RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2390/2022 **ATAS/497/203**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 26 juin 2023

Chambre 6

En la cause

A_____ recourant

contre

CAISSE DE CHÔMAGE UNIA intimée

Siégeant : Valérie MONTANI, présidente ; Yda ARCE et Jean-Pierre WAVRE, juges assesseurs

EN FAIT

A. **a.** Monsieur A_____ (ci-après: l'assuré ou le recourant), né le _____ 1975, s'est inscrit auprès de l'office cantonal de l'emploi (ci-après : l'OCE) le 19 mars 2020. Un délai-cadre d'indemnisation a été ouvert dès le 23 mars 2020.

b. Il a perçu des indemnités de la part de la Caisse de chômage UNIA (ci-après: la caisse ou l'intimée) du 23 mars au 31 août 2020.

c. Dans les formulaires intitulés *« indications de la personne assurée »* des mois de juin à août 2020, l'assuré a déclaré n'avoir travaillé chez aucun employeur durant ces mois.

d. L'assuré a ensuite transmis à la caisse son contrat de travail avec la société B_____ Sàrl (ci-après : B_____ ou l'employeur) pour un poste de durée indéterminée. Le contrat, daté du 1er septembre 2020, mentionnait que l'employé s'engageait à travailler à plein temps depuis le 1er septembre 2020.

e. Ledit contrat de travail a été résilié par l'employeur pour le 31 octobre 2021.

B. **a.** L'assuré s'est, à nouveau, inscrit auprès de l'OCE le 17 novembre 2021, mentionnant avoir travaillé chez B_____ Sàrl du 8 juin 2020 au 31 octobre 2021.

b. Il a transmis à la caisse des attestions de salaires des mois de novembre 2020 à décembre 2021, un certificat de travail, daté du 31 octobre 2021 et une attestation de l'employeur, datée du 17 novembre 2021, mentionnant le 8 juin 2020 comme date d'engagement.

c. Par courriel du 21 décembre 2021, la caisse a prié l'employeur de lui transmettre la copie des fiches de salaires de l'assuré des mois de juin à octobre 2020.

d. L'employeur lui a répondu le 15 décembre 2021, l'informant que sa nouvelle fiduciaire avait *« relevé plusieurs erreurs sur l'édition des fiches de salaire »* ; il joignait les décomptes et certificats de salaires de l'assuré des mois de juin 2020 à octobre 2021, corrigés par leur comptable. Les décomptes de salaire mentionnaient que celui-ci était versé en espèces et début d'activité au 8 juin 2020.

e. Par décision du 21 décembre 2021, la caisse a réclamé à l'assuré la restitution des indemnités de chômages perçues pour les mois de juin à août 2020, dès lors que son emploi chez B_____ Sàrl avait débuté le 8 juin 2020.

f. Par courriel du 23 décembre 2021, l'employeur a informé la caisse que la date du début de contrat de l'assuré, indiquée sur les documents transmis précédemment, était inexacte. L'assuré avait débuté son emploi chez B_____ Sàrl le 1er septembre 2020 et non le 8 juin 2020.

Leur ancienne secrétaire-comptable n'avait pas rempli ses tâches correctement et plusieurs manquements avaient été relevés. Il supposait que cette dernière avait effectué un *« copier-coller »* du contrat de travail d'un autre collaborateur,

comprenant les mauvaises dates, et que celles-ci avaient ensuite été notées pour réaliser les fiches de salaires de l'assuré. Après vérification du relevé bancaire de la société, le premier salaire de l'assuré lui avait été versé en septembre 2020. Il priait la caisse de ne pas tenir compte des fiches de salaire des mois de juin à août 2020.

g. Le 24 décembre 2021, l'assuré a formé opposition à la décision du 21 décembre 2021, renvoyant aux explications données par l'employeur dans le courriel du 23 décembre 2021.

h. Par décision sur opposition du 15 juin 2022, l'OCE a rejeté l'opposition au motif que les explications de l'employeur, dans ses courriels des 15 et 23 décembre 2021, entraient en *« contradiction totale »* avec les documents qui lui avaient été transmis.

i. Par courriel du 29 juin 2022, l'employeur a confirmé à la caisse que l'assuré avait débuté son emploi chez lui le 1er septembre 2020 et lui a transmis:

- des courriels de l'Office cantonal des assurances sociales (ci-après: OCAS) des 28 et 30 juin 2022 confirmant que, à la suite de la rectification de l'attestation de salaire 2020 de l'assuré, la période de travail enregistrée pour ce dernier était du 1er septembre 2020 au 31 décembre 2020 ;
- des courriers du 10 mai 2022 de la Fondation collective LPP SWISSLIFE mentionnant le 1er septembre 2020 comme date d'entrée de l'assuré et le 31 octobre 2021 comme date de sortie ;
- un certificat de travail daté du 31 octobre 2021 mentionnant que l'assuré avait travaillé chez B_____ Sàrl du 1er septembre 2020 au 31 octobre 2021 ;
- une attestation de l'employeur destinée à l'assurance-chômage, mentionnant un emploi de l'assuré du 1er septembre 2020 au 31 octobre 2021 ;
- un certificat de salaire de l'assuré pour l'année 2020, daté du 28 juin 2022, et mentionnant la période du 1er septembre au 31 décembre 2020 ;
- un décompte des salaires de l'assuré de l'année 2020 faisant débuter ceux-ci au mois de septembre 2020.

C. **a.** Par acte du 19 juillet 2022, l'assuré a formé recours auprès de la chambre des assurances sociales de la Cour de justice à l'encontre de la décision sur opposition précitée, en concluant à son annulation.

b. Le 3 août 2022, l'intimé a persisté dans les termes de sa décision.

c. Lors de l'audience de comparution personnelle des parties du 5 décembre 2022, le recourant a expliqué avoir rempli sa demande de chômage avec l'aide d'un ami et confirmé avoir travaillé chez B_____ dès septembre 2020 et jusqu'en octobre 2021. Il n'avait été payé que jusqu'en août 2021 car il n'avait plus travaillé ensuite. La secrétaire s'était trompée en indiquant une prise d'emploi en juin 2020. Il avait réalisé cette erreur lorsque l'intimée lui avait transmis sa demande de restitution

des indemnités. Il ignorait pourquoi les certificats de salaires mentionnaient un paiement en espèces car il avait toujours reçu son salaire sur son compte bancaire.

d. Entendue le même jour, l'intimée a relevé que si le recourant avait débuté son emploi en septembre 2020, il aurait dû bénéficier d'un délai de congé d'un mois, applicable lors de la première année de service. Or, il avait bénéficié d'un délai de congé de deux mois. En outre, il avait mentionné ne pas avoir été payé en septembre et octobre 2021, alors qu'il avait des fiches de salaire pour ces mois.

e. Le 19 décembre 2022, Madame C_____ a été entendue en qualité de témoin. Elle a expliqué avoir travaillé chez B_____ d'octobre 2020 à octobre 2021, en tant qu'assistante-administrative et aide-comptable. À son souvenir, lorsqu'elle avait intégré la société, le recourant y travaillait déjà. Elle ne s'était pas occupée de son contrat mais avait préparé ses fiches de salaire. Elle se souvenait que le salaire du recourant était payé par virements bancaires mais elle savait qu'il arrivait à l'employeur de procéder à des versements en espèces. Elle ne savait cependant pas si cela avait été le cas avec le recourant. Elle avait constaté des irrégularités dans la gestion du personnel. Elle n'excluait pas que le recourant ait travaillé « au noir » avant son engagement officiel et était « quasi sûre » qu'il avait travaillé pendant l'été 2020 car elle se rappelait avoir vu des fiches de salaires.

À l'issue de cette audition, le recourant a confirmé avoir débuté son emploi en septembre 2020 et précisé avoir eu des discussions au préalable avec l'employeur pour négocier son contrat. Ayant entendu que ce dernier ne payait pas régulièrement, il lui avait demandé de lui verser son salaire, par avance, par virement bancaire.

f. Le 3 janvier 2023, le recourant a produit ses décomptes bancaires du 1er juin 2020 au 30 juin 2021.

g. Sur requête de la chambre de céans, la fondation collective LPP SWISSLIFE, a confirmé que le recourant avait été assuré auprès d'elle du 1er septembre 2020 au 31 octobre 2021. L'assurance annoncée dans un premier temps était erronée (date d'entrée fausse) et SWISSLIFE l'avait rectifiée sur la base des documents fournis par l'employeur.

h. L'OCAS a transmis l'extrait de compte individuel du recourant duquel il ressort que le recourant avait d'abord été affilié comme employé B_____ depuis le mois de juin 2020 et que cette date a été modifiée au profit du mois de septembre 2020.

