RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2925/2023 **ATAS/954/2023**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 7 décembre 2023

Chambre 5

En la cause

A_____ recourante

contre

OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI intimé

Siégeant : Philippe KNUPFER, président ; Toni KERELEZOV et Monique STOLLER FÜLLEMANN, juges assesseurs.

EN FAIT

A. **a**. La société B_____, qui est ensuite devenue, par changement de raison sociale, A_____ (ci-après : la société ou la recourante) a déposé, le 18 août 2020, une demande d'allocations d'initiation au travail (ci-après : AIT) en faveur de Monsieur C_____ (ci-après : l'employé), engagé en tant que spécialiste en marketing, pour une activité à 100%, du 1er septembre 2020 au 31 août 2021.

b. Par décision du 28 août 2020, le service d'aide au retour à l'emploi (ci-après : le SARE) a admis la demande de la société, pour une durée de douze mois, soit du 1er septembre 2020 au 31 août 2021, mentionnant expressément que le respect du contrat de travail du 11 août 2020, signé entre l'employé et la société, était une condition essentielle dont dépendait le versement des AIT.

c. Par courriel du 11 décembre 2020 adressé au SARE, la société a invoqué des difficultés conjoncturelles et un chiffre d'affaires en baisse, ne cadrant pas avec les budgets de fonctionnement de l'année 2021, et a demandé un soutien supplémentaire, sous la forme d'une augmentation des AIT ou de la prolongation du délai de versement des AIT. Par courriel du même jour, le SARE a informé la société qu'aussi bien la participation financière que la durée de l'AIT ne pouvaient être augmentées.

d. Par courrier du 30 mars 2021, la société a informé l'employé qu'elle résiliait son contrat de travail à compter du 30 avril 2021 pour des raisons économiques, en raison de la situation « catastrophique » qui ruinait « tous les efforts d'investissements ».

B. **a**. Par décision du 2 septembre 2021, le SARE a révoqué sa décision du 28 août 2020 et invité la caisse cantonale genevoise de chômage à réclamer à la société le remboursement des allocations perçues à tort, celle-ci ayant licencié l'employé sans invoquer de motifs sérieux et justifiés, avant la fin de la période d'initiation.

b. La société a formé opposition le 23 septembre 2021, expliquant qu'elle avait dû se séparer de l'employé pour des raisons économiques et qu'elle avait préalablement informé le SARE de cette situation en décembre 2020, ledit service n'ayant pas pris de mesure afin de lui venir en aide.

c. Par décision du 26 octobre 2021, l'office cantonal de l'emploi (ci-après : l'OCE ou l'intimé) a rejeté l'opposition. Il a rappelé que dans la décision du 28 août 2020, il était expressément mentionné que les AIT devaient être remboursées en cas de résiliation du contrat pendant la mesure ou dans les trois mois suivant celle-ci. Il a précisé que les AIT n'avaient pas pour but de favoriser économiquement la société et que le contexte économique difficile était déjà connu de la société au moment où elle avait déposé sa demande d'AIT, ajoutant que la société n'avait pas licencié l'employé pour des raisons liées au respect du contrat de travail, mais pour des raisons économiques.

C. **a**. Par courrier posté le 24 novembre 2021, la société a interjeté recours contre ladite décision sur opposition, concluant à son annulation. Elle a notamment fait valoir qu'elle avait rempli toutes ses obligations à l'égard de l'autorité et de l'employé, alors que ce dernier n'avait pas atteint les objectifs chiffrés mentionnés dans son contrat de travail, soit un chiffre d'affaires minimal de CHF 130'000.- pour l'année 2020 et de CHF 362'500.- pour l'année 2021. De plus, l'OCE n'avait pas réagi au courrier de la société du 6 avril 2021, l'informant, après résiliation du contrat de travail, de ce que le chiffre d'affaires convenu avec l'employé n'était pas atteint et que, ce faisant, le « contrat de travail n'était pas respecté et ne pouvait être maintenu ».

b. Dans sa réponse du 17 décembre 2021, l'OCE a conclu au rejet du recours.

c. Par arrêt du 10 mars 2022 (ATAS/218/2022), la chambre des assurances sociales de la Cour de justice (ci-après : la chambre de céans) a rejeté le recours.

D. **a**. Par courrier du 22 mars 2022, la société a demandé la remise de l'obligation de rembourser le montant dû à l'OCE faisant valoir, d'une part, sa bonne foi et d'autre part, la situation économique difficile de l'entreprise.

b. Par décision du 22 mai 2023, l'OCE a refusé la demande de remise au motif que la bonne foi était exclue dès lors que l'employeur était informé des conséquences en cas de résiliation du contrat, ce qui rendait superflu d'examiner la situation financière de l'entreprise.

c. Par courrier du 19 juin 2023, la société s'est opposée à la décision du 22 mai 2023 reprenant, en substance, les arguments déjà développés dans le cadre de la demande, tout en alléguant qu'en raison de la situation très difficile de la société sur le plan financier, la restitution du montant réclamé n'était ni réaliste, ni matériellement possible.

d. Par décision sur opposition du 14 juillet 2023, l'OCE a rejeté l'opposition et confirmé sa décision du 22 mai 2023.

