RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3869/2020 **ATAS/1212/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 25 novembre 2021

3ème Chambre

En la cause

A_____, sis à SERVION, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître Elie ELKAIM

recourant

contre

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

intimé

Siégeant : Karine STECK, Présidente ; Michael BIOT et Claudiane CORTHAY, Juges assesseurs

EN FAIT

A. **a.** Le A_____ (ci-après l'employeur) est un établissement comprenant des chambres et un restaurant. En septembre 2015, son propriétaire, Monsieur B_____ a adressé à l'Office cantonal de l'emploi (ci-après l'OCE) une demande d'allocation de retour en emploi (ARE) portant sur l'engagement de Monsieur C_____ (ci-après l'employé) en qualité de directeur dès le 26 septembre 2015, moyennant un salaire mensuel de CHF 8'000.-, 13ème salaire inclus.

b. Par décision du 5 novembre 2015, l'OCE a accepté l'octroi d'une ARE du 5 novembre 2015 au 4 novembre 2017, sous réserve du respect du contrat de travail signé le 2 septembre 2015.

c. Par courrier du 25 novembre 2016, l'employeur a licencié l'employé avec effet au 31 décembre 2016, en invoquant des raisons économiques et les difficultés rencontrées par l'établissement.

d. Par décision du 3 février 2017, confirmée sur opposition le 26 avril 2017, l'OCE a révoqué l'ARE et en a réclamé le remboursement par l'employeur à hauteur des CHF 69'913.10 versés. Il a rappelé que la loi prévoyait la restitution de la contribution au salaire perçue si l'employeur mettait un terme au contrat de travail avant la fin de la mesure, sauf en cas de licenciement pour justes motifs, que l'employeur n'avait pas invoqués en l'espèce.

e. Saisie d'un recours de l'employeur, la Cour de céans l'a rejeté en date du 8 novembre 2018 (ATAS/1039/2018).

Après enquêtes, la Cour a constaté que les soupçons de malversations invoqués par l'employeur pour justifier le licenciement n'étaient étayés par aucun élément concret. Or, il appartenait à l'employeur de procéder aux investigations nécessaires afin de confirmer les doutes nourris à l'encontre de son employé s'il entendait se prévaloir de justes motifs pour s'en séparer. Conformément à la jurisprudence, une simple suspicion ne suffisait pas.

Qui plus est, les éléments invoqués par l'employeur remontaient à décembre 2015 ou janvier 2016. Or, le congé n'avait été signifié qu'une année plus tard environ. Compte tenu de ce délai, force était de constater que les malversations alléguées, eussent-elles été réelles, n'avaient pas entamé le lien de confiance au point de rendre la poursuite des relations de travail insupportable.

Enfin, la Cour a rappelé que, selon la jurisprudence, il ne suffisait pas qu'un bénéficiaire d'ARE ait donné à son employeur des motifs de le licencier avec effet immédiat; encore fallait-il que l'employeur ait formellement procédé à un tel licenciement, de surcroît de façon matériellement fondée.

f. Saisi à son tour par l'employeur, le Tribunal fédéral l'a débouté en date du 21 janvier 2020 (8C_864/2018).

À l'instar de la Cour de céans, notre Haute Cour a souligné que l'octroi d'ARE n'avait pas pour but de subventionner l'engagement de salariés par les entreprises, mais visait la réinsertion de personnes au chômage. La demande de restitution en cas d'échec de la réinsertion ne constituait pas une sanction administrative, mais bien plutôt une mesure destinée à éviter le recours abusif à de telles allocations.

En l'occurrence, il n'existait pas de circonstance qui, selon les règles de la bonne foi, aurait permis de libérer le recourant de son engagement à ne pas mettre un terme aux rapports de travail avant la fin de la durée totale de la mesure. L'existence d'un juste motif de résiliation anticipée des rapports de travail n'était pas établie (consid. 5.3.2).

