusieurs reprises le versement de son salaire, il était payé en espèces. S'agissant du mois de juillet, il avait été payé en trois fois. Il manquait 300 fr. mais il avait renoncé à les réclamer. Il n'avait jamais reçu de fiches de salaire. Lorsqu'il recevait son salaire, il ne le mettait pas sur son compte mais payait ses factures. Lors de cette audience, l'intimée a produit des fiches de salaire pour les mois de juin à août 2008. Interrogé à leur propos, le témoin a indiqué qu'un salaire horaire de 25 fr. et un montant mensuel de 3'500 fr. avait été convenu contractuellement. Il ne lui semblait pas avoir été payé 26 fr. 50 de l'heure et s'il a perçu 4'100 fr, en juin, c'était en plusieurs fois.

E. 33

Le même jour a également eu lieu une audience de comparution personnelle des parties. a) L'intimée a indiqué que le gain assuré avait été calculé en fonction des virements bancaires

en ce qui concernait la recourante et le frère de l'employeur. Pour les autres employés, elle n'avait sollicité aucune preuve du paiement du salaire. Après vérification dans ses dossiers, l'intimée a constaté que l'employeur avait bénéficié d'une AIT dans le cadre de l'entreprise Y _____ Sàrl pour une personne engagée en tant que responsable des ressources humaines entre le 1er février 2008 et le 31 janvier 2009 et pour laquelle elle avait immédiatement demandé la preuve du paiement effectif. En l'absence de preuve d'un salaire, le gain a été fixé à 3'983 fr. au lieu de 6'500 fr. S'agissant des ouvriers inscrits au chômage, leurs salaires n'étaient pas encore inscrits à leur compte individuel lors de leur inscription au chômage, raison pour laquelle cette pièce n'avait pas été sollicitée à ce moment-là. b) Quant à la recourante, elle a indiqué que les fiches de salaire avaient une présentation différente car elles étaient préparées informatiquement et réutilisées de mois en mois, avec les modifications concernant le mois, les frais de téléphone et

A/24/2012 - 11/21 - parfois les acomptes. En ce qui la concernait, l'employeur établissait la fiche de salaire. S'agissant de la déclaration faite à la CCGC, elle s'était basée sur les fiches de salaire de janvier à août 2009 et non pas sur les salaires effectivement perçus. La recourante a également confirmé qu'après les versements du mois d'octobre, seuls les vacances et le 13e salaire afférant aux mois de juillet et août n'étaient pas payés. Elle a également précisé qu'elle n'avait pas noté les montants qui lui étaient versés et a admis qu'elle n'avait finalement pas déposé la demande aux prud'hommes. S'agissant du courrier du 19 septembre 2009, il ne portait pas sur le salaire mais sur les vacances. Après réflexion, la recourante a estimé que ses propos étaient confus. Lorsqu'elle avait mentionné, dans sa plainte pénale, « son salaire dans l'intégralité », elle pensait au versement de son salaire en une seule fois sur son compte en banque. Enfin, elle était d'avis, concernant son courriel du 4 avril 2011, que la mention « vous me devez des soldes salaires depuis janvier 2009 » était un tout et que cela n'impliquait pas qu'elle n'avait pas reçu ses salaires dans leur intégralité. Enfin, elle a confirmé ne pas avoir pris de vacances entre janvier et août 2009.

E. 34

Le 5 juillet 2012, l'intimée produit les pièces relatives aux versements effectifs des salaires dans les dossiers du frère de l'employeur et de l'autre personne ayant bénéficié d'AIT. Pour le surplus, elle persiste dans ses conclusions.

E. 35

Par courrier du 14 juin (recte juillet) 2012, la recourante persiste dans ses conclusions. En annexe à son courrier figurent notamment les déclarations suivantes, non signées : – Monsieur E _____, qui a indiqué le 18 juin : « ils n'ont pas tout payé, ils disaient que j'aurais dû mettre plainte avant... » ; – Monsieur I _____, qui a déclaré avoir saisi le Tribunal des prud'hommes, qui lui avait donné raison.

E. 36

Les 18 et 19 juillet 2012, la recourante a transmis à la Cour de céans un courriel reçu de l'institution LPP le 18 juillet 2012, selon lequel le salaire AVS de 54'400 fr. avait finalement été pris en considération pour la période de janvier à août 2009.

