RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3823/2022 **ATAS/302/2023**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 3 mai 2023

Chambre 8

En la cause

A_____ recourant

représenté par Maître Emmanuelle GUIGUET-BERTHOUZOZ,
avocate

contre

OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI intimé

Siégeant : Maya CRAMER, Présidente suppléante ; Anny FAVRE et Teresa SOARES, Juges assesseurs

EN FAIT

A. **a.** A_____ (ci-après : l'employeur ou le recourant), entreprise individuelle, a engagé le 25 mars 2019 Monsieur B_____ (ci-après : l'employé), né le _____1958, en qualité de peintre pour une durée indéterminée, à un taux d'occupation de 100%, pour un salaire de CHF 5'207.- par mois, versé 13 fois l'an.

b. Le 26 mars 2019, l'employeur a sollicité, en faveur de l'employé, l'octroi d'une allocation de retour en emploi (ARE).

c. Par décision du 10 mai 2019, l'office cantonal de l'emploi (ci-après : l'OCE) a accepté la demande d'ARE pour la période du 30 avril 2019 au 29 janvier 2021, pour un salaire mensuel moyen brut de CHF 5'641.-.

d. Par courrier du 30 octobre 2020, l'employeur a licencié l'employeur en raison d'un manque de travail.

e. Le 15 janvier 2021, l'intimé a prolongé la mesure ARE jusqu'au 12 avril 2021 en raison de la situation COVID-19 et de la perception par l'employeur d'indemnités pour réduction de l'horaire de travail du 20 mars au 31 mai 2020.

f. Le 27 janvier 2021, l'employeur a licencié le collaborateur avec effet au 31 mars 2021 en raison du manque de travail.

B. **a.** Par décision du 12 juillet 2022, l'OCE, considérant que ce licenciement n'était pas justifié par de justes motifs, a révoqué sa décision du 10 mai 2019 et réclamé le remboursement du montant de CHF 52'810.90, correspondant à celui versé à l'employeur au titre de l'ARE entre avril 2019 et mars 2021.

b. Le 2 septembre 2022, l'employeur a demandé la reconsidération de cette décision.

c. Le 14 septembre 2022, l'employeur s'est opposé à cette décision en expliquant en substance que le licenciement avait été motivé par le souhait de l'employé de partir à la retraite. Il ne savait pas qu'il pouvait lui être reproché de licencier un collaborateur, avec son accord. Qui plus est, le remboursement réclamé représentait une charge financière trop importante pour la société. La demande de restitution d'ARE aurait des conséquences disproportionnées.

Pour étayer ces allégations, l'employeur a produit notamment :

- une attestation de C_____ Sàrl du 15 août 2022, expliquant que l'employeur avait prêté l'employé à une autre entreprise, n'arrivant pas à l'occuper à plein temps à cause de la pandémie du Covid-19 ; toutefois, ce dernier « ne se sentait pas à l'aise » et avait émis le désir de prendre une retraite anticipée, ce que l'employeur avait accepté, mais qu'il aurait refusé sans la survenance de la pandémie ;
- un bilan et les comptes d'exploitation au 31 décembre 2021 ;

- une attestation de D_____ Sàrl du 10 août 2022, certifiant que l'employé lui « avait été prêté » entre les mois de janvier à fin mars 2021 à la demande de l'employeur. Lors d'un entretien en début janvier 2021 avec l'employeur et l'employé, ce dernier leur avait confirmé sa volonté de prendre une retraite anticipée ; les relations de travail s'étaient ainsi arrêtées fin mars 2021 à la demande de ce dernier ;
- une attestation de l'employé du 18 août 2022, confirmant qu'il avait été prêté à la société D_____ Sàrl en janvier 2021 et qu'il avait alors travaillé tantôt pour cette dernière société tantôt pour son employeur ; jugeant cette situation inconfortable, il avait demandé à son employeur de le libérer pour partir à la pré-retraite ; s'étant rendu compte que les délais pour demander sa retraite anticipée étaient plus longs que prévu, il avait cependant entrepris par la suite des recherches d'emploi et s'était inscrit au chômage ;
- un certificat de travail du 31 mars 2021, attestant que ce dernier quittait l'employeur afin de prendre une retraite anticipée.

d. Le 7 octobre 2022, l'employé a été auditionné par l'OCE et a alors déclaré qu'il avait été licencié en raison du manque de travail de l'employeur. De ce fait, il avait été prêté à une autre entreprise. Toutefois, l'employeur avait initialement l'intention de le garder jusqu'à la retraite. Il y a environ trois ans, juste avant ses 62 ans, son syndicat l'avait informé de son droit à une pré-retraite. Cependant, il avait alors appris à la même période qu'un de ses anciens employeurs n'avait pas payé les cotisations sociales pendant environ une année et demie. De ce fait, la durée de ses cotisations était insuffisante pour bénéficier d'une pré-retraite. Sa créance contre cet ancien employeur était par ailleurs prescrite à cette date. Même s'il avait pu bénéficier de la pré-retraite, il aurait préféré continuer à travailler chez son dernier employeur jusqu'à l'âge légal de la retraite, si celui-ci avait eu assez de travail. Il ne lui avait jamais demandé de le licencier.

e. Par décision du 17 octobre 2022, l'OCE a rejeté l'opposition. Le licenciement était motivé par le manque de travail de l'employeur et non par la demande de l'employé, qui s'est trouvé par la suite au chômage. Le fait que l'employeur ne connaissait pas les conséquences liées à la résiliation du contrat de travail ne pouvait être retenu, cette information figurant dans la décision d'octroi des ARE du 10 mai 2019.

C. **a.** Le 17 novembre 2022, l'employeur a saisi la chambre des assurances sociales de la Cour de justice (ci-après : la chambre de céans) d'un recours contre cette décision, en concluant à son annulation, subsidiairement, à ce que la décision soit réformée dans le sens qu'il doit restituer les ARE versées après la date du licenciement d'un montant de CHF 5'641.-. En substance, le recourant a demandé la remise de l'obligation de restituer la somme requise, au vu de sa situation financière difficile suite à la pandémie du Covid-19. Il avait eu la réelle et sincère intention d'engager l'employé pour une durée indéterminée, mais la pandémie

avait péjoré la situation économique de l'entreprise, de sorte qu'il n'avait plus assez de travail. Il avait néanmoins toujours payé le salaire à 50% à sa charge. S'il avait été conscient de son obligation de poursuivre le contrat de travail au-delà du versement de l'ARE, et des conséquences d'une éventuelle violation de cette obligation, il aurait maintenu le contrat, tout en imposant à l'employé de travailler avec D_____ Sàrl. Sa bonne foi devait ainsi être admise. À l'appui de ses dires, le recourant a produit les attestations de l'employé du 31 octobre 2022 et de D_____ Sàrl du 2 novembre 2022.

b. Dans sa réponse du 16 décembre 2022, l'intimé a déclaré que lors de l'entretien du 7 octobre 2022 avec l'employé, ce dernier avait indiqué qu'il n'avait jamais demandé à l'employeur de le licencier, comme cela ressortait du procès-verbal signé par cet assuré. Par ailleurs, ce n'était qu'une fois que la décision de révocation et de remboursement de l'ARE du 12 juillet 2022 était entrée en force qu'il pourrait se prononcer sur une éventuelle remise de l'obligation de rembourser.

c. Dans sa réplique du 23 janvier 2023, le recourant a indiqué que les déclarations de l'employé lors de son audition du 7 octobre 2022 étaient contredites par des attestations de ce dernier antérieures et postérieures à ladite audition. Par ailleurs, des tiers n'ayant aucun intérêt dans la procédure confirmaient également que l'employé avait été licencié à sa demande.

d. Sollicité par la chambre de céans, le 4 avril 2023, l'intimé a transmis un courriel du 15 juillet 2022 du Service administratif et financier de l'OCE, informant le Service d'aide au retour à l'emploi du licenciement de l'employé.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 134 al. 3 let. b LOJ 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. 49 al. 3 de la loi en matière de chômage du 11 novembre 1983 (LMC - J 2 20) en matière de prestations cantonales complémentaires de chômage.

