

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2140/2007

ATAS/809/2008

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 4

du 9 juillet 2008

En la cause

Madame C _____, domiciliée à THONEX

recourante

contre

UNIA, CAISSE DE CHOMAGE, sise Strassburgstrasse 11,
ZURICH

intimée

**Siégeant : Juliana BALDE, Présidente; Christine KOEPEL et Olivier LEVY, Juges
assesseurs**

EN FAIT

1. Madame C_____ (ci-après: la recourante) a suivi une formation pratique d'employée de magasin, entre 2002 et 2004. Au terme de celle-ci, elle a poursuivi son activité auprès de son entreprise formatrice, au bénéfice d'un engagement à durée déterminée jusqu'au 28 février 2005.
2. Elle s'est inscrite au chômage, sollicitant des prestations dès le 1^{er} mars 2005.
3. Pendant le délai-cadre d'indemnisation, elle a réalisé des gains intermédiaires auprès, notamment, de X_____ du 16 janvier au 14 avril 2006, et du restaurant Y_____. La X_____ a déclaré 37 heures de travail pour la période du 1^{er} au 14 avril 2006. Le restaurant Y_____ a indiqué, sur l'attestation destinée à l'assurance-chômage datée du 27 juillet 2006, avoir employé la recourante du 1^{er} au 30 avril 2006, à raison de 42 heures hebdomadaires, en qualité de commis de salle débutante. Le contrat a été résilié avec effet au 30 avril 2006 au motif que la recourante ne convenait pas au poste de travail.
4. Le 25 juillet 2006, Madame GISIGER SUBIRAN, conseillère en personnel à l'OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI (ci-après: OCE), a adressé un courrier électronique au gestionnaire de la recourante dans lequel on peut lire: "en mai, [la recourante] m'a déclaré ne pouvoir venir à un entretien de conseil du 19 mai [2006] à 15 heures car elle disait avoir commencé un travail chez Y_____ de Troinex depuis 3 semaines (soit le 26.04.06) avec des horaires de 16h00 à 22h00. (...) Le 6 juin elle m'annonce par tél. ne pouvoir présenter de contrat car en fait elle n'aurait fait qu'un essai d'une journée et que le volume d'affaires n'était pas suffisant (sic). Devant ses propos contradictoires, je lui ai indiqué qu'elle était tenue de faire remplir une attestation de gain intermédiaire à cet employeur (au départ, serait une connaissance de sa mère). Elle a concédé ne pas avoir voulu embêter l'employeur".
5. Sur la base de ces informations, l'UNIA, caisse de chômage, a adressé un courrier à la recourante, en date du 5 septembre 2006, lui demandant d'expliquer le motif pour lequel elle n'avait pas annoncé son activité auprès du restaurant Y_____ et lui indiquant qu'elle allait recevoir une demande de restitution pour les indemnités d'avril 2006 perçues à tort.
6. Dans sa réponse, la recourante a allégué n'avoir perçu aucun salaire pour son activité auprès du restaurant Y_____ et n'y avoir effectué que 3 jours de stage. Était jointe une attestation datée du 18 septembre 2006 dont la teneur est la suivante: "Je soussigné Monsieur D_____, sis à Troinex, propriétaire de l'établissement Y_____, restaurant, certifie par la présente attestation avoir eu en stage pour la période du 3 mai 2006 au 5 mai 2006, Mademoiselle

C_____, sis à Thônex. Ce stage n'a pas été rémunéré, seuls les repas lui ont été offerts".