E. 37

Sur demande de la Cour de céans, la recourante a encore produit, en date des 30 septembre et 12 octobre 2012, ses décomptes bancaires d'août 2008 à décembre 2009, selon lesquels l'Hospice général a versé 3'850 fr. 10 à titre d'assistance entre

A/24/2012 - 12/21 - janvier et mars 2009 (780 fr. le 15 janvier 2009, 337 fr. le 28 janvier 2009, 700 fr. le 28 janvier 2009 également, à titre d'avance sur l'assistance du mois de février, 1'167 fr. le 19 février 2009 et 866 fr. 10 le 18 mars 2009).

E. 38

Invitée à se prononcer sur les relevés bancaires, l'intimée persiste dans sa position, par courrier du 15 novembre 2012, rappelant que la recourante n'avait pas réussi à prouver ni par la production de pièces ni par l'audition des témoins les sommes remises de main à main. Elle était de plus restée floue s'agissant des montants perçus et ses déclarations avaient été contradictoires à plusieurs reprises. Enfin, l'intimée s'interroge sur les raisons qui ont poussé la recourante à solliciter l'aide sociale si elle a perçu la majeure partie de ses salaires en mains propres.

E. 39

Sur ce, la cause a été gardée à juger le 15 novembre 2012.

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; 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. 2. A teneur de l'art. 1 al. 1 LACI, les dispositions de la LPGA, entrée en vigueur le 1er janvier 2003, s'appliquent à l'assurance-chômage obligatoire et à l'indemnité en cas d'insolvabilité, à moins que la loi n'y déroge expressément. 3. Interjeté dans les forme et délai prévus par la loi, le recours est recevable (art. 56 à 60 LPGA). 4. Le litige porte sur le droit de l'intimée à demander la restitution de 26'147 fr. 45, correspondant à des indemnités de chômage versées à tort, singulièrement sur le montant du gain assuré lors de la demande de prestations formée en août 2009. 5. a) D'après l'art. 22 al. 1 LACI, l'indemnité journalière pleine et entière s'élève à 80 pour cent du gain assuré, ou à 70 pour cent pour les personnes visées à l'art. 22 al. 2 LACI. 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 de telles allocations ne sont pas

A/24/2012 - 13/21 - des indemnités pour inconvénients liés à l'exécution du travail (art. 23 al. 1 LACI, 1ère phrase). 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). L'assuré supporte le fardeau de la preuve à cet égard. En cas de doute, il n'y a pas de solution médiane (gain assuré réduit tel que salaire hypothétique ou fictif en fonction des salaires usuels d'une branche en particulier ou de données statistiques). En effet, soit l'assuré établit la réalité d'un salaire soumis à cotisations et ce salaire est pris en compte au titre de gain assuré, soit il n'y parvient pas et le revenu allégué ne peut pas être pris en considération dans le calcul du gain assuré (ATFA non publié C 5/06 du 28 mars 2006 consid. 3) b) Le salaire contractuel n'est déterminant que si les parties respectent sur ce point les clauses contractuelles. Il s'agit en effet d'éviter des accords abusifs selon lesquels les parties conviendraient d'un salaire fictif qui, en réalité, ne serait pas perçu par le

travailleur : 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 que s'il n'a jamais fait l'objet d'une contestation (ATF 128 V 190 consid. 3a/aa; DTA 2001 n° 27 p. 228 consid. 4c, DTA 1999 n° 7 p. 27, DTA 1995 n° 15 p. 79). La déclaration d'impôts et le formulaire de salaire signé par l'assuré et destiné à l'AVS ne constituent pas des preuves suffisantes du versement du salaire. A défaut de pièces justifiant le versement du salaire (extraits bancaires ou postaux, quittances de salaire), le versement du salaire n'est pas réputé prouvé au degré de vraisemblance prépondérante (DTA 2004 n° 10 p. 115). Par ailleurs, le paiement du salaire ne saurait être prouvé uniquement sur la base de pièces signées de la seule main de la personne assurée dès lors qu'il n'est pas possible de tenir compte de simples allégués qui ne peuvent être vérifiés que par ses explications, un élément probatoire supplémentaire, qui ne peut être influencé par le demandeur étant exigé (ATFA non publié C 273/03 du 7 mars 2005 consid. 4.1). En l'absence de livres comptables tenus dans les règles de l'art et en toute transparence, de relevés bancaires, postaux ou reçus de paiement comptants ou de témoignages permettant d'établir le revenu à satisfaction de droit, le paiement du salaire ne peut pas être formellement prouvé (ATF non publié 8C_913/2011 du 10 avril 2012 consid. 3.3). c) Selon la circulaire relative à l'indemnité de chômage (IC) publiée par le SECO, en vigueur depuis le 1er janvier 2007 (ci-après : IC 2007), pour les personnes qui, avant leur chômage, n'avaient pas une position comparable à celle d'un employeur, l'attestation de l'employeur ainsi que les décomptes de salaire suffisent en règle générale à prouver la perception effective du salaire et, par conséquent, l'existence d'une activité soumise à cotisation. Le fait que l'employeur ait ou non viré les cotisations à la caisse de compensation est par contre indifférent. Si la caisse a