E. **a**. Par acte posté en date du 14 septembre 2023, la société a interjeté recours contre la décision sur opposition du 14 juillet 2023 auprès de la chambre de céans et a repris, dans les grandes lignes, les arguments déjà développés dans le cadre de la demande de remise et de l'opposition tout en concluant, implicitement, à ce que la décision de l'OCE soit annulée et que la remise soit accordée.

b. Par réponse du 10 octobre 2023, l'OCE a considéré que la recourante n'apportait aucun élément nouveau permettant de revoir la décision querellée et a conclu au rejet du recours.

c. Par réplique du 6 novembre 2023, la société a persisté dans ses conclusions tout en revenant longuement sur le fait que le licenciement économique était devenu inévitable et que, par conséquent, la condition de la bonne foi était remplie.

d. Sur ce, la cause a été gardée à juger, ce dont les parties ont été informées.

e. Les autres faits seront mentionnés, en tant que de besoin, dans la partie « en droit » du présent arrêt.

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 la forme et le délai prévus par la loi, compte tenu de la suspension des délais pour la période du 15 juillet au 15 août inclusivement (art. 38 al. 4 let. b LPGA et art. 89C let. b de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 [LPA - E 5 10]), le recours est recevable.

3. Le litige porte sur le refus de remise de l'obligation de rembourser le montant de CHF 44'000.- et singulièrement sur la condition de la bonne foi.

4. Selon l'art. 25 al. 1 LPGA, les prestations indûment touchées doivent être restituées. La restitution ne peut être exigée lorsque l'intéressé était de bonne foi et qu'elle le mettrait dans une situation difficile. Ces deux conditions matérielles sont cumulatives et leur réalisation est nécessaire pour que la remise de l'obligation de restituer soit accordée (ATF 126 V 48 consid. 3c ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_364/2019 du 9 juillet 2020 consid. 4.1).

5. L'art. 4 de l'ordonnance fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales, du 11 septembre 2002 (OPGA - RS 830.11) précise 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 (al. 1). Est déterminant, pour apprécier s'il y a une situation difficile, le moment où la décision de restitution est exécutoire (al. 2).

6. Savoir si la condition de la bonne foi, présumée en règle générale (art. 3 du Code civil suisse, du 10 décembre 1907 [CC - RS 210]), est réalisée doit être examiné dans chaque cas à la lumière des circonstances concrètes (arrêt du Tribunal fédéral 8C_269/2009 du 13 novembre 2009 consid. 5.2.1). La condition de la bonne foi doit être remplie dans la période où l'assuré concerné a reçu les prestations indues dont la restitution est exigée (arrêt du Tribunal fédéral 8C_766/2007 du 17 avril 2008 consid. 4.1 et les références).

La jurisprudence constante considère que l'ignorance, par le bénéficiaire, du fait qu'il n'avait pas droit aux prestations ne suffit pas pour admettre qu'il était de

bonne foi. Il faut bien plutôt qu'il ne se soit rendu coupable, non seulement d'aucune intention malicieuse, mais aussi d'aucune négligence grave. Il s'ensuit que la bonne foi, en tant que condition de la remise, est exclue d'emblée lorsque les faits qui conduisent à l'obligation de restituer (violation du devoir d'annoncer ou de renseigner) sont imputables à un comportement dolosif ou à une négligence grave. En revanche, l'assuré peut invoquer sa bonne foi lorsque l'acte ou l'omission fautifs ne constituent qu'une violation légère de l'obligation d'annoncer ou de renseigner (ATF 138 V 218 consid. 4 ; arrêts du Tribunal fédéral 9C_43/2020 du 13 octobre 2020 consid. 3 et 9C_16/2019 du 25 avril 2019 consid. 4).

On parlera de négligence grave lorsque l'ayant droit ne se conforme pas à ce qui peut raisonnablement être exigé d'une personne capable de discernement dans une situation identique et dans les mêmes circonstances (ATF 110 V 176 consid. 3d ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_16/2019 du 25 avril 2019 consid. 4). La mesure de l'attention nécessaire qui peut être exigée doit être jugée selon des critères objectifs, où l'on ne peut occulter ce qui est possible et raisonnable dans la subjectivité de la personne concernée (faculté de jugement, état de santé, niveau de formation, *etc*. ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_413/2016 du 26 septembre 2016 consid. 3.1 ; Sylvie PÉTREMAND, *in* Commentaire romand, LPGA, 2018, n. 69 *ad* art. 25 LPGA). Il faut ainsi en particulier examiner si, en faisant preuve de la vigilance exigible, l'assuré aurait pu constater que les versements ne reposaient pas sur une base juridique. Il n'est pas demandé à un bénéficiaire de prestations de connaître dans leurs moindres détails les règles légales. En revanche, il est exigible de lui qu'il vérifie les éléments pris en compte par l'administration pour calculer son droit aux prestations. On peut attendre d'un assuré qu'il décèle des erreurs manifestes et qu'il en fasse l'annonce (arrêt du Tribunal fédéral 9C_498/2012 du 7 mars 2013 consid. 4.2). On ajoutera que la bonne foi doit être niée quand l'enrichi pouvait, au moment du versement, s'attendre à son obligation de restituer, parce qu'il savait ou devait savoir, en faisant preuve de l'attention requise, que la prestation était indue (art. 3 al. 2 CC ; ATF 130 V 414 consid. 4.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_319/2013 du 27 octobre 2013 consid. 2.2).

