

# **GE\_GERICHTE ATAS/648/2013 vom 25. Juni 2013**

GE Cour de justice, 2013-06-25, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_648\\_2013](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_648_2013)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/648/2013 du 25 juin 2013

IT: GE\_GERICHTE ATAS/648/2013 del 25 giugno 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**

Interjeté dans les délai et forme prescrits par la loi, le recours est recevable (art. 56 ss LPGA et 49 al. 3 LMC).

### **E. 3**

Le litige porte sur le droit de l'OCE de révoquer les ARE accordées à l'intéressée.

### **E. 4**

Le Conseil d'Etat détermine le montant de la participation au salaire. Celle-ci correspond en moyenne à 50% du salaire brut et est versée de manière dégressive pendant 12 mois maximum, respectivement 24 mois maximum." L'art. 48B LMC, enfin, autorise l'autorité compétente à révoquer sa décision d'octroi et à exiger la restitution des prestations touchées indûment, en cas de violation de la loi, du règlement ou des obligations contractuelles mises à charge du bénéficiaire de la mesure, de l'entité utilisatrice ou de l'employeur. L'allocation de retour en emploi est versée de manière dégressive. Elle correspond à 80% du salaire mensuel brut pendant le premier quart de la mesure, puis est réduite de 20% par quart suivant (art. 27 du règlement d'exécution de la loi en matière de chômage du 23 janvier 2008 (RMC ; RS J 2 20.01).

### **E. 5**

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). 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/3558/2012 - 10/13 - 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).

## **E. 6**

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. 7**

En l'espèce, l'intéressée a été mise au bénéfice des ARE de janvier 2012 à janvier 2013, ayant déclaré avoir été engagée à plein temps en qualité d'aide-comptable dès le 1er

décembre 2011 auprès de la société dont son frère est administrateur, moyennant un salaire brut de 5'500 fr. par mois.

#### **E. 8**

Il s'agit de déterminer en l'espèce si l'intéressée a effectivement retrouvé un emploi salarié auprès de X\_\_\_\_\_ SA, et plus particulièrement si elle a effectivement perçu un salaire de cette entreprise.

#### **E. 9**

L'intéressée n'a pas été en mesure de produire de documents bancaires ou postaux attestant du versement de son salaire par la société. Elle a à cet égard indiqué qu'elle était rémunérée de la main à la main et a communiqué à l'OCE des attestations signées par elle-même et son frère, "confirmant" qu'un salaire de 4'943 fr. 65 lui avait été versé chaque mois. La production de documents supplémentaires lui ont été demandés à l'issue de l'audience du 12 février 2012, soit des extraits du compte postal 2012, l'extrait du compte bancaire de la société pour 2012, les bilan

A/3558/2012 - 11/13 - et comptes de pertes et profits de la société pour 2012, tous documents prouvant le versement à la société par Z\_\_\_\_\_ SARL du complément de salaire de l'intéressée en 2012, ainsi que les récépissés postaux de ses paiements privés en 2012. Elle n'y a pas donné suite, après avoir toutefois sollicité deux prolongations de délai. Elle s'est alors bornée à communiquer les mêmes attestations déjà produites. Or, dans le domaine des assurances sociales, la procédure est certes régie par la maxime inquisitoire, selon laquelle les faits pertinents de la cause doivent être constatés d'office par le juge. Ce principe n'est toutefois 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). En présence d'un refus de collaborer, le juge est fondé à procéder à une appréciation des preuves sur la base des éléments du dossier (KIESER, ATSG- Kommentar, Zürich 2003, n. 59 ad art. 61). Il ne peut toutefois se contenter d'examiner la décision attaquée sous l'angle du refus de collaborer de l'intéressé et s'abstenir de tout examen matériel de ladite décision (ATFA non publié du 6 mai 2004, I 90/04, consid. 4 ; voir aussi RCC 1985 p. 322). Il résulte de ce qui précède que l'intéressée n'a pu prouver par document le versement effectif d'un salaire. Il y a quoi qu'il en soit lieu de douter sérieusement de l'existence de ce salaire. En effet, selon les propres déclarations de l'intéressée, "au début, la société n'avait pas de rentrée d'argent en dehors des versements de l'OCE. Nous n'avons

donc pas voulu créer d'ordre permanent. Ca nous paraissait plus simple de retirer l'argent versé par l'OCE, et de le compléter." Elle a même expliqué que le complément pour son salaire était parfois prélevé sur le compte de

A/3558/2012 - 12/13 - l'autre société dont son frère était gérant. L'absence de liquidités reconnue, ainsi que le fait que l'ARE versée à la société n'était pas immédiatement reversée sur le compte de l'intéressée, ne peuvent que laisser perplexe quant à la réalité du salaire déclaré. La Cour de céans constate au surplus que le montant de ce salaire, à savoir 5'500 fr. par mois, est très élevé, comparé à celui de 3'500 fr. perçu par l'administrateur de la société lui-même, et peu vraisemblable, dans la mesure où il s'agit pour une société à l'évidence peu florissante de rémunérer une aide-comptable sans aucune expérience, à laquelle il faut tout apprendre. La Cour de céans relève que l'intéressée s'est exprimée tant dans ses écritures que lors de la comparution personnelle des parties, comme le ferait le propriétaire de la société et non pas comme une employée, déclarant notamment "nous avons décidé de créer notre bureau dans mon appartement" ou encore "nous nous sommes aperçus que cette assurance - soit l'assurance perte de gain conclue par la société en faveur de son personnel - ne m'était pas utile". L'exercice d'une activité salariée au service de l'entreprise paraît à cet égard encore moins probable. Il y a au surplus lieu de relever que l'intéressée a, dans un premier temps, déclaré que les bureaux de la société se trouvaient au \_\_\_\_\_ rue L \_\_\_\_\_. Ce n'est que lorsque l'inspecteur a expressément souhaité visiter les locaux dans lesquels elle travaillait, qu'elle s'est ravisée et a avoué qu'elle et son frère avaient préféré quitter les locaux de la rue L \_\_\_\_\_ où elle craignait d'être importunée par son ex-fiancé, dont le frère avait assassiné son père en janvier 2012, et installer un bureau à son domicile. Il appert toutefois du rapport d'enquête du 24 mai 2012 qu'en réalité la société X \_\_\_\_\_ était inconnue à cette adresse et que les locaux de la rue L \_\_\_\_\_ étaient occupés depuis juillet 2010 déjà par une autre société. Force est ainsi de constater que les déclarations de l'intéressée varient et sont contredites par les constatations faites par l'enquêteur. Elles ne sont pas non plus crédibles, étant rappelé que le drame vécu par l'intéressée est précisément survenu dans l'appartement dans lequel elle vit avec sa mère et sa sœur. Elles laissent ainsi à penser que l'intéressée cherche à dissimuler certains faits, tentant vraisemblablement de tromper délibérément l'OCE en produisant un contrat de travail avec un salaire fictif dans le seul but de percevoir des ARE. Force dès lors est de constater que l'intéressée n'a pas établi, au degré de vraisemblance requis par la jurisprudence, qu'elle recevait un salaire mensuel de 5'500 fr. de X \_\_\_\_\_ SA. Aussi le recours est-il rejeté.

A/3558/2012 - 13/13 - 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.