i. Lors de l'audience du 23 janvier 2023, Monsieur D_____, directeur de B_____, a déclaré souffrir de dépression et avoir des problèmes de mémoire. Selon lui, le recourant avait travaillé dans son entreprise en 2020 et 2021. Il avait commencé à travailler le 1er septembre. Il l'avait rencontré deux ou trois jours avant le début de son contrat. Le recourant avait effectué quelques jours d'essai en juillet ou août. Le recourant lui avait demandé une avance sur son premier salaire, dont il ne se souvenait pas du montant. À son souvenir, il s'agissait de CHF

2'000.-. Interrogé sur un versement de CHF 3'300.- versé le 7 septembre 2020 au recourant, ressortant des décomptes bancaires de ce dernier et intitulé « salaire août », le témoin a expliqué qu'il s'agissait peut être de l'avance sur le salaire de septembre. Il était possible que cette avance ait été compensée petit à petit sur les salaires des mois suivants.

Le recourant n'avait pas débuté son travail avant le mois de septembre 2020. Il ignorait pourquoi il avait accordé deux mois de préavis de résiliation au recourant. Il ne connaissait pas les règles de droit et avait délégué cet aspect à Mme C_____. Avant d'engager cette dernière, il n'avait pas de secrétaire. Il ne savait pas qui avait préparé les décomptes de salaire du recourant mais il ne les avait pas établis lui-même. Il avait dû refaire toute la comptabilité avec une comptable indépendante, dont il n'a pas retrouvé les coordonnées, car celle établie par Mme C_____ était erronée.

Il ne se souvenait pas qui avait établi l'attestation de l'employeur ou le certificat de travail du recourant mais se rappelait que ce dernier s'était plaint de la prise en compte d'un salaire avant le début de son contrat, sur la base de l'avance qui lui avait été accordée. Le recourant avait eu raison de se plaindre car il n'avait pas travaillé avant le mois de septembre.

j. Lors de la même audience, le recourant a confirmé que le montant reçu le 7 septembre 2020 était une avance sur salaire. Ce montant avait ensuite été retenu sur le salaire de certains des mois suivants, par des petits montants, selon le nombre d'heures effectuées.

k. L'intimée a relevé que le recourant n'avait pas produit l'extrait de son compte du mois de juillet 2021 mais estimait que cela n'était pas déterminant. Elle a maintenu sa décision.

EN DROIT

1.

1.1 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), 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.

1.2 Le 1er janvier 2021 est entrée en vigueur la modification du 21 juin 2019 de la LPGA. Dans la mesure où le recours a été interjeté postérieurement au 1er janvier 2021, il est soumis au nouveau droit (cf. art. 82a LPGA a contrario).

1.3 Interjeté dans la forme et le délai de trente jours prévus par la loi, le recours est recevable (art. 56 ss LPGA et 62 ss de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 [LPA - E 5 10]).

2. Le litige porte sur le bien-fondé de la demande de restitution des indemnités de chômage perçues par le recourant entre le 8 juin et 31 août 2020, singulièrement sur la question de savoir si le recourant était sans emploi durant cette période.

3.

3.1 L'art. 8 LACI énumère les conditions d'octroi de l'indemnité de chômage. Conformément à l'art. 8 al. 1 LACI, l'assuré doit, pour bénéficier de cette prestation prévue par l'art. 7 al. 2 let. a LACI, être sans emploi ou partiellement sans emploi (let. a), avoir subi une perte de travail à prendre en considération (let. b), être domicilié en Suisse (let. c), avoir achevé sa scolarité obligatoire et n'avoir pas encore atteint l'âge donnant droit à une rente AVS et ne pas toucher de rente de vieillesse de l'AVS (let. d), remplir les conditions relatives à la période de cotisation ou en être libéré (let. e), être apte au placement (let. f) et satisfaire aux exigences de contrôle (let. g).

3.2 Selon l'art. 10 al. 1 LACI, est réputé sans emploi celui qui n'est pas partie à un rapport de travail et qui cherche à exercer une activité à plein temps.

4.