7. L'UNIA a adressé un nouveau courrier à la recourante lui demandant de prendre position sur la divergence existant entre les différentes attestations émanant du restaurant Y_____. Dans un courrier du 1^{er} novembre 2006, la recourante a fait part de l'impossibilité de travailler au restaurant depuis le 1^{er} avril du fait de son engagement auprès de X_____ jusqu'au 14. Elle réitère n'avoir effectué que trois jours d'essai non-rémunérés.
8. Par courrier reçu le 4 décembre 2006, Monsieur D_____ confirme ce qui ressort de l'attestation du 27 juillet 2006 destinée à l'assurance-chômage, soit que la recourante a travaillé auprès de son restaurant durant tout le mois d'avril 2006 et a bénéficié de cotisations sociales auprès de la caisse de pension GASTROSUISSE.
9. En date du 1^{er} février 2007, l'UNIA a émis une décision à l'encontre de la recourante, lui enjoignant de restituer les prestations de l'assurance-chômage versées pour la période d'avril 2006 à hauteur de 1'904 fr. 70, motif pris de la découverte ultérieure des gains obtenus auprès de Y_____ qui, cumulés avec ceux obtenus auprès de X_____, sont supérieurs à l'indemnité de chômage.
10. La recourante s'est opposée à cette décision par courrier du 6 février 2007. Elle fait à nouveau valoir qu'elle n'a touché aucun revenu de Y_____, qu'elle n'y a effectué qu'un essai de 3 jours et que le propriétaire aurait reconnu s'être trompé en ce qui concerne le versement de cotisations d'assurance-vieillesse et survivants.
11. L'UNIA a instruit l'opposition en sollicitant de nouveaux renseignements auprès de Monsieur D_____ qui réaffirme, dans un courrier de mai 2007, avoir employé la recourante durant tout le mois d'avril 2006 contre paiement d'un salaire de 3'030 fr. brut. Une copie de la fiche de salaire de la recourante est joint à la réponse.
12. Le 22 mai, l'UNIA a rendu une décision sur opposition confirmant en tous points et avec la même motivation sa première décision.
13. Recours contre cette décision sur opposition est porté devant le Tribunal de céans en date du 24 mai 2007. La recourante reprend les mêmes arguments déjà amplement développés dans la phase précédant le recours devant le Tribunal de céans (stage de 3 jours non-rémunéré, impossibilité d'avoir travaillé le mois d'avril 2006 complet chez Y_____ alors qu'elle était employée la première quinzaine auprès de X_____). Elle affirme que le propriétaire du restaurant Y_____ ne peut prouver par aucun moyen l'emploi et la rémunération qu'il prétend lui avoir versé.

14. L'UNIA a proposé de rejeter le recours, par écriture du 18 juin 2007, pour les mêmes motifs déjà invoqués dans sa décision et sa décision sur opposition.
15. Dans le cadre de l'instruction du recours, une comparution personnelle des parties s'est tenue le 29 août 2007, au cours de laquelle les propos suivants ont été échangés: "Madame E_____ (mère de la recourante): ma fille n'a pas pu se présenter en personne aujourd'hui, dès lors qu'elle a été placée par les mesures cantonales auprès d'un employeur et qu'elle n'a pas pu demander congé pour ce matin. D'autre part, c'est moi qui me suis occupée de ses affaires sur le plan administratif. Monsieur F_____ (représentant l'UNIA): Nous n'avons pas convoqué le propriétaire de l'établissement, ni vérifié si les charges sociales ont été payées sur le salaire déclaré par l'employeur. Nous n'avons pas vérifié non plus si un salaire avait effectivement été versé. Madame E_____ : Ma fille avait travaillé en avril 2006 pour X_____ jusqu'au 14 avril, à 100%. Je ne vois pas comment elle aurait pu être disponible pour un autre employeur. Elle avait rencontré Monsieur D_____ après Pâques et il lui avait proposé un stage, dans l'idée de pouvoir l'employer durant les vacances d'été. Malheureusement, à l'issue du stage, il n'a pas pu lui assurer un emploi. Elle a effectué ce stage au mois de mai, pendant trois jours. Elle a été engagée par Monsieur D_____. Monsieur F_____ : L'employeur a signé une attestation en date du 27 juillet 2006, certifiant un salaire soumis à cotisations de 3'325 fr. Le document est signé par une personne non identifiable. En lisant le dossier, j'ai eu l'impression que les déclarations de la recourante étaient cohérentes et que c'était plutôt l'employeur qui faisait confusion".
16. Le propriétaire du restaurant Y_____, Monsieur D_____, a été entendu à titre de témoin le 5 décembre 2007, et a déposé dans les termes suivants: "Je confirme que j'étais gérant du fond de commerce du Restaurant Y_____ à Troinex. Je bénéficiais de la signature individuelle. Mon épouse était également associée, sans droit de signature au départ. Mme G_____ était une serveuse, responsable en salle, car elle avait le certificat de capacité. Elle bénéficiait d'une procuration collective à deux. Je confirme avoir engagé Mlle C_____ le 1^{er} avril 2006. Elle devait faire la saison d'été chez moi. Elle devait travailler à plein temps d'avril à août 2006. Elle a travaillé chez moi tout le mois d'avril, l'horaire normal à plein temps; le week-end, c'était en horaire continu. Sa fiche de salaire pour le mois d'avril a été remplie, mais elle n'est pas datée, ni signée, et a été envoyée à la caisse de compensation. J'avais payé Mlle C_____ cash, avec une quittance, et elle aurait dû passer chez moi pour signer la fiche de salaire. Mais la fiche de salaire n'était pas faite. Je n'ai pas retrouvé la quittance. L'attestation d'employeur du 27 juillet 2006, pièce du chargé UNIA, m'est soumise: je confirme qu'elle est écrite de ma main et que c'est ma signature. L'attestation du 18 septembre 2006, pièce recourante, m'est soumise. Je confirme l'avoir signée. Toutefois, j'affirme que c'est la mère de l'assurée qui a établi cette attestation car sa fille avait des problèmes de chômage. J'ai fait une erreur en signant cette attestation,