B. **a.** Dans l'intervalle, par décision du 21 mars 2018, l'OCE a rejeté la demande de remise déjà formulée par l'employeur dans son opposition à la décision de remboursement du 3 février 2017.

b. Par décision incidente du 1er avril 2019, l'OCE a cependant suspendu l'instruction de l'opposition formée le 27 mars 2019 par l'employeur contre le rejet de sa demande de remise, jusqu'à droit connu sur le recours interjeté le 13 décembre 2018 contre l'arrêt de la CJCAS du 8 novembre 2018.

c. Le Tribunal fédéral ayant statué sur le principe de la restitution, l'OCE, par décision du 21 octobre 2020, a confirmé son refus d'accorder une remise de l'obligation de restituer à l'employeur.

L'employeur, qui avait rempli et signé un formulaire de demande d'ARE le 2 septembre 2015, était réputé en avoir pris connaissance, y compris la clause relative à l'obligation de rembourser l'ARE. Il avait choisi de licencier l'employé le 25 novembre 2016, moyennant le respect d'un délai de congé d'un mois, pendant la durée de l'ARE et pour des raisons économiques, alors qu'il ne pouvait ignorer les conséquences d'une résiliation ordinaire du contrat de travail après le temps d'essai et avant le terme de la mesure. Ce faisant, il avait commis une négligence grave, de sorte que les conditions d'une remise - en particulier celle relative à la bonne foi - n'étaient pas remplies.

C. **a.** Par écriture du 23 novembre 2020, l'employeur a interjeté recours contre cette décision en concluant principalement à ce que lui soit accordée la remise - entière ou partielle - de l'obligation de rembourser le montant de CHF 69'913.10 réclamé**.**

Le recourant allègue n'avoir eu d'autre choix que de signifier son congé à son employé, car d'importants soupçons pesaient sur lui portant sur différentes fautes graves commises dans la gestion de l'établissement. Le lien de confiance entre lui et l'employé était objectivement rompu.

Le recourant allègue ne pas disposer des "connaissances juridiques pointues" requises pour comprendre les subtilités présidant au remboursement des allocations de retour en emploi. À cet égard, il rappelle qu'il est originaire d'ex-Yougoslavie, que le français n'est pas sa langue maternelle et qu'il ne dispose d'aucune formation juridique. Dans ces conditions, il ne pouvait à aucun moment envisager qu'il pourrait être tenu de restituer près de CHF 70'000.-.

Pour le surplus, il estime que le raisonnement consistant à nier sa bonne foi au motif qu'il a signé le formulaire de demande d'ARE ne tient pas dans la mesure où cela aurait pour conséquence de nier systématiquement la bonne foi de tout employeur ayant bénéficié d'une ARE et ayant par conséquent, de facto, signé le formulaire de demande.

b. Invité à se déterminer, l'intimé a conclu au rejet du recours.

c. Par la suite, le recourant a produit les comptes de son entreprise afin de démontrer les graves difficultés financières dans lesquelles le plongerait le remboursement réclamé.

d. L'intimé a fait remarquer que la remise ayant été refusée au motif que la condition de la bonne foi n'était pas réalisée, la question subséquente de la contrainte financière n'avait pas à être examinée.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 134 al. 3 let. b 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 des contestations prévues à l'art. 49 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 refus de l'autorité intimée d'accorder à l'employeur la remise de l'obligation de rembourser la somme de CHF 69'913.10, représentant l'ARE versée à compter de novembre 2015 pour M. C_____. Le principe et le montant de la restitution ont quant à eux déjà fait l'objet d'une précédente procédure et sont entrés en force.

5. Si l'employeur met un terme au contrat de travail avant la fin de la durée totale de la mesure, il est tenu de restituer à l'État la participation au salaire reçue. Sont réservés les cas de résiliation immédiate du contrat de travail pour justes motifs au sens de l'art. 337 de la loi fédérale complétant le code civil suisse (livre cinquième : droit des obligations) du 30 mars 1911 (CO, Code des obligations - RS 220 ; art. 32 al. 2 LMC, dans sa teneur avant le 1er octobre 2017 [art. 55A al. 7 LMC]).