A/24/2012 - 14/21 - toutefois des doutes quant à l'exactitude de l'attestation établie par l'employeur ou quant à l'existence même d'un rapport de travail, elle doit alors exiger des éléments de preuve complémentaires. Il peut y avoir notamment doutes en présence de rapports de travail entre proches parents (B145). Pour les assurés occupant une position assimilable à celle d'un employeur et pour leur conjoint, la caisse doit dans tous les cas s'assurer du versement effectif des salaires (B146). Si la caisse obtient, dans le cadre de la recherche d'éléments de preuve complémentaires, des justificatifs bancaires ou postaux, le versement du salaire ainsi que l'existence d'une activité soumise à cotisation sont alors réputés établis (B147). Lorsque le salaire a été perçu en espèces, une déclaration d'impôt accompagnée de certificats de salaire obtenus auprès de l'administration fiscale, des quittances de salaire ou extraits de livre de compte fournis par une fiduciaire corroborés par un extrait de compte individuel AVS peuvent être acceptés à titre de preuve du versement du salaire. Si les montants figurant sur les documents divergent, le plus petit est déterminant pour le gain assuré. Il n'est pas exclu que l'assuré arrive à démontrer par d'autres moyens de preuve la perception effective de son salaire (B148). 6. a) A teneur de l'art. 95 al. 1 LACI, la demande de restitution est régie par l'art. 25 LPGA, à l'exception des cas relevant des art. 55 et 59cbis, al. 4. Selon l'art. 25 al. 1er 1ère phrase LPGA, les prestations indûment touchées doivent être en principe restituées. Selon le deuxième alinéa de cette disposition, 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. Il s'agit d'un délai de péremption, qui ne peut être interrompu. L'assuré concerné peut toutefois demander la remise de l'obligation de restituer, lorsque la restitution des prestations allouées indûment, mais reçues de bonne foi, mettrait l'intéressé dans une situation difficile (art. 25 al. 1er 2e phrase LPGA). Conformément à l'art. 3 de l'ordonnance

sur la partie générale du droit des assurances sociales, du 11 septembre 2002 (OPGA ; RS 830.11), l'étendue de l'obligation de restituer est fixée par une décision (al. 1), dans laquelle l'assureur indique la possibilité d'une remise (al. 2). b/aa) L'art. 25 al. 1 LPGA est issu de la réglementation et de la jurisprudence antérieures à l'entrée en vigueur de la LPGA (ATF 130 V 319 consid. 5.2). Selon cette jurisprudence, développée à partir de l'art. 47 al. 1 LAVS (dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002) et applicable par analogie à la restitution d'indemnités indûment perçues dans l'assurance-chômage (ATF 122 V 368. consid. 3, 110 V 179 consid. 2a), l'obligation de restituer suppose que soient remplies les conditions d'une reconsidération ou d'une révision procédurale de la décision par laquelle les prestations en cause ont été allouées (ATF 129 V 110 consid. 1.1, 126 V 23 sv. consid. 4b, 122 V 21 consid. 3a).

A/24/2012 - 15/21 - La reconsidération et la révision sont désormais explicitement réglées à l'art. 53 al. 1 et 2 LPGA qui codifie la jurisprudence antérieure à son entrée en vigueur (SVR 2004 ALV n° 14 p. 43 sv. consid. 3; ATF 127 V 469 consid. 2c et les références). Selon cette disposition, les décisions et les décisions sur opposition formellement passées en force sont soumises à révision si l'assuré ou l'assureur découvre subséquemment des faits nouveaux importants ou trouve des nouveaux moyens de preuve qui ne pouvaient être produits auparavant (al. 1). Par ailleurs, 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). b/bb) S'agissant de la reconsidération, il sied encore de préciser ce qui suit. Pour juger s'il est admissible de reconsidérer une décision pour le motif qu'elle est sans nul doute erronée, il faut se fonder sur la situation juridique existant au moment où cette décision a été rendue, compte tenu de la pratique en vigueur à l'époque (ATF 125 V 383 consid. 3 p. 389 et les références). Par le biais de la reconsidération, on corrigera une application initiale erronée du droit, de même qu'une constatation des faits erronée résultant de l'appréciation des preuves (ATF 117 V 8 consid. 2c p. 17, 115 V 308 consid. 4a/cc p. 314). Pour des motifs de sécurité juridique, l'irrégularité doit être manifeste, de manière à éviter que la reconsidération devienne un instrument autorisant sans autre limitation un nouvel examen des conditions à la base des prestations de longue durée. En particulier, les organes d'application ne sauraient procéder en tout temps à une nouvelle appréciation de la situation après un examen plus approfondi des faits. Ainsi, une inexactitude manifeste ne saurait être admise lorsque l'octroi de la prestation dépend de conditions matérielles dont l'examen suppose un pouvoir d'appréciation, quant à certains de leurs aspects ou de leurs éléments, et que la décision initiale paraît admissible compte tenu de la situation de fait et de droit. S'il subsiste des doutes raisonnables sur le caractère erroné de la décision initiale, les conditions de la reconsidération ne sont pas remplies (arrêts U 5/07 du 9 janvier 2008, consid. 5.2, 9C_575/2007 du 18 octobre 2007, consid. 2.2 et I 907/06 du 7 mai 2007 consid. 2.2). Ainsi, par exemple, une décision de rente est considérée manifestement erronée lorsqu'elle découle d'une instruction lacunaire (ATFA non publié du 13 août 2003, cause I 790/01). Il en va de même lorsqu'elle a été prise sur la base de règles de droit non correctes ou inappropriées ou lorsque des dispositions importantes n'ont pas été appliquées ou l'ont été de manière inappropriée (DTA 1996/97 n° 28 p. 158 consid. 3c). Par ailleurs, même si une décision administrative est manifestement erronée, sa rectification doit revêtir une importance notable (ATF 126 V 46 consid. 2b, 125 V 369 consid. 2 et les arrêts cités). L'importance notable de la rectification a ainsi été niée lorsque le montant en jeu ne dépasse pas quelques centaines de francs, tels que 265 fr. 20, 568 fr. 10 ou encore 954 fr. 25. Par contre, la

condition de l'importance notable a été retenue même lorsque la correction porte sur des montants insignifiants lorsqu'il s'agit de décisions octroyant des prestations périodiques (voir

A/24/2012 - 16/21 - ATF 119 V 475 consid. 1c) in fine ; KIESER, ATSG-Kommentar, 2009, n° 34 ad Art. 53). 7. Dans le domaine des assurances sociales, la procédure est régie par la maxime inquisitoire, selon laquelle 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 (art. 61 let. c LPGA). 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 ; cf. ATF 130 I 183 consid. 3.2). Le devoir du juge de constater les faits pertinents ne dispense donc 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). Autrement dit, si la maxime inquisitoire dispense les parties de l'obligation de prouver, elle 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 264 consid. 3), sauf si l'impossibilité de prouver un fait peut être imputée à son adverse partie (ATF 124 V 375 consid. 3). Au demeurant, il n'existe 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). 8. En l'espèce, la recourante prétend avoir perçu un salaire brut de 54'400 fr., ce qui correspond, selon elle, à un salaire net de 43'468 fr. 65. Elle allègue que ce montant lui a été versé par acomptes bancaires, pour un montant de 15'000 fr., et de main à main pour le solde (28'468 fr. 65). Pour sa part, l'intimée estime, au terme d'une instruction plus poussée, que le salaire net perçu en 2009 par la recourante s'élevait à 15'000 fr., soit le montant total des acomptes versés sur le compte personnel de la recourante. Comme indiqué précédemment, il appartient à l'assuré, soit en l'espèce à la recourante, d'établir, au degré de la vraisemblance prépondérante, le montant du salaire versé. a/aa) Si l'attestation de l'employeur et les fiches de salaire sont en principe suffisantes pour attester du salaire effectivement versé, cela n'est plus le cas lorsqu'il existe des doutes quant à leur véracité. Or, dans le cas d'espèce, de tels doutes sont permis. En effet, les fiches de salaire font référence à un numéro AVS incomplet et les cotisations sociales retenues ne correspondent pas aux charges légales. De plus, lesdites fiches de salaire font état du virement du salaire net sur le compte personnel de la recourante. Or, aucun montant correspondant n'apparaît sur