mais la mère de la recourante a des capacités pour embobiner les gens, malgré que c'est une fonctionnaire de l'Etat. J'affirme qu'auparavant la mère de l'assurée avait fait une lettre, suite à la réception d'un courrier de la Caisse UNIA, pour dire que sa fille n'avait pas travaillé pendant la période durant laquelle je l'avais engagée. Sur question, j'indique que durant la semaine, l'assurée a commencé à travailler vers 9h/9h30 jusqu'à 18h/18h30. Quant au week-end, elle commençait vers 11h30/12h jusqu'à 19h/19h30. Sur question, j'indique que Mme G _____ ne travaillait pas encore dans le restaurant. A l'époque, le responsable était M. H _____, domicilié à Genève. Je précise que le dernier jour de travail effectué par l'assurée est le 30 avril 2006, selon l'attestation que j'ai remplie. L'assurée n'a travaillé qu'un mois chez moi. Sur question, j'indique que je ne retrouve pas la quittance signée par Mlle C _____ pour son activité de commise de salle. Sur question, j'ai su que Mlle C _____ avait travaillé dans divers domaines avant de venir chez moi, mais qu'elle n'avait jamais travaillé dans des restaurants. Elle aurait fait un stage chez Z _____. Je ne peux pas donner davantage de précisions. Ma fiduciaire est celle de I _____".

17. La recourante a déclaré le même jour: "Je conteste les déclarations de M. D _____. En effet, je n'ai jamais travaillé chez lui en avril 2006. A cette époque, je travaillais chez X _____. J'ai cessé de travailler chez X _____ à mi-avril 2006. J'ai travaillé jusqu'à la fin du délai de congé. Je commençais le travail, si ma mémoire est bonne, vers 7h00 du matin et je terminais à 12h00. Si ma mémoire est bonne, M. D _____ m'a payé cash en mai 2006 un montant d'environ 1'700 fr. Je suis sûre de n'avoir rien signé du tout. J'ai fait un essai de stage chez lui pendant trois jours. Normalement, je devais rester chez lui, donc il a été obligé de me payer quelque chose en plus. Je n'ai pas signé de contrat avec lui. M. D _____ m'a donné l'argent qu'il me devait pour la fin du mois. Sur question, j'indique avoir mangé sur place, les repas ont été offerts. Sur question, j'indique que j'ai effectivement travaillé trois jours, du 3 au 5 mai 2006, à plein temps. Je commençais à 9h00 du matin et je finissais dans l'après-midi, mais je ne me rappelle plus exactement l'heure. Le travail ne m'a pas convenu, je ne l'aimais pas".
18. La poursuite de l'instruction de la cause a permis d'établir que la recourante est titulaire d'un compte individuel auprès de GASTROSOCIAL. Les cotisations ont été enregistrées pour le mois d'avril 2006, correspondant à un salaire de 3'325 fr. Le restaurant Y _____ figure comme employeur. Les mêmes informations ressortent des comptes de la société D _____ S.A.R.L., exploitant du restaurant Y _____, tels que certifiés par le bureau fiduciaire I _____ S.A. R. L.
19. Par courrier du 8 février 2008, X _____ a indiqué avoir employé la recourante du 17 janvier au 15 avril 2006. Pendant cette période, elle a effectué un total de 233,5 heures de travail.

