RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

**A/225/2021** **ATAS/724/2021**

# COUR DE JUSTICE

## Chambre des assurances sociales

# Arrêt du 30 juin 2021

**5ème Chambre**

En la cause

| | |
|---|---|
| A_____ SÀRL, sise à GENÈVE, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître Sara GIARDINA | recourante |

contre

| | |
|---|---|
| OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI, Service juridique, sis rue des Gares 16, GENÈVE | intimé |

**Siégeant : Philippe KNUPFER, Président; Toni KERELEZOV et Monique STOLLER FÜLLEMANN, Juges assesseurs**

## EN FAIT

1. La société A_____ SÀRL (ci-après : l'employeuse ou la recourante) a déposé, en date du 13 février 2018, une demande d'allocation de retour en emploi (ci-après : ARE) en faveur de Madame B_____ (ci-après : l'employée), pour la période allant du 22 mars 2018 au 21 juin 2019, pour un poste à 100%, en qualité de responsable des ventes, assistante de direction, pour un salaire mensuel brut de CHF 6'500.-. Le contrat de travail, d'une durée indéterminée, du 22 mars 2018 prévoyait à son art. 5 que le délai de résiliation, après la période d'essai, était d'un mois pour la fin d'un mois.

2. En signant la demande d'ARE, l'employeuse, soit pour elle Monsieur C_____, associé gérant avec signature individuelle, s'est notamment engagée à rembourser le montant des ARE si le contrat de travail devait être résilié pendant la période stipulée pour l'octroi des ARE ou dans les trois mois qui s'ensuivaient.

3. Par décision du 28 mars 2018, le service des emplois de solidarité (ci-après : le SEDS), devenu par la suite le service d'aide de retour à l'emploi (ci-après : le SARE), a accepté la demande déposée par l'employeuse, pour la période allant du 22 mars 2018 au 21 juin 2019, étant précisé que le respect du contrat de travail précité était une condition essentielle dont dépendait le versement de l'ARE. Il était également mentionné que si la notification de la résiliation du contrat de travail intervenait en dehors du temps d'essai et sans justes motifs, pendant la période d'initiation au travail ou dans les trois mois qui s'ensuivaient, les allocations versées à l'employeuse pouvaient être demandées en remboursement.

4. Par courriel du 4 juin 2019, l'employeuse a interpelé Monsieur D_____, du SEDS, afin de demander son aval pour réduire le temps de travail de l'employée à 50% en raison des difficultés financières de la société, notamment au vu des chiffres de 2018 et du premier semestre 2019.

5. Par courriel du 11 juin 2019, M. D_____ a informé l'employeuse qu'une réduction du temps de travail était considérée comme un congé-modification, ce qui entraînerait une demande de remboursement des ARE si cela avait lieu « durant l'ARE ou pendant les 3 mois qui suivent ».

6. En date du 26 août 2019, l'employeuse a notifié à l'employée son congé pour le 31 octobre 2019.

7. Par décision du 16 juin 2020, le SARE a demandé à l'employeuse de rembourser le montant de CHF 46'271.10, qui représentait le total des ARE versées pendant la durée du contrat de travail, en raison du fait que l'employeuse avait licencié l'employée en date du 26 août 2019, pour le 31 octobre 2019, sans invoquer des motifs sérieux et justifiés.

8. Par courrier du 11 août 2020, le mandataire de l'employeuse s'est opposé à la décision du 16 juin 2020, faisant valoir que lors de l'octroi de l'ARE, la situation financière de l'employeuse était bonne, alors qu'elle s'était détériorée en 2018 et en

2019. Pour cette raison, l'employeuse avait demandé, en date du 4 juin 2019, l'accord de l'autorité pour baisser le taux d'activité de l'employée, afin de diminuer ses charges ; par réponse du 11 juin 2019, le SARE lui avait indiqué qu'une telle modification engendrerait la demande de remboursement des prestations touchées. Ce nonobstant, l'employeuse avait résilié le contrat de travail pour le 31 octobre 2019. Selon l'employeuse, elle avait été mal renseignée par l'office cantonal de l'emploi (ci-après : l'OCE), car sinon elle aurait notifié le licenciement en juin 2019 pour le 31 juillet 2019 et aurait ainsi évité de devoir rembourser les ARE.