6. **a.** Aux termes de l'art. 19 LMC, l'autorité compétente peut exiger le remboursement des prestations touchées indûment (al. 1). Elle peut renoncer à exiger la restitution sur demande de la personne concernée, lorsque celle-ci est de bonne foi et que la restitution la mettrait dans une situation financière difficile (al. 2). L'art. 25 al. 2 LPGA est applicable par analogie (al. 3).

Selon l'art. 48B LMC, qui reprend les principes de l'art. 19 LMC, en cas de violation de la LMC, 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 la personne concernée, lorsque celle-ci est de bonne foi et que la restitution la 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).

b. Ces dispositions reprennent pour les prestations complémentaires cantonales de chômage, dont l'ARE, les mêmes principes et règles qu'expriment l'art. 25 LPGA (cf. aussi l'art. 2 à 5 de l'ordonnance sur la partie générale du droit des assurances sociales, du 11 septembre 2002 - OPGA - RS 830.11) dans le domaine des assurances sociales fédérales et, par exemple, l'art. 24 al. 1 de la loi cantonale sur les prestations cantonales complémentaires, du 25 octobre 1968 (LPCC - J 4 25) pour les prestations complémentaires cantonales à l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité. Il y a lieu d'interpréter l'art. 48B LMC de la même façon que ces autres dispositions, que ce soit pour la procédure à suivre ou sur le fond, même s'il paraît laisser un pouvoir d'appréciation à l'autorité lorsque les deux conditions d'une remise sont remplies (ATAS/456/2019 précité consid. 6a).

c. Les deux conditions matérielles que prévoit l'art. 48B al. 2 LMC, sur le modèle de l'art. 25 al. 1 2ème phr. LPGA, à savoir la bonne foi et l'exposition à une situation difficile, sont cumulatives (ATF 126 V 48 consid. 3c p. 53 ; DTA 2001 p. 160, C 223/00 consid. 5 ; ATAS/456/2019 précité consid. 6c).

7. La bonne foi doit faire l'objet d'un examen minutieux dans chaque cas particulier (ATAS/456/2019 précité consid. 7).

Selon la jurisprudence, l'ignorance, par la personne bénéficiaire, du fait qu'elle n'avait pas droit aux prestations versées ne suffit pas pour admettre qu'elle était

de bonne foi. Il faut bien plutôt qu'elle ne se soit rendue coupable non seulement d'aucune intention malicieuse, mais encore d'aucune négligence grave. Il y a négligence grave lorsque la personne concernée ne se conforme pas à ce qui peut être raisonnablement exigé d'une personne capable de discernement, se trouvant dans une situation identique et dans les mêmes circonstances (ATF 110 V 181 consid. 3d). Ainsi, la bonne foi doit être niée quand la personne enrichie pouvait, au moment du versement, s'attendre à son obligation de restituer, parce qu'elle savait ou devait savoir, en faisant preuve de l'attention requise, que la prestation était indue (art. 3 al. 2 du code civil suisse du 10 décembre 1907 - CC - RS 210 ; ATF 130 V 414 consid. 4.3 ; ; ATAS/456/2019 précité consid. 7 et les références citées).