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

2. La décision querellée a trait aux prestations cantonales complémentaires de chômage prévues par la LMC. Cette dernière ne contenant aucune norme de renvoi, la LPGA n'est pas applicable (cf. art. 1 et 2 LPGA).

3. 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]).

4. Le litige porte sur le bien-fondé de la décision de l'intimé de réclamer au recourant le remboursement de l'ARE, suite au licenciement de l'employé avant la fin de la mesure.

5.

5.1 Aux termes de l'art. 30 LMC, les chômeurs ayant épuisé leur droit aux indemnités fédérales peuvent bénéficier d'une ARE s'ils retrouvent un travail salarié auprès d'une entreprise active en Suisse.

Selon l'art. 36 LMC, l'autorité compétente verse l'ARE sous forme d'une participation au salaire (al. 1). L'allocation est versée par l'intermédiaire de l'employeur, lequel doit payer les cotisations usuelles aux assurances sociales sur l'intégralité du salaire et prélever la part du travailleur (al. 3). La participation au salaire correspond à 50% du salaire (al. 4).

La décision relative à l'ARE 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 trois 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 (art. 36B al. 2 LMC).

L'art. 30 du règlement d'exécution de la loi en matière de chômage (RMC - J 2 20.01) précise la notion de « motifs sérieux et justifiés » et stipule que sont notamment considérés comme tels : un licenciement pour des motifs économiques avérés (let. a), 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 (let. b).

5.2 Dans un arrêt de principe du 24 novembre 2022 (ATAS/1026/2022), la Cour de céans a interprété la notion de "motifs sérieux et justifiés" au sens de l'art. 30 al. 1 LMC. Sur la base notamment des travaux préparatoires, elle a considéré que la notion de « motifs économiques avérés » doit être interprétée de manière restrictive, et qu'il faut donc que l'existence même de l'employeur soit mise en danger par la poursuite du contrat de travail. Seul un employeur dans une telle situation doit pouvoir licencier un collaborateur pour lequel il bénéficie d'une ARE sans devoir restituer les allocations reçues.

Pour l'examen de la question de savoir si l'existence même de l'employeur est en danger, il y a lieu de se référer, pour une société anonyme, à l'art. 725 de la loi fédérale du 30 mars 1911, complétant le Code civil suisse (CO, Code des obligations - RS 220), relatif à la perte de capital et au surendettement d'une société anonyme.

Une société éprouve une perte de capital, nécessitant des mesures d'assainissement, lorsqu'elle réalise l'une des deux conditions suivantes : les pertes sont supérieures à 50% des fonds propres (FP) imposés par la loi (soit pertes > 50% des FP) ou la différence entre l'actif social (AS) et les fonds

étrangers (FE) est inférieure à 50% des FP imposés par la loi (soit ([AS – FE] < 50% des FP ; cf. Henry PETER / Francesca CAVADINI in Commentaire romand – Code des obligations II, 2017, n° 18 ad Art. 725 CO).

Une société est surendettée lorsque son actif social est inférieur aux FE ou que ses FP sont inférieurs aux pertes (cf. Henry PETER / Francesca CAVADINI, op. cit., n° 32 ad Art. 725 CO). À noter que le surendettement ne doit pas être confondu avec l'insolvabilité, cette dernière notion signifiant que la société ne dispose pas de liquidités suffisantes pour payer ses dettes exigibles (cf. Henry PETER / Francesca CAVADINI, op. cit., n° 34 ad Art. 725 CO).

6. En l'espèce, le recourant a licencié l'employé le 27 janvier 2021, avec effet au 31 mars 2021 avant la fin de la mesure. Celle-ci était initialement limitée à la période du 30 avril 2019 au 29 janvier 2021 et a été prolongée le 15 janvier 2021 jusqu'au 12 avril 2023.

6.1 La résiliation est motivée par un manque de travail, lequel est au demeurant établi. En effet, C_____ Sàrl, dont le but statutaire est notamment conseil et aide à l'administration d'entreprises et aux particuliers, ainsi que des prestations liées aux travaux de bâtiment, atteste dans sa déclaration du 15 août 2022 qu'avec l'arrivée de la pandémie du Covid-19 le recourant, qui est son client, n'avait plus assez de mandats, pour occuper son employé à plein temps. De ce fait, il a dû le prêter à une autre entreprise. Son bénéfice était de CHF 137'690.- en 2019 et n'était plus que de CHF 96'275.- en 2020 et de CHF 92'581.- en 2021. L'employé confirme également, dans sa déclaration du 18 août 2022, que le recourant n'avait plus assez de travail, lorsque la pandémie a commencé et qu'il a dû travailler de ce fait pour D_____ Sàrl à partir de janvier 2021. Cela résulte aussi de sa déclaration lors de son audition en date du 7 octobre 2022.

Toutefois, la situation de l'entreprise est saine, elle n'a pas de dettes et elle a réalisé un bénéfice en 2021 malgré les difficultés financières. Certes, au vu du volume de travail et de son chiffre d'affaires modeste (CHF 428'375.50 en 2021), le salaire d'un collaborateur a un impact important. Toutefois, au dépit du licenciement de l'employé pour fin mars 2021, la charge salariale de l'entreprise n'était que de CHF 733.55 inférieure en 2021 par rapport à 2020, selon le compte d'exploitation au 31 décembre 2021. De surcroît, le chiffre d'affaires était en augmentation en 2021 (CHF 428'375.50 en 2021 et CHF 364'254.84 en 2020). Enfin, comme le recourant l'admet, il avait toujours la possibilité de prêter son employé à une entreprise avec un volume de travail plus important, de sorte qu'il ne subissait pas de perte en maintenant le contrat de travail.

Partant, il ne peut être admis que l'existence de la société était en danger au sens de la loi.

6.2 Se pose ensuite la question de savoir si le recourant avait un autre motif sérieux et justifié, en particulier si la résiliation est intervenue en réalité à la demande de l'employé.

Dans sa déclaration du 15 août 2022, C_____ Sàrl atteste que l'employé « ne se sentait pas à l'aise et a émis le désir de partir en retraite anticipée ». Celui-ci précise, dans sa déclaration du 18 août 2022, que le fait de devoir travailler tantôt pour le recourant tantôt pour D_____ Sàrl n'était pas confortable et qu'il ne se sentait plus en sécurité. Puisqu'il avait l'âge de pouvoir demander la pré-retraite, il a demandé au recourant de le libérer pour partir à la retraite et que ce n'est que par la suite qu'il s'est rendu compte que « les délais pour demander [sa] pré-retraite étaient plus longs que prévu », raison pour laquelle il a finalement recherché un nouvel emploi et s'est inscrit au chômage. Dans sa déclaration du 31 octobre 2022, il indique

« Mon souhait était bien de partir en pré-retraite, et j'ai manifesté auprès de A_____ de me donner le congé car c'était plus simple pour moi.
Je n'avais plus la motivation de continuer. Il me semble qu'à mon âge j'ai quant (sic) même le droit de pouvoir m'arrêter, surtout dans ce métier. Vraiment mon souhait était de pouvoir toucher ma pré-retraite tranquille, même si l'entreprise D_____ à qui j'étais prêté pouvait encore m'engager quelques temps, malheureusement, je n'avais plus cette motivation ».

D_____ Sàrl a attesté le 2 novembre 2022 qu'elle aurait eu la possibilité de conserver l'employé du recourant encore quelques mois, mais que l'employé était déterminé à prendre sa pré-retraite. Dans la mesure où il avait l'âge de le faire, elle avait pleinement compris sa décision et sa démotivation au vu des travaux souvent physiques requis dans son métier. Elle a ajouté : « De ce fait, nous avons pris en considération son souhait et avons mis un terme au 31 mars 2021 sur sa demande ».

Au demeurant, le recourant mentionne dans le certificat de travail du 31 mars 2021, soit avant la révocation de l'ARE et la demande de restitution, que l'employé quitte l'entreprise pour prendre une retraite anticipée.

De ces déclarations, il ressort clairement que l'employé voulait prendre la pré-retraite et que c'est pour cette raison que le recourant l'a licencié. L'employé ayant eu 62 ans le 22 septembre 2020, il avait en principe l'âge requis pour partir en retraite anticipée, selon la convention collective pour la retraite anticipée dans le second œuvre romand (CCRA-SOR). Le recourant ne pouvait alors pas savoir que l'employé ne remplissait pas la condition de la durée de cotisation pour bénéficier d'une retraite anticipée et qu'il se réinscrirait au chômage.

Certes, lors de son audition du 7 octobre 2022 par l'intimé, l'employé contredit en partie ses déclarations précitées. En ce qui concerne la lettre de licenciement du 30 octobre 2020, l'employé « pensait qu'elle avait été établie car il ne pouvait pas être licencié et c'est à cette période qu'il avait été prêté à une autre entreprise ». Le recourant, que l'employé connaissait bien, avait l'intention de le garder jusqu'à la retraite, mais cela n'avait pas été possible. Ce dernier n'a jamais eu de problèmes avec le recourant et gardait toujours de bons rapports avec lui. Juste avant ses

62 ans, il y a trois ans environ, son syndicat l'avait informé de ce qu'il pourrait avoir droit à une pré-retraite à partir de 62 ans. Cependant, à ce moment, l'employé a appris qu'un de ses anciens employeurs n'avait pas payé les cotisations sociales, de sorte qu'il n'avait pas assez cotisé pour bénéficier d'une retraite anticipée. Le recourant était informé de cette situation. L'employé a également affirmé lors de cette audition que si le recourant avait eu assez de travail, il aurait préféré continuer à travailler chez lui jusqu'à la retraite. Il ne lui avait jamais demandé de le licencier.

Cette déclaration, que l'employé a au demeurant contredite dans celle du 31 octobre 2022, soit postérieurement à son audition par l'intimé, n'est pas entièrement probante, dans la mesure où cet assuré a intérêt à faire croire à ce dernier qu'il n'est pas sans travail par sa faute. En effet, s'il avait lui-même provoqué son chômage, il risquerait une suspension des indemnités journalières. Il confirme néanmoins qu'il avait fait part au recourant de son souhait de prendre une retraite anticipée. Il ressort aussi de sa déclaration que le recourant était au courant qu'il ne pouvait pas résilier le contrat de travail.

Au vu de ce qui précède, il convient d'admettre qu'au degré de la vraisemblance prépondérante, le recourant a licencié l'employé à sa demande, celui-ci voulant prendre une retraite anticipée. Ce n'est que par la suite, que ce dernier a appris probablement qu'il ne remplissait pas les conditions pour en bénéficier, raison pour laquelle il s'est réinscrit au chômage. Il ne serait pas compréhensible sinon qu'il ait déclaré au recourant et à D_____ Sàrl qu'il souhaitait prendre une pré-retraite et mettre fin au contrat.

Certes, c'est le recourant qui a résilié le contrat et non l'employé, alors que celui-ci ne voulait plus continuer à travailler. Cela peut s'expliquer par le fait que ce dernier tenait à garder une porte ouverte pour bénéficier à nouveau des prestations de chômage, au cas où il n'aurait pas droit à la pré-retraite. Il n'en demeure pas moins, que le recourant pouvait comprendre de bonne foi que l'employé arrêtait de travailler. Il ne serait enfin pas compréhensible que le recourant mette fin au contrat, alors même que l'ARE venait d'être prolongée, qu'il savait apparemment que le contrat ne pouvait être résilié, selon la déclaration de l'employé à l'OCE, et que D_____ Sàrl pouvait continuer à l'occuper.

Cela étant, il sied d'admettre que le recourant avait des motifs sérieux et justifiés pour licencier l'employé.

7. Par conséquent, le recours sera admis et la décision querellée annulée.

8. Le recourant obtenant entièrement gain de cause, une indemnité de CHF 1'500.- lui est octroyée à titre de dépens.

9. 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.
3. Annule la décision du 17 octobre 2022.
4. Condamne l'intimé à verser au recourant une indemnité de CHF 1'500.- à titre de dépens.
5. Dit que la procédure est gratuite.
6. 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 suppléante
Nathalie LOCHER	Maya CRAMER

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties par le greffe le