9. Par décision sur opposition du 7 décembre 2020, l'OCE a rejeté l'opposition du 11 août 2020, contre la décision du 16 juin 2020 rendue par le SARE.

10. Par recours du 21 janvier 2021, le mandataire de l'employeuse a demandé l'annulation de la décision du 7 décembre 2020. Selon la recourante, en raison des difficultés financières de la société à la fin de l'année 2018, elle n'avait pas eu d'autres choix que de baisser le salaire de Mme B_____ à compter du mois de janvier 2019, afin de diminuer les charges. De plus, en août 2019, M. C_____ avait dû se rendre d'urgence en Italie, au chevet de son père qui devait subir une lourde opération à cœur ouvert ; dès lors qu'il ne savait pas à quelle date il pouvait retourner en Suisse, il avait décidé de résilier le contrat de Mme B_____ par courrier recommandé du 26 août 2019, mais avec effet au 31 octobre 2019, étant précisé que le délai de congé n'était que d'un mois, pour la fin d'un mois et que le licenciement était motivé par des raisons économiques. Selon la recourante, M. C_____ avait pensé de bonne foi qu'il avait respecté le délai prévu par la loi, car il avait compris que le congé ne devait pas avoir lieu pendant la durée de l'ARE ni dans les trois mois qui suivaient ; il considérait que la date de fin des rapports de travail au 31 octobre 2019 intervenait après la fin de l'ARE et l'écoulement des trois mois qui suivaient. La recourante estimait également qu'il était choquant de demander le remboursement du montant de CHF 46'271.10 à une société qui avait des difficultés financières avérées, car cela risquait de provoquer la faillite de l'employeuse.

11. Dans sa réponse du 23 février 2021, l'OCE a indiqué qu'aucun élément nouveau ne permettait de revoir la décision querellée et que celle-ci était donc maintenue.

12. Invitée par la chambre de céans à répliquer, la recourante n'a pas réagi.

13. Sur ce, la cause a été gardée à juger.

## EN DROIT

1. Conformément à l'art. 134 al. 1 let. a ch. 8 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05), 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. Interjeté dans les forme et le délai prévus par la loi, le recours est recevable (cf. art. 49 al. 3 LMC et art. 89B de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 [LPA - E 5 10]).

3. Le litige porte sur la demande de remboursement des allocations de retour en emploi par la recourante.

   a. La loi genevoise en matière de chômage (LMC – J 2 20) vise à favoriser le placement rapide et durable des chômeurs dans le marché de l'emploi et à renforcer leurs compétences par l'octroi de mesures d'emploi, de formation et de soutien à la réinsertion. Elle institue pour les chômeurs des prestations cantonales complémentaires à celles prévues par l'assurance-chômage fédérale (art. 1 let. b à d LMC).

   b. Il y a violation de la LMC, fondant la révocation d'une ARE et la demande de restitution des allocations versées (art. 19 et 48 B al. 1 LMC), lorsque l'employeur met un terme au contrat de travail avant la fin de la durée totale de la mesure, sauf lorsque la résiliation du contrat de travail intervient pour des motifs sérieux et justifiés (art. 36 B al. 2 LMC).

   c. Aux termes de l'art. 48 B LMC, en cas de violation de la loi, de son règlement d'exécution ou des obligations contractuelles mises à charge du bénéficiaire de la mesure, de l'entité utilisatrice ou de l'employeur, l'autorité compétente peut révoquer sa décision d'octroi et exiger la restitution des prestations touchées indûment (al. 1). L'autorité compétente peut renoncer à exiger la restitution sur demande de l'intéressé, lorsque celui-ci est de bonne foi et que la restitution le mettrait dans une situation financière difficile (al. 2). Le droit de demander la restitution s'éteint un an après le moment où l'autorité compétente a eu connaissance du fait, mais au plus tard cinq ans après le versement de la prestation (al. 3).

4. Il y a lieu, en outre, de rappeler que, 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 195 consid. 2 et les références).

5. Le juge 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). 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).

6. En l'espèce, il n'est pas contesté que la recourante a résilié le contrat de l'employée en date du 26 août 2019 avec effet au 31 octobre 2019 ; la résiliation a donc été notifiée pendant le délai de trois mois suivant l'échéance de la mesure ARE, en date du 21 juin 2019.

   La recourante invoque que la résiliation du contrat de travail de l'employée serait intervenue pour des motifs sérieux et justifiés, à savoir les difficultés économiques de la société.