8. **a.** La Chambre des assurances sociales a déjà eu à connaître d'un cas où – comme en l'occurrence - l'ARE avait été accordée en application d'une pratique ne faisant figurer l'obligation de restituer en cas de résiliation ordinaire du contrat de travail avant la fin de la mesure que dans le formulaire pré-imprimé de demande d'ARE, mais non dans la décision d'octroi de celle-ci. La Chambre des assurances sociales a relevé que, par la suite, la même cautèle avait été intégrée également dans les décisions d'octroi d'ARE. En effet, il était apparu d'expérience que les employeurs n'avaient pas prêté une attention suffisante à cette obligation lorsqu'elle n'était mentionnée que dans la demande. S'il ne s'ensuivait pas une assurance donnée par omission de pouvoir procéder à une résiliation ordinaire du contrat de travail sans devoir rembourser les ARE perçues jusque-là, l'opportunité - sinon la nécessité - qu'il y avait eu de modifier la pratique représentait un argument en faveur d'une approche non rigoriste de la question de la bonne foi : il était concevable qu'un employeur, se référant plus naturellement à la décision d'octroi de l'ARE qu'au formulaire de demande, ne pense plus, des mois, voire des années plus tard, à cette clause, même si cette dernière s'appuyait sur l'art. 32 al. 2 LMC. Il n'était donc pas question de nier d'office sa bonne foi dans le cadre d'une demande de remise de l'obligation de restituer (ATAS/843/2017 du 3 octobre 2017 consid. 4b).

Dans le cas qui lui était soumis, la Cour a admis que l'employeur n'avait pas été conscient du fait qu'il ne pouvait résilier le contrat de travail de son employé pour son prochain terme plutôt qu'avec effet immédiat, sauf à accepter l'idée qu'il lui faudrait rembourser les ARE perçues (ATAS/843/2017 précité consid. 4b). Plaidait en faveur de la bonne foi de l'employeur le fait que l'entreprise n'avait résilié le contrat de travail de l'employé que pour l'échéance légale de la mesure, en respectant le délai minimal de congé. L'entreprise pouvait en effet imaginer, sans être de mauvaise foi, qu'elle n'enfreignait pas ses obligations puisqu'elle maintenait le contrat jusqu'à l'échéance de la mesure (ATAS/843/2017 précité consid. 4c), étant relevé que, conformément à la jurisprudence, la prolongation de trois mois de la durée légale de la mesure prévue dans le formulaire pré-imprimé était contraire au principe de la légalité (ATAS/610/2017 du 30 juin 2017

consid. 10). À cela s'ajoutaient les circonstances du licenciement, qui contribuaient à amoindrir la négligence de l'employeur, lequel disposait de justes motifs de licenciement immédiat, mais y avait renoncé pour des motifs sociaux (ATAS/843/2017 précité consid. 4d). Au vu des circonstances, la Cour de céans a considéré que la négligence dont s'était rendue coupable l'entreprise était d'une gravité modérée, ne faisant pas obstacle à la reconnaissance de la bonne foi (ATAS/843/2017 précité consid. 4e).

b. La Cour de céans a eu à connaître trois autres litiges dans lesquels la clause de remboursement ne figurait que dans le formulaire de demande et non dans la décision d'octroi de l'ARE; les employeurs faisaient valoir qu'ils n'avaient pas compris l'obligation de rembourser l'allocation perçue en cas de résiliation du contrat de travail avant la fin de la mesure.

Dans deux cas, la Cour de céans a constaté que les employeurs avaient résilié les contrats de travail plusieurs mois avant la fin de la mesure, de sorte qu'ils avaient commis une négligence grave et ne pouvaient être considérés comme étant de bonne foi (ATAS/456/2019 consid. 11 ; ATAS/866/2018 consid. 10).

Dans le troisième cas (ATAS/375/2020 du 14 mai 2020), l'employeur reconnaissait ne pas avoir lu attentivement les conditions figurant sur le formulaire de demande d'ARE, et disait avoir axé son attention sur le respect du contrat de travail avec son employé. L'employeur avait procédé au licenciement ordinaire de son employé l'avant-dernier jour avant la fin de la période de perception de l'ARE, de sorte que le licenciement avait pris effet un mois après la fin de la mesure. Cela démontrait, selon la Cour de céans que l'employeur était persuadé, de bonne foi, de respecter ses obligations dès lors que le contrat était maintenu au-delà de l'échéance de l'ARE.