20. La recourante a derechef, par courrier reçu le 22 février 2008, contesté avoir travaillé de manière rémunérée auprès du restaurant Y_____. Elle affirme ne pas avoir pu exercer un deuxième emploi en parallèle de son activité chez X_____, étant donnée que cet employeur "modulait les horaires en fonction du personnel, aucun horaire fixe ne [pouvant] être établi d'avance".
21. Le 2 avril 2008, l'UNIA a maintenu ses conclusions tendant au rejet du recours.
22. Un complément d'instruction a été requis auprès de X_____, aux fins de savoir les dates, horaires et gains exacts réalisés par la recourante pour le mois d'avril 2006. Aucun document n'a été produit dans le délai impart.
23. Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 56V al. 1 let. a ch. 8 de la loi genevoise sur l'organisation judiciaire (ci-après: LOJ), le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations prévues à l'article 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (ci-après: LPGA) qui sont relatives à la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982 (ci-après: LACI).

Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

2. La LPGA est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2003, entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine des assurances sociales. Sur le plan matériel, le point de savoir quel droit s'applique doit être tranché à la lumière du principe selon lequel les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 130 V 230 consid. 1.1; 335 consid. 1.2; ATF 129 V 4 consid. 1.2; ATF 127 V 467 consid. 1, 126 V 136 consid. 4b et les références). Les règles de procédure quant à elles s'appliquent sans réserve dès le jour de leur entrée en vigueur (ATF 117 V 93 consid. 6b, 112 V 360 consid. 4a; RAMA 1998 KV 37 p. 316 consid. 3b). La LPGA s'applique donc au cas d'espèce.
3. Interjeté dans les forme et délai prévus par la loi, le recours est recevable (art. 56 et 60 LPGA).
4. Le litige consiste à déterminer si c'est à juste titre que l'UNIA demande la restitution des prestations chômage versées pour la période d'avril 2006, la question d'une éventuelle remise étant réservée.
5. L'art. 8 al. 1 LACI énumère aux lettres a à g sept conditions du droit à l'indemnité de chômage. L'assuré a droit à l'indemnité chômage s'il est sans emploi ou

partiellement sans emploi; a subi une perte de travail à prendre en considération; est domicilié en Suisse; 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; remplit les conditions relatives à la période de cotisation ou en est libéré; est apte au placement et satisfait aux exigences du contrôle. Ces conditions sont cumulatives (ATF 124 V 218 consid. 2). En particulier, 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 (art. 11 al. 1 LACI).

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).

Lorsque des prestations sont indûment touchées, elle doivent être restituées sauf si le bénéficiaire est de bonne foi et que la restitution le met dans une situation difficile (art. 25 al. 1 LPGA applicable par renvoi de l'art. 95 al. 1 LACI). L'art. 4 al. 1 de l'ordonnance sur la partie générale du droit des assurances sociales du 11 septembre 2002 (ci-après: OPGA) confirme que "La restitution entière ou partielle des prestations allouées indûment, mais reçues de bonne foi, ne peut être exigée si l'intéressé se trouve dans une situation difficile". Selon l'al. 4 de cette disposition, la demande écrite de remise, motivée et accompagnée des pièces nécessaires, doit être adressée par écrit au plus tard dans les 30 jours suivant l'entrée en force de la décision de restitution.

6. Selon le principe de libre appréciation des preuves, pleinement valable en procédure judiciaire de recours dans le domaine des assurances sociales (cf. art. 61 let. c LPGA), le juge n'est pas lié par des règles formelles, mais doit examiner de manière objective tous les moyens de preuve, quelle qu'en soit la provenance, puis décider si les documents à disposition permettent de porter un jugement valable sur le droit litigieux. Il 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).
7. Dans le cas d'espèce, la recourante se voit demander la restitution des indemnités chômage touchées pour le mois d'avril 2006, au motif que ses revenus cumulés

dépasseraient le montant de ladite indemnité. Concernant les gains intermédiaires réalisés par la recourante pour la période litigieuse, il faut d'abord mentionner le gain obtenu auprès de X_____, qui n'est pas litigieux. Le litige porte sur le gain qui aurait été réalisé grâce à l'activité de commise de salle auprès de Y_____.

Sur ce dernier point, force est de constater que les deux parties au litige fournissent deux versions totalement contradictoires de l'état de fait. D'un côté, la recourante a réaffirmé dans chacune de ses écritures qu'elle a travaillé chez X_____ jusqu'à mi-avril et était donc dans l'impossibilité d'exercer une activité chez Y_____ pendant tout le mois. Elle a toujours affirmé n'y avoir fait qu'un stage de trois jours non-rémunéré. De l'autre, l'UNIA a toujours retenu que la recourante a exercé une activité lucrative auprès du restaurant sur la base des déclarations du gérant et des documents transmis par celui-ci.