4.1 Les prestations sont indûment touchées si les conditions d'octroi du droit au chômage ne sont pas réalisées. Ces conditions sont cumulatives (ATF 124 V 215 consid. 2). Elles sont précisées par plusieurs dispositions de la LACI et de l'ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 31 août 1983 (OACI – RS 837.02), ainsi que – dans les limites d'admissibilité de telles directives administratives (ATF 144 V 202 ; 144 V 195 ; ATAS/1191/2014 du 18 novembre 2014 consid. 4 et doctrine et jurisprudence citées) – par les instructions édictées par le Secrétariat d'Etat à l'économie (ci-après: SECO) en sa qualité d'autorité de surveillance de l'assurance-chômage chargée d'assurer une application uniforme du droit (art. 110 LACI), notamment par le biais du Bulletin relatif à l'indemnité de chômage (Bulletin LACI IC).

4.2 Au terme de l'art. 25 al. 1 LPGA, auquel renvoie l'art. 95 al. 1 LACI, les prestations indûment touchées doivent être restituées. Selon la jurisprudence, cela implique que soient réunies les conditions d'une reconsidération (art. 53 al. 2 LPGA) ou d'une révision procédurale (art. 53 al. 1 LPGA) de la décision par laquelle les prestations ont été accordées (ATF 130 V 318 consid. 5.2).

À cet égard, la jurisprudence constante distingue la révision d'une décision entrée en force formelle, à laquelle l'administration est tenue de procéder lorsque sont découverts des faits nouveaux ou de nouveaux moyens de preuve susceptibles de conduire à une appréciation juridique différente (ATF 122 V 19 consid. 3a ; ATF 122 V 134 consid. 2c ; ATF 122 V 169 V consid. 4a ; ATF 121 V 1 consid. 6), de

la reconsidération d'une décision formellement passée en force de chose décidée sur laquelle une autorité judiciaire ne s'est pas prononcée quant au fond, à laquelle l'administration peut procéder pour autant que la décision soit sans nul doute erronée et que sa rectification revête une importance notable (ATF 122 V 19 consid. 3a ; ATF 122 V 169 consid. 4a ; ATF 121 V 1 consid. 6).

L'obligation de restituer des prestations indûment touchées et son étendue dans le temps a pour but simplement de rétablir l'ordre légal après la découverte du fait nouveau (cf. arrêt du Tribunal fédéral 9C_398/2021 du 22 février 2022 consid. 5.1).

5.

5.1 Dans le domaine des assurances sociales notamment, la procédure est régie par le principe inquisitoire, selon lequel 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. 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 193 consid. 2 et les références).

5.2 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 130 III 321 consid. 3.2 et 3.3 ; ATF 126 V 353 consid. 5b ; ATF 125 V 193 consid. 2 et les références). 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 319 consid. 5a)

6. En l'occurrence, lors de sa demande d'indemnités de chômage déposée le 17 novembre 2021, le recourant a expliqué avoir travaillé pour l'employeur du 8 juin 2020 au 31 octobre 2021 et fourni des documents, dont des attestations de salaires, concernant cette période. Les décomptes transmis à l'intimée par l'employeur le 25 décembre 2021, stipulaient également que le recourant avait travaillé pour lui dès le mois de juin 2020.

Cependant, par courriel du 23 décembre 2021, l'employeur a informé l'intimée que la date du début de contrat du recourant indiquée sur les documents transmis précédemment était inexacte. Le recourant avait débuté son emploi le 1er septembre 2020 et non le 8 juin 2020. Le recourant a formulé les mêmes explications lors de son opposition du 24 décembre 2021.

L'employeur a fourni de nouveaux décomptes et certificats de salaires corrigeant la date du 8 juin 2020 au profit du 1er septembre 2020 et a procédé à toutes les démarches utiles à la correction de cette erreur auprès de diverses institutions ou autorités concernées. En effet, il est ressorti de l'instruction qu'à la demande de l'employeur, la période de travail du recourant enregistrée auprès de l'OCAS et de la fondation collective LPP SWISSLIFE a été modifiée en faveur d'un début d'emploi au 1er septembre 2020.

Selon les explications de l'employeur, la date de prise d'emploi au 8 juin 2020 était imputable à une erreur administrative. Il n'y avait pas de secrétaire avant Mme C_____ et il signait des quittances pour les employés et établissait lui-même des fiches de salaire, après avoir pris des conseils auprès de plusieurs fiduciaires.

