RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3659/2021 **ATAS/207/2022**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 7 mars 2022

6ème Chambre

En la cause

A_____ SÀRL, sise c/o B_____ Sàrl, _____ [GE], comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître Vanja MEGEVAND

recourante

contre

OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI, sis rue des Gares 16, GENÈVE

intimé

Siégeant : Valérie MONTANI, Présidente; Christine WEBER-FUX et Yda ARCE, Juges assesseures

EN FAIT

A. **a.** A_____ Sàrl (ci-après : A_____ Sàrl ou l'intéressée) est une entreprise qui a pour but social une activité commerciale et de conseil dans les domaines de l'informatique et de l'entreprise, développement, commercialisation, licence, maintenance et support de logiciels de systèmes, de solutions informatiques, de l'information aux entreprises, de la bureautique, de l'organisation, de la gestion, de la finance, de l'informatique et du marketing ; prestations de services s'y rapportant ainsi que la mise à disposition de personnel.

b. Le 4 juillet 2019, A_____ Sàrl a déposé, par l'intermédiaire de Monsieur C_____, associé gérant et président de la société, une demande d'allocations d'initiation au travail (AIT) auprès de l'office cantonal de l'emploi (ci-après : OCE).

À teneur du formulaire, la demande était faite en vue de l'engagement de Madame D_____ (ci-après : l'employée) à la fonction de gestionnaire de comptes (« account manager ») dès le 6 août 2019. L'objectif était « l'acquisition de connaissances et formation sur les spécificités du secteur IT/digital dans le domaine du e-business, e-commerce, marketplace et CRM ». Il était notamment stipulé sur le formulaire signé par A_____ Sàrl et l'employée que l'employeur s'engageait à rembourser les allocations sur ordre de la caisse de chômage compétente, si le contrat de travail venait à être résilié pendant la période d'initiation (hors période d'essai) ou dans les trois mois suivant la fin de l'AIT. Etaient réservés les cas de démission de l'employée, ainsi que le licenciement pour justes motifs.

c. Le 22 juillet 2019, l'OCE a donné une suite favorable à la demande d'AIT de A_____ Sàrl pour la période du 6 août 2019 au 5 février 2020. La décision précisait également que les allocations versées pourraient être demandées en remboursement si le contrat de travail était résilié, en dehors du temps d'essai et sans justes motifs, pendant la période d'initiation ou durant les trois mois suivant celle-ci.

d. L'employée s'est trouvée en incapacité totale de travailler du 28 février au 20 avril 2020.

Le 24 mars 2020, Monsieur C_____ a adressé un courriel à l'OCE afin de solliciter la suppression de la clause empêchant une résiliation des rapports de travail durant les trois mois suivant la fin des AIT et l'autorisation, dès lors, de licencier l'employée sans avoir à restituer dites allocations. Il a expliqué que la société se trouvait dans une situation économique critique et qu'elle n'était pas en mesure de maintenir le salaire de son employée. En outre, cette dernière était en incapacité de travail durable, de sorte qu'elle n'était pas en mesure d'apporter de nouveaux mandats. Au vu de la situation, le maintien du contrat de travail était

susceptible de conduire au dépôt de bilan. Une réponse de l'OCE était ainsi sollicitée d'ici au 27 mars 2020. Le jour même, Monsieur C_____ a encore tenté de joindre la gestionnaire du dossier auprès de l'OCE par téléphone, sans succès. Il l'a encore relancée par courriel le 26 mars 2020 afin d'avoir une réponse à ses questions.

e. Sans nouvelles de l'OCE, A_____ Sàrl a résilié le contrat de travail de l'employée, par pli recommandé du 30 mars 2020, en respectant le préavis contractuel d'un mois net durant la première année.

f. Par décision du 9 juin 2020, le service d'aide au retour à l'emploi (ci-après : SARE) a révoqué les AIT, vu la résiliation des rapports de travail durant les trois mois suivant la fin de celles-ci. Il appartenait pour le surplus à la caisse de chômage de demander le remboursement des AIT perçues à tort.

g. Par décision du 25 juin 2020, la caisse de chômage E_____ (ci-après : la caisse) a sollicité la restitution de la somme de CHF 16'800.05, correspondant à la totalité des AIT versées.

h. Le 8 juillet 2020, A_____ Sàrl a adressé à la caisse un courrier intitulé « demande de remise totale – restitution des prestations ». L'engagement de Madame D_____ avait représenté une prise de risque. Monsieur C_____ l'avait formée durant plusieurs mois aux spécificités du domaine d'activité de la société. À la fin des AIT, l'employée n'était cependant toujours pas en mesure de contractualiser les opportunités en cours et donc de développer le chiffre d'affaire de l'entreprise. Elle s'était ensuite trouvée en incapacité totale de travailler dès le 28 février 2020, ce qui s'était avéré particulièrement problématique, s'agissant de l'unique salariée de l'entreprise. En parallèle, l'activité ayant été complètement paralysée par la COVID-19, la situation économique de la société était devenue catastrophique. Au vu de ces évènements, A_____ Sàrl avait tenté de joindre l'OCE par courriel et téléphone afin d'obtenir, à titre exceptionnel et compte tenu des circonstances imprévisibles, la levée de la clause de remboursement des AIT. À défaut d'une réponse à sa demande, elle n'avait eu d'autre choix que de résilier le contrat de travail afin d'assurer la survie de son entreprise. Monsieur C_____ avait toujours fait preuve de bonne foi et le remboursement des AIT plaçait la société dans une situation des plus difficiles vu que sa trésorerie s'élevait désormais seulement à CHF 1'060.52. Les conditions d'une remise totale étaient ainsi réalisées.