9. 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 la juridiction. 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).

La juridiction en matière d'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 ; la vraisemblance prépondérante suppose que, d'un point de vue objectif, des motifs importants plaident pour l'exactitude d'une allégation, sans que d'autres possibilités ne

revêtent une importance significative ou n'entrent raisonnablement en considération (ATF 139 V 176 consid. 5.3). Parmi tous les éléments de fait allégués ou envisageables, la juridiction doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables (ATF 130 III 324 consid. 3.2 et 3.3 ; 126 V 360 consid. 5b ; 125 V 195 consid. 2). Aussi n'existe-t-il pas, en droit des assurances sociales, un principe selon lequel l'administration ou la juridiction devrait statuer, dans le doute, en faveur de la personne assurée (ATF 126 V 322 consid. 5a).

10. En l'espèce, il convient en premier lieu de relever que, tout comme dans les cas déjà tranchés par la Cour de céans et susmentionnés, l'ARE a été accordée en application d'une pratique ne faisant figurer l'obligation de restituer en cas de résiliation ordinaire du contrat de travail avant la fin de la mesure que dans le formulaire pré-imprimé de demande d'ARE, mais non dans la décision d'octroi de celle-ci (cf. décision du 5 novembre 2015).

Conformément à la jurisprudence, la bonne foi ne saurait donc être exclue d'office. Il convient d'examiner les circonstances du cas d'espèce.

L'employeur a résilié le contrat avec effet au 31 décembre 2016, soit plusieurs mois avant le terme de la mesure, prévu le 4 novembre 2017.

Qui plus est, il a été établi que l'employeur ne disposait d'aucun juste motif lui permettant procéder à une résiliation immédiate à laquelle il n'a d'ailleurs pas procédé. Ce point a été confirmé par le Tribunal fédéral dans son arrêt du 21 janvier 2020 (cf. supra A.f).

Au vu de ce qui précède, aucun élément ne permet de qualifier la négligence dont a fait preuve le recourant en ne respectant pas les conditions pourtant clairement énoncées dans le formulaire de demande d'ARE qu'il a rempli et signé lui-même de non grave.

Dans le formulaire de demande d'ARE, il est en effet expressément stipulé :

> « L'employeur s'engage à conclure avec l'employé un contrat de travail à durée indéterminée et, dans le cas où une période d'essai est prévue, à la limiter si possible à un mois. À l'issue de la période d'essai, si le contrat de travail est résilié avant la fin de la durée totale de la mesure ou dans les 3 mois suivants, il s'engage à rembourser les allocations sur décision de l'autorité compétente, pour autant qu'il ne s'agisse pas d'un licenciement pour justes motifs au sens de l'art. 337 CO ».

Certes, M. B_____ n'est pas de nationalité suisse. Il paraît cependant difficile de considérer que l'employeur, actif en tant que tel depuis plusieurs années et à la tête d'un établissement hôtelier, puisse ne pas faire la différence entre un licenciement pour justes motifs au sens de l'art. 337 CO et un licenciement « ordinaire ». Il ressort de la formulation reproduite ci-dessus que le remboursement est la règle en cas de résiliation avant la fin de la mesure, le licenciement pour justes motifs l'exception. Or, en l'occurrence, le contrat a été

résilié des mois avant le terme de l'ARE. Dans ces conditions, le recourant, en cas de doutes et devant la possibilité de devoir rembourser une somme conséquente, aurait à tout le moins dû se renseigner auprès de l'autorité, ce qu'il n'a pas fait.

Il résulte de ce qui précède que l'employeur a commis une négligence grave à teneur de la jurisprudence précitée et ne remplit pas la condition juridique de la bonne foi. C'est dès lors à juste titre que la remise de l'obligation de restituer les ARE a été refusée.

Le recours est rejeté.

11. La procédure est gratuite (art. 89H al. 1 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	La Présidente
Marie-Catherine SÉCHAUD	Karine STECK

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