Mme C_____ a été entendue en qualité de témoin. Elle a expliqué qu'elle ne s'était pas occupée du contrat de travail du recourant ni de la lettre de licenciement mais qu'il lui semblait que le recourant avait travaillé en été 2020 ; or, la témoin a débuté son emploi chez l'employeur en octobre 2020 seulement, soit postérieurement à la période litigieuse. Ainsi, ses déclarations, selon lesquelles elle était quasi certaine que le recourant avait travaillé en été 2020, ne sont pas basées sur une constatation visuelle de sa part puisqu'elle ne travaillait pas dans l'entreprise à ce moment-là, mais relèvent de considérations générales et de déclarations qu'elle fait en lien avec une gestion administrative floue de la part de Monsieur D_____, en particulier avec une pratique d'employés engagés « au noir ». Elle a souligné à plusieurs reprises qu'il existait des irrégularités dans la gestion du personnel.

De son côté, le recourant a produit ses extraits bancaires détaillés à partir du mois de juin 2020. Il en ressort que le premier versement de l'employeur en faveur du recourant date du 7 septembre 2020. Par la suite, des versements mensuels intitulés « salaires » sont observés. Aucun versement n'apparait durant les mois de juin à août 2020, accréditant les explications du recourant. Il sied toutefois de relever que le versement du 7 septembre 2020 est intitulé *« salaire août »*. Cet élément ne suffit cependant pas, en soi, à démontrer – ou du moins rendre vraisemblable – que le recourant aurait débuté son emploi avant le 1er septembre 2020, encore moins au mois de juin 2020. Le directeur de B_____, entendu en qualité de témoin, a expliqué avoir procédé au versement d'une avance sur salaire, à la demande du recourant et qu'il était possible qu'il s'agisse du versement du 7 septembre 2020 ; cette avance avait pu, selon lui, être compensée petit à petit sur les salaires des mois suivants. Ces explications rejoignent celles données par le recourant, lequel a indiqué qu'il avait demandé en août 2020 une avance de salaire. Ainsi, il apparaît au degré de la vraisemblance prépondérante que ce versement, d'un montant inférieur à ceux des mois suivants, soit une avance sur salaire. En outre, les auditions de la secrétaire de l'employeur et du directeur ont montré que régnait une grande confusion administrative au sein de l'entreprise qui

rend crédibles les explications du recourant et de son ancien employeur quant à une erreur dans l'inscription de la date du début du contrat de travail, voire dans celle de l'intitulé de l'avance sur le salaire du mois de septembre 2020. Cette confusion peut également expliquer le fait que le recourant ait bénéficié d'un délai de congé de deux mois, applicable dès la deuxième année de service. En effet, l'erreur reportée sur les fiches de salaires quant à la date de début d'emploi du recourant a pu être reprise lors de la rédaction du courrier de résiliation, de sorte qu'aucune conclusion quant à une date de début d'emploi antérieure au 1er septembre 2020 ne peut être tirée de ce délai. Par ailleurs, les affirmations floues de Mme C_____ quant à un éventuel travail du recourant en été 2020 s'inscrivent dans le cadre d'une volonté, affirmée tout au long de son témoignage, de souligner que Monsieur D_____ était responsable d'une mauvaise gestion administrative de son entreprise et qu'il engageait des travailleurs « au noir » qu'il tentait, au gré des contrôles, de régulariser, notamment vis-à-vis des assurances sociales. Ce témoignage, qui s'inscrit dans la suite d'un conflit entre Mme C_____ et Monsieur D_____ - la témoin ayant déclaré qu'elle avait été harcelée par Monsieur D_____ pour venir travailler avant et après son accouchement - doit, pour ce motif, être relativisé.

Finalement, le contrat de travail a été signé en septembre 2020, ce qui apparaît confirmer les déclarations du recourant, avec indication d'une prise d'emploi au 1er septembre 2020.

Par conséquent, la chambre de céans tient pour établi, au degré de la vraisemblance prépondérante, que l'activité du recourant au service de l'employeur a débuté au 1er septembre 2020, de sorte que le recourant était sans emploi du 8 juin au 31 août 2020. Partant, la restitution des indemnités de chômage versées entre le mois de juin et août 2020 ne se justifie pas.

7. Le recours doit dès lors être admis et la décision querellée annulée.

8. Le recourant n'étant pas représenté, il n'a pas droit à des dépens.

Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. fbis LPGA).

PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

À la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet.
3. Annule la décision de l'intimée du 15 juin 2022.
4. Dit que la procédure est gratuite.
5. 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 - RS 173.110) ; 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
Adriana MALANGA	Valérie MONTANI

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