En revanche, l'intéressé peut invoquer sa bonne foi si son défaut de conscience du caractère indu de la prestation ne tient qu'à une négligence légère, notamment, en cas d'omission d'annoncer un élément susceptible d'influer sur le droit aux prestations sociales considérées, lorsque ladite omission ne constitue qu'une violation légère de l'obligation d'annoncer ou de renseigner sur un tel élément (ATF 112 V 97 consid. 2c ; arrêts du Tribunal fédéral 9C_16/2019 précité consid. 4 et 9C_14/2007 du 2 mai 2007 consid. 4 ; DTA 2003 n° 29 p. 260 consid. 1.2 et les références ; RSAS 1999 p. 384 ; Ueli KIESER, *Kommentar zum Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts* - ATSG, 2020, n. 65 *ad* art. 25 LPGA).

7. 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).

8. 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).

9. En l'espèce, la recourante n'a cessé de revenir sur les mêmes arguments, aussi bien lors de la procédure précédente, qui a fait l'objet de l'arrêt du 10 mars 2022, que dans le cadre de la présente procédure.

Selon le représentant de la société, la situation financière très difficile que traversait cette dernière, au moment de la résiliation du contrat de l'employé ayant donné lieu à l'octroi des AIT, justifiait que la société soit en droit de résilier le contrat de travail du 11 août 2020 et de se départir de ses engagements envers l'OCE.

Ce point a été spécifiquement réglé dans l'arrêt de la chambre de céans du 10 mars 2022, qui a jugé que la résiliation n'était pas intervenue avec effet immédiat et que les difficultés économiques de l'entreprise ne constituaient pas de justes motifs au sens de l'art. 337 de la loi fédérale du 30 mars 1911, complétant le Code civil suisse (CO, Code des obligations - RS 220). Ce nonobstant, la recourante revient sur cet argument, considérant que, dès lors qu'il a déjà servi dans le cadre de la précédente décision, il ne pourrait pas servir « une nouvelle fois » dans la décision qui fait l'objet du présent recours (mémoire de recours, page 7 let. f).

9.1 Ce faisant, la recourante perd de vue qu'elle s'est engagée à l'égard de l'autorité et qu'elle n'a pas tenu ses engagements, alors même qu'elle avait perçu les AIT.

Elle a tenté de justifier la résiliation du contrat de travail de l'employé pour des motifs économiques en essayant de faire passer ces derniers pour des justes motifs, ce qu'ils n'étaient assurément pas. Il sied de rappeler que dans le cadre de la procédure précédente, les motifs invoqués pour le licenciement étaient que l'employé n'avait pas atteint ses objectifs chiffrés.

La contradiction était d'autant plus patente que la société avait, d'une part, résilié le contrat de travail de l'employé, en respectant le délai de résiliation usuel, tout en essayant, ensuite, d'invoquer les justes motifs de licenciement, lorsque le SARE a

révoqué sa décision du 28 août 2020 et invité la caisse cantonale genevoise de chômage à réclamer à la société le remboursement des allocations perçues à tort.

Contrairement à ce que semble penser la recourante, elle n'a pas renoncé à invoquer les justes motifs par égard pour l'employé, mais n'a pas été en mesure d'invoquer de justes motifs car ces derniers n'existaient pas. En effet, à teneur du dossier, aucun élément n'aurait pu être invoqué pour justifier une résiliation immédiate des rapports de travail, dont il faut rappeler que l'occurrence doit être exceptionnelle ; le fait que l'employé ne parvienne pas à atteindre des objectifs quantitatifs fixés par la société n'était, de toute évidence, pas un motif suffisamment grave pour justifier un licenciement avec effet immédiat. À cet égard, il n'est pas inutile de rappeler que la détérioration de la situation économique due à la pandémie COVID-19 était connue de la recourante au moment où elle a engagé l'employé et a pris ses engagements à l'égard de l'OCE (août 2020) en échange de l'octroi des AIT ; ce faisant, elle a pris un risque financier, alors même que rien ne permettait, à vues humaines, de prévoir dans quel laps de temps la pandémie diminuerait et à quelle vitesse la situation économique se rétablirait. En procédant à la résiliation du contrat de travail, qui avait donné lieu à l'octroi des AIT, sans respecter ses engagements à l'égard de l'OCE, la recourante a commis une négligence grave, qui n'est pas compatible avec le principe de la bonne foi.

9.2 Compte tenu du fait que la condition de la bonne foi n'est pas réalisée, il n'est pas nécessaire d'examiner la situation financière de la recourante.

10. À l'aune de ce qui précède, la chambre de céans n'a d'autre choix que de rejeter le recours.

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

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
Véronique SERAIN	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