i. La caisse a soumis la demande de remise à l'OCE qui l'a rejetée par décision du 2 septembre 2021. La condition de la bonne foi n'était pas remplie dans la mesure où A_____ Sàrl s'était engagée, par la demande d'AIT qu'elle avait signée, à rembourser les prestations si le contrat de travail venait à être résilié pendant la période d'initiation (hors période d'essai) ou dans les trois mois suivant la fin de

l'AIT. Or, elle avait résilié le contrat durant cette période sans invoquer de justes motifs au sens de la loi. La bonne foi étant niée, il n'y avait pas lieu d'examiner la situation financière de la société, les deux conditions étant cumulatives.

j. Le 20 septembre 2021, A_____ Sàrl a formé opposition à l'encontre de la décision du 2 septembre 2021. Il était erroné de considérer qu'elle avait procédé à un licenciement sans justes motifs, vu qu'elle avait agi en raison d'une « réorganisation pour motif économique » de l'entreprise, face à une situation financière difficile ne permettant pas d'assumer le salaire de son unique salariée. L'urgence économique ne permettait pas d'attendre la fin de la période de trois mois prévue par le dispositif relatif aux AIT. L'ensemble de ses actes, dont le licenciement, avait donc été accompli en toute bonne foi.

k. Par décision sur opposition du 27 septembre 2021, l'OCE a rejeté l'opposition et maintenu sa décision initiale. A_____ Sàrl n'avait pas recouru contre la décision du 9 juin 2020 du SARE révoquant la décision du 22 juillet 2019 relative à l'octroi d'AIT, de sorte que celle-ci était entrée en force. Pour ce qui était de la demande de remise de l'obligation de restituer, il ne pouvait y être donné suite favorablement. La condition de la bonne foi n'était pas réalisée, l'employeur ayant cosigné la demande d'AIT précisant expressément l'obligation de rembourser les prestations en cas de licenciement dans les trois mois suivant la fin d'octroi de celles-ci.

B. **a.** Le 27 octobre 2021, A___ Sàrl a interjeté recours à l'encontre de cette décision sur opposition. La situation économique de l'entreprise en mars 2020, combinée à l'absence de son unique employée, avaient conduit à la décision de résiliation des rapports de travail, qui semblait la meilleure solution en vue de la survie de la société. En outre, la clause de durée minimale d'engagement dans le cadre de l'octroi d'AIT avait pour but d'éviter des abus de la part d'employeurs qui souhaiteraient profiter d'employés à prix réduits durant une certaine période avant de les licencier dès la fin des mesures. Or, la recourante s'était retrouvée dans une situation particulièrement complexe et avait dû choisir entre licencier son employée ou mettre son entreprise en péril. Manifestement, elle n'avait aucunement essayé de profiter de la situation et son comportement n'était pas de ceux visés par la clause de restitution. Pour le surplus, les conditions de la bonne foi et de la situation économique précaire de la société ne faisaient guère de doute, ce essentiellement pour les raisons déjà évoquées dans la demande de remise du 8 juillet 2020 et dans l'opposition du 20 septembre 2021.

b. Le 15 novembre 2021, l'intimé a persisté dans les termes de sa décision sur opposition du 27 septembre 2021, suite à quoi 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 la forme et le délai prévus par la loi, le recours est recevable (art. 56 et ss LPGA).

3. À titre liminaire, il convient de préciser l'objet sur lequel doit statuer la chambre de céans.

3.1 L'art. 95 al. 1 LACI prévoit que la demande de restitution de prestations est régie par l'art. 25 al. 1 LPGA. Les subventions relatives aux mesures de marché du travail individuelles font partie des prestations visée par cette disposition (FF 2008 7053).

Selon l'art. 25 al. 1 LPGA, les prestations indûment touchées doivent être restituées, la restitution ne pouvant toutefois être exigée lorsque l'intéressé était de bonne foi et qu'elle le mettrait dans une situation difficile.

Selon l'art. 4 al. 1 et 2 ordonnance sur la partie générale du droit des assurances sociales du 11 septembre 2002 (OPGA - RS 830.11), 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). la caisse est tenue d'exiger du bénéficiaire la restitution des prestations de l'assurance auxquelles il n'avait pas droit (première phrase).