A/24/2012 - 17/21 - les relevés de compte, seuls 15'000 fr. ayant été versés par virement bancaire et qui plus est en plusieurs fois (2'500 fr. le 24 avril 2009, 2'500 fr. le 30 mai 2009, 5'000 fr. le 30 juillet 2009, 2'000 fr. le 14 octobre 2009 et 3'000 fr. le 22 octobre 2009). Par conséquent, au vu de ce qui précède, l'attestation de l'employeur et les fiches de salaire, sur lesquelles elle se fonde, sont dénuées de toute crédibilité et ne sont dès lors pas suffisantes pour attester du versement d'un salaire brut effectif de 54'400 fr. tel qu'allégué par la recourante. a/bb) Il y a donc lieu de déterminer si les autres documents produits par la recourante permettent de déterminer le salaire effectivement perçu. Conformément à la jurisprudence, le salaire contractuellement convenu ne peut être pris en considération que s'il a réellement été perçu par la recourante durant une période prolongée et que s'il n'a

jamais fait l'objet d'une contestation. Selon le contrat, le salaire brut de la recourante au 31 juillet 2009 aurait dû s'élever à 52'650 fr. (deux mois à 6'800 fr. + le 13e salaire au pro rata temporis et cinq mois à 7'000 fr. + le 13 salaire au pro rata temporis). Selon les fiches de salaire transmises par la recourante, le salaire se serait élevé, à la même date, à 52'300 fr., étant rappelé que le mois d'août a été pris en considération à titre de gain intermédiaire. Force est ainsi de constater une différence entre le salaire convenu contractuellement et celui ressortant des fiches de salaire. Partant, le contrat de travail n'est pas suffisant pour étayer les conclusions de la recourante, ce d'autant plus que les montants indiqués sont contestés par l'intimée. a/cc) La recourante invoque également l'extrait de son compte individuel établi par la CCGC, duquel il ressort que le salaire versé par l'entreprise de peinture s'élevait à 54'400 fr. Cependant, selon les déclarations de la recourante lors de son audition le 6 mars 2012, le montant du salaire pris en considération par la caisse de compensation a été déterminé sur la base du contrat de travail, des fiches de salaire et des rapports d'activité de son employeur. Ainsi, en d'autres termes, le montant du salaire pris en considération sur la CCGC se fonde sur des documents (contrat de travail et fiches de salaires) qui n'ont pas été considérés comme étant suffisamment crédibles pour établir le salaire effectivement versé. Partant, l'extrait du compte individuel AVS ne permet pas d'établir le salaire effectivement versé. a/dd) L'assurée se réfère aussi à ses courriers, censés attester du paiement de main à main de son salaire. Cela étant, lesdits courriers sont signés par la recourante elle-même et les allégations qu'ils contiennent ne peuvent donc être vérifiées que sur la

A/24/2012 - 18/21 - base de ses propres dires. Par conséquent, ils ne sont pas suffisants pour établir le versement effectif du salaire (voir ATFA non publié C 273/03 du 7 mars 2005 consid. 4.1), ce d'autant moins qu'ils ne donnent aucune indication sur les montants réellement perçus, le montant net invoqué par la recourante résultant uniquement de ses calculs. a/ee) S'agissant des témoins entendus, force est de constater qu'aucun d'eux ne s'est prononcé sur le montant effectivement perçu par la recourante, tous s'étant uniquement exprimé sur le fait que tout ou partie du salaire leur était versé de main à main. Leurs déclarations ne sont dès lors pas suffisantes pour attester du montant du salaire effectivement versé à la recourante. Surtout, s'il s'avère en effet que d'autres employés ont été payés de main à main et avec retard, ils percevaient l'entier de leur salaire en un seul versement, correspondant au surplus à la fiche de salaire qui leur était alors remise. b) De nombreuses incohérences s'ajoutent en outre à ces éléments. En effet, la recourante n'est, tout d'abord, pas en mesure d'indiquer avec exactitude les montants perçus, se contentant de préciser qu'elle a calculé le montant total de 43'468 fr. 65 par rapport au salaire contractuellement convenu (voir audience de comparution personnelle du 6 mars 2012). Or, en prenant en considération le salaire net ressortant des fiches de salaire, elle aurait dû percevoir 46'665 fr. 65 et en tenant compte des taux de cotisations corrects (assurance-chômage [1% et non 1.25%] et assurance-maternité [0.04% et non 0.15%]), le salaire net aurait dû s'élever à 47'958 fr.18. Il y a donc manifestement une différence entre le salaire net dû et le montant allégué par la recourante, différence qui oscille entre 3'100 fr. et 4'500 fr. environ. De plus, l'assurée s'est contredite à de nombreuses reprises, alléguant notamment ne pas avoir perçu tout le salaire, pour finalement se raviser (voir par exemple courriel de la recourante et courrier de la Juridiction des prud'hommes du 20 octobre 2009, procès-verbal de l'audience de comparution personnelle du 26 juin 2012) ou indiquant en premier lieu avoir perçu des montants « ronds » pour revenir sur ses déclarations quelques minutes plus tard, réalisant alors que cela n'était pas compatible avec le montant net de son