   L'art. 36 B al. 2 LMC stipule que la décision relative à l'allocation de retour en emploi est révoquée si, après la période d'essai, l'employeur notifie la résiliation du contrat de travail avant la fin de la mesure ou dans les 3 mois qui suivent. L'employeur est tenu de restituer à l'État la participation au salaire reçue. Sont réservés les cas de résiliation pour des motifs sérieux et justifiés.

   L'art. 30 du règlement d'exécution (RMC – J 2 20.01) prévoit que sont notamment considérés comme des motifs sérieux et justifiés au sens de l'article 36B, alinéa 2, de la loi cantonale a) un licenciement pour des motifs économiques avérés ; b) des prestations durablement insuffisantes du travailleur, malgré les efforts d'encadrement et de formation qu'on était raisonnablement en droit d'attendre de l'employeur.

   La recourante invoque des motifs économiques qui, selon elle, seraient de justes motifs avérés au sens de l'art. 30 RMC.

   Cela étant, on peine à comprendre les raisons pour lesquelles la recourante a attendu l'échéance de la mesure d'ARE le 21 juin 2019, puis n'a résilié le contrat de travail que le 26 août 2019 avec effet au 31 octobre 2019, si elle considérait ne pas être tenue de respecter les délais convenus avec le SARE, car se trouvant en état de résilier pour des motifs économiques. Selon les pièces fournies par la recourante, celle-ci avait connaissance de sa situation financière, en tous les cas, depuis le mois d'avril 2019, à teneur de l'e-mail du 28 avril 2019 que lui avait adressé son réviseur.

   L'examen de la chronologie des événements et des allégations de la recourante montre que cette dernière voulait éviter de s'exposer au risque de restituer l'ARE, raison pour laquelle elle a volontairement attendu la fin de la mesure et ce qu'elle pensait être les 3 mois qui s'ensuivaient (point qui sera examiné ci-après) pour résilier le contrat de travail et ceci en dépit de sa situation financière.

En attendant jusqu'au 26 août 2019 pour notifier le congé, avec effet au 31 octobre 2019, la recourante a donc renoncé à se prévaloir de motifs sérieux et avérés.

Etant précisé que la recourante, qui prétend avoir été mal informée par l'intimé, ne produit aucun document rendant vraisemblable ces allégations.

La recourante allègue encore que la position de l'intimé est arbitraire et insoutenable, dès lors que ce dernier a retenu comme date de référence la date de notification du licenciement – soit le 26 août 2019 – en lieu et place de retenir la date de fin des rapports de travail – soit le 31 octobre 2019.

Ce faisant, la recourante fait fi du texte clair figurant en page 2, avant-dernier paragraphe de la décision d'ARE du 28 mars 2018, qui expose que « l'employeur s'engage à rembourser l'allocation de retour en emploi, si le licenciement est notifié après la période d'essai, mais avant la fin de la durée totale de la mesure, ou dans les trois mois suivant le terme de celle-ci ».

L'art. 36 B al. 2 LMC se réfère également au moment de la notification de la résiliation.

Il n'y a aucune ambiguïté sur le respect de la condition, c'est bien la notification (c'est nous qui soulignons) du congé qui ne doit pas avoir lieu avant la fin de l'ARE ou dans les 3 mois qui suivent.

Partant, le congé ayant été notifié avant la fin du délai de 3 mois suivant la fin de la mesure, la décision querellée est bien fondée.

7. Eu égard aux considérations qui précèdent, c'est à juste titre que la restitution de l'ARE a été réclamée, étant précisé que la question de la remise de l'obligation de restituer fait l'objet d'une procédure distincte.

   L'intimé prendra soin de faire suivre la demande d'ores et déjà formulée par la recourante à l'autorité compétente afin que cette dernière se détermine, une fois la décision en restitution entrée en force. En effet, il faut considérer que la recourante, en invoquant le fait que la restitution des ARE mettrait la société dans une situation financière difficile, demande implicitement la remise de l'obligation de restituer.

8. Au vu de ce qui précède, le recours est rejeté.

9. Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 89H LPA).

**PAR CES MOTIFS,**
**LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :**

**Statuant**

**À 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 - 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 | Le président |
|---|---|
| Nathalie LOCHER | Philippe KNUPFER |

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