M. D_____, le propriétaire de la société qui gérait le restaurant a certes tenu des propos contradictoires. Il a fourni une attestation datée du 18 septembre 2006 accréditant la thèse de la recourante, que celle-ci a joint à ses écritures, puis a fourni de nombreux documents allant dans le sens de la version retenue par l'UNIA (attestation destinée à l'assurance-chômage du 27 juillet 2006, courriers du 4 décembre 2006 et de mai 2007). A cet égard, il convient en général d'accorder la préférence aux premières déclarations de l'assuré, faites alors qu'il en ignorait peut-être les conséquences juridiques, les explications nouvelles pouvant être - consciemment ou non - le fruit de réflexions ultérieures (ATF 121 V 47 consid. 2a, 115 V 143 consid. 8c). Il s'agit d'un principe général d'appréciation des déclarations, qui peut être transposé de la même manière aux déclarations de témoins. M. D_____ s'en est expliqué à l'audience du 5 décembre 2007, lors de laquelle il a déclaré que "c'est la mère de l'assurée qui a établi cette attestation car sa fille avait des problèmes de chômage. J'ai fait une erreur en signant cette attestation, mais la mère de la recourante a des capacités pour embobiner les gens". Au demeurant, il n'y a pas d'éléments mettant en doute ces déclarations, ce d'autant plus que d'autres preuves viennent confirmer la fausseté de l'attestation du 18 septembre 2006. En effet, même à vouloir écarter le témoignage de M. D_____, force est de constater que l'instruction de la cause a permis de recueillir la comptabilité du restaurant Y_____, certifiée par une fiduciaire, faisait état d'un salaire versé à la recourante pour la période d'avril 2006. Sur la base de cette rémunération, des cotisations sociales ont été versées en faveur de la recourante sur un compte individuel à son nom auprès de GASTROSUISSE. Ainsi, il est rendu très vraisemblable que la recourante a bien été rémunérée à hauteur de 3'325 fr. pour son activité auprès du restaurant Y_____ pour le mois d'avril 2006. Si la recourante n'avait fait réellement qu'un stage de trois jours non-rémunéré, cela suppose que M. D_____ ait falsifié sa comptabilité et versé des cotisations sociales fictives. Or, le Tribunal de céans ne voit absolument pas

quels motifs et quels intérêts auraient pu pousser M. D _____ à se comporter de manière aussi frauduleuse dans l'affaire en cause.

A cela s'ajoute le fait que les déclarations de la recourante sont contradictoires entre elles et perdent ainsi toute crédibilité aux yeux du Tribunal de céans. La recourante a constamment réaffirmé n'avoir fait qu'un essai non-rémunéré, mais à déclaré, lors de l'audience du 5 décembre 2007, avoir touché de M. D _____ la somme de 1'700 fr. Il n'est objectivement pas possible de justifier une telle rémunération pour seulement trois jours d'essai. Mme GEISIGER SUBIRAN de l'OCE avait, en son temps, déjà relevé des contradictions dans les propos de la recourante, qui lui avait affirmé avoir commencé une activité chez Y _____ le 26 avril 2006, puis, dans un entretien ultérieur, n'y avoir fait qu'un jour d'essai. Il s'agit là de propos contradictoires entre eux, mais également avec ceux soutenus par la recourante dans la procédure devant le Tribunal de céans.

Selon les déclarations et documents réunis, il apparaît comme le plus vraisemblable au Tribunal de céans que la recourante ait occupé en parallèle les emplois auprès de X _____ et du restaurant Y _____. La recourante travaillait jusqu'à 12 heures environ chez X _____, ce qui lui permettait vraisemblablement d'être disponible chez Y _____ l'après-midi et le soir. D'ailleurs, la recourante a effectué environ 230 heures chez X _____ sur trois mois, soit un peu plus de 75 heures hebdomadaires. Cette cadence de travail lui permettait sans doute d'avoir un deuxième emploi en parallèle, ce d'autant plus que l'employeur à déclaré 37 heures de travail pour la première quinzaine d'avril, soit bien moins que la moyenne hebdomadaire théorique.

La décision litigieuse est donc pleinement conforme aux règles légales pertinentes et doit, de ce fait, être confirmée.

**PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :**

Statuant

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. Le rejette.
3. Dit que la procédure est gratuite.
4. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF); le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière

La présidente

Isabelle CASTILLO

Juliana BALDE

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'au Secrétariat d'Etat à l'économie par le greffe le