3.2 D'après la jurisprudence fédérale, il faut clairement distinguer la décision de restitution, de la décision de remise (ATF 147 V 368 consid. 4.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_589/2016 du 26 avril 2017 consid. 3.1 ; ATAS/923/2021 du 10 septembre 2021 consid. 6). Une décision de remise est sans objet aussi longtemps qu'une décision de restitution n'est pas entrée en force (arrêt du Tribunal fédéral 8C_799/2017, 8C_814/2017 du 11 mars 2019 consid. 6 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_589/2016 du 26 avril 2017 consid. 3.1). Lorsqu'une décision de restitution est entrée en force, celle-ci ne peut plus être examinée par un tribunal, sauf en présence d'un vice si grave qu'il entraine la nullité de la décision

concernée (arrêt du Tribunal fédéral 9C_638/2014 du 13 août 2015 consid. 3.2 et 6.1).

3.3 Selon l'art. 27 al. 1 LPGA, dans les limites de leur domaine de compétence, les assureurs et les organes d'exécution des diverses assurances sociales sont tenus de renseigner les personnes intéressées sur leurs droits et obligations. Selon l'art. 27 al. 2 LPGA, chacun a le droit d'être conseillé, en principe gratuitement, sur ses droits et obligations. Sont compétents pour cela les assureurs à l'égard desquels les intéressés doivent faire valoir leurs droits ou remplir leurs obligations.

La jurisprudence fédérale a précisé que l'art. 27 al. 2 LPGA est susceptible de fonder un devoir d'information de l'assuré par l'assureur social dans son domaine de compétence (ATF 131 V 472 consid. 5). L'art. 27 al. 2 LPGA implique ainsi un devoir de l'autorité d'attirer l'attention de la personne intéressée sur le fait que son comportement pourrait mettre en péril la réalisation de l'une des conditions du droit aux prestations, lorsque ladite autorité a connaissance d'un tel comportement (ATF 131 V 472 consid. 4.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_26/2011 du 31 mai 2011 consid. 5.2.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_320/2010 du 14 décembre 2010 consid. 5.2 ; ATAS/35/2021 du 25 janvier 2021 consid. 3d).

4. En l'espèce, la requête de remise de la recourante du 8 juillet 2020 était prématurée et donc sans objet dès lors que le délai d'opposition à la décision au fond du 9 juin 2020 n'était pas encore échu et que celle-ci n'était donc pas entrée en force. De plus, la recourante, qui n'était à l'époque pas représentée d'un conseil, y faisait valoir également, et même principalement, des griefs à l'encontre de la décision de révocation des AIT en tant que telle.

Dans ces circonstances, l'autorité intimée se devait d'examiner le courrier dont il est question au fond et non pas comme une simple requête de remise. Dans le doute, il lui appartenait pour le moins, en vertu de l'art. 27 al. 2 LPGA de contacter l'intéressée pour clarifier la situation, lui expliquer les enjeux et s'enquérir de ses intentions. En effet, un défaut d'opposition peut avoir de lourdes conséquences sur ses droits et on ne saurait, en conséquence, considérer à la légère qu'un courrier contestant la position d'une assurance dans le délai d'opposition ne constitue pas une telle opposition (dans le même sens, en matière de procédure d'opposition pénale : ATF 146 IV 286 consid. 2.2 ; en matière de procédure civile en cas clair : ATF 138 III 728 consid. 3.3 ; voir également l'art. 132 al. 1 du code de procédure civile du 19 décembre 2008 [CPC - RS 272] et l'art. 89B al. 3 LPA-GE). Le fait que le courrier dont il est question ait été adressé à la caisse de chômage plutôt qu'à l'intimé directement est sans pertinence vu l'obligation de transmettre d'office découlant de l'art. 11 al. 3 LPA-GE. De facto, le courrier du 8 juillet 2020 a d'ailleurs bien été transmis comme il se devait.

5. Le litige porte donc sur le bien-fondé de la décision de révocation des AIT du 9 juin 2020 et non pas sur une simple demande de remise, laquelle était de toute manière prématurée et donc sans objet. L'intimé n'ayant cependant pas examiné cet aspect dans la décision sur opposition entreprise et n'ayant donc pas même instruit les griefs de la recourante à l'encontre de la demande de restitution en tant que telle, il convient de lui renvoyer la cause pour instruction complémentaire et nouvelle décision sur le principe même de la révocation.

6. Partant, le recours est partiellement admis.

La recourante obtenant partiellement gain de cause et étant assistée d'un conseil, elle a droit à des dépens qui seront fixés à CHF 1'000.- (art. 61 let. g LPGA).

Pour le surplus, la procédure est gratuite.

* * * * *

PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

À la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet partiellement.
3. Annule la décision de l'intimé du 27 septembre 2021.
4. Renvoie la cause à l'intimé pour instruction complémentaire au sens des considérants et nouvelle décision.
5. Alloue à la recourante, à charge de l'intimé, une indemnité de CHF 1'000.- à titre de participation à ses frais et dépens.
6. Dit que la procédure est gratuite.
7. 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 _____