salaire (voir procès-verbal de l'audience de comparution personnelle du 6 mars 2012). De même, alors qu'elle prétend avoir perçu l'intégralité de son salaire, la recourante a bénéficié de l'aide de l'Hospice général entre janvier et mars 2009 pour un montant total de 3'850 fr. comme cela ressort des relevés bancaires. Enfin, lors de son audition, le 6 mars 2012, la recourante a expliqué qu'elle devait harceler son employeur pour obtenir des paiements de 3'000 fr. à 4'000 fr. Elle ne déposait pas ces montants sur son compte bancaire mais effectuait des paiements et gardait le solde chez elle (voir procès-verbal de l'audience de comparution

A/24/2012 - 19/21 - personnelle du 6 mars 2012). Or, à la lecture des pièces bancaires transmises par la recourante, force est de constater qu'elle a procédé à de nombreux retraits, ce qui est fort surprenant dans la mesure où, si l'on s'en tient à ses dires, elle aurait perçu près de 30'000 fr. en espèces, de main à main. c) Au vu des considérations qui précèdent, force est de constater que la recourante n'a pas été en mesure d'établir, au degré de la vraisemblance prépondérante, avoir effectivement perçu un salaire supérieur à 15'000 fr. C'est donc à tort que l'intimée a pris en considération un salaire supérieur fr. lors du calcul du gain assuré dans le cadre de la première période de chômage. Partant, la décision par laquelle l'intimée a accordé à l'assurée des indemnités de chômage calculées sur un gain mensuel assuré de 7'583 fr. pour la période du 1er août 2009 au 23 avril 2010 est sans nul doute erronée et sa modification est d'une importance notable, compte tenu des montants en jeu. Les conditions de la reconsidération sont par conséquent remplies et l'intimée pouvait réclamer la restitution des prestations versées à tort. 9. Reste toutefois encore à déterminer si la décision de restitution a été rendue dans les délais. a) Selon la jurisprudence, le délai de péremption d'une année commence à courir dès le moment où la caisse aurait dû se rendre compte de son erreur en faisant preuve de l'attention requise. Lorsque la restitution est imputable à une faute de l'administration, on ne saurait considérer comme point de départ du délai d'une année le moment où l'erreur a été commise par l'administration, mais le moment auquel celle-ci aurait dû, dans un deuxième temps (par exemple à l'occasion d'un contrôle) se rendre compte de son erreur en faisant preuve de l'attention requise. En effet, si l'on plaçait le moment de la connaissance du dommage à la date du versement indu, cela rendrait souvent illusoire la possibilité pour l'administration de réclamer le remboursement de prestations allouées à tort en cas de faute de sa part (ATF 124 V 380 consid. 1, voir également ATF non publié 8C_719/2008 du 1er avril 2009 consid. 4.1). b) En l'espèce, la question de savoir si la restitution est due à une erreur de l'intimée, qui n'aurait pas instruit la demande de prestations de la recourante du 3 août 2009 à satisfaction de droit alors que des doutes quant à la véracité des fiches de salaire étaient permis peut rester ouverte. En effet, il est établi que ce n'est que lors de la réinscription de février 2011, vraisemblablement aussi en lien avec la découverte du cas de restitution des prestations versées de fin 2006 à fin 2008, que la caisse a procédé au contrôle. Le délai de péremption d'un an n'a donc pas commencé à courir en août 2009, mais seulement lors du dépôt de la nouvelle demande de prestations, le 8 février 2011, en annexe à laquelle figuraient les fiches de salaire litigieuses.

A/24/2012 - 20/21 - Rendue le 14 juillet 2011, soit pendant le délai de péremption, la décision de restitution l'a été en temps utile, soit pendant le délai de péremption d'un an. 10. Au vu des considérations qui précèdent, le recours doit être rejeté. Pour le surplus, la procédure est gratuite.

A/24/2012 - 21/21 - 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.