RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/762/2023 **ATAS/472/2023**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 22 juin 2023

Chambre 5

En la cause

A_____ SÀRL recourante

représentée par Me Stéphane VOISARD, avocat

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 A_____ SÀRL (ci-après : la société 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), sœur du gérant de la société, 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.

b. En signant la demande d'ARE, la société, soit pour elle Monsieur C_____, unique 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.

c. 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 la société, 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 des ARE. Il était également mentionné, en page deux du contrat, sous la rubrique « Informations importantes », que si la notification de la résiliation du contrat de travail de l'employée 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 la société pouvaient être demandées en remboursement.

d. Par courriel du 4 juin 2019, la société 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.

e. Par courriel du 11 juin 2019, M. D_____ a informé la société 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 ».

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

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

h. Par courrier du 11 août 2020, le mandataire de la société s'est opposé à la décision du 16 juin 2020, faisant valoir que lors de l'octroi des ARE, la situation

financière de la société était bonne, alors qu'elle s'était détériorée en 2018 et en 2019. Pour cette raison, la société 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, la société avait résilié le contrat de travail pour le 31 octobre 2019. Selon cette dernière, 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.

i. 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.

j. Sur recours de la société du 21 janvier 2021, la chambre de céans a confirmé la décision querellée et a rejeté le recours par arrêt du 30 juin 2021 (ATAS/724/2021) notamment au motif que : « 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 les 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 » (consid. 6).

B. **a.** Après que l'arrêt susmentionné soit entré en force, l'OCE a suivi les directives de la chambre de céans et est entré en matière sur la demande implicite de la société de remise de son obligation de rembourser le montant réclamé.

b. Par décision du 25 octobre 2022, l'OCE a refusé d'accorder une remise de l'obligation de rembourser à la société au motif que la condition de la bonne foi n'était pas remplie. L'OCE exposait que l'ignorance, par le bénéficiaire, du fait qu'il n'avait pas droit aux prestations versées ne suffisait pas pour admettre qu'il était de bonne foi. La société dans le cas d'espèce, ne pouvait se prévaloir de sa bonne foi dès lors que le formulaire de demande d'ARE qu'elle avait dûment signé et déposé le 14 février 2018, mentionnait de manière non équivoque qu'elle était tenue de rembourser les allocations versées si elle venait à résilier le contrat de travail, sans motif sérieux et justifié, durant la mesure où dans les trois mois qui suivaient. Dès lors que la société avait décidé de procéder à un licenciement ordinaire, en pleine connaissance des conséquences, elle avait commis une négligence grave, ce qui écartait la possibilité de se prévaloir de la bonne foi.

c. Par courrier de son mandataire du 24 novembre 2022, la société s'est opposée à la décision du 25 octobre 2022 en invoquant que la décision d'octroi des ARE du 28 mars 2018 ne contenait aucune description des circonstances pouvant justifier

un licenciement avant la fin de la mesure. Dès lors, la société n'était pas informée de la nature des motifs qu'elle pouvait invoquer à l'appui du licenciement de l'employée, la jurisprudence la dispensant, d'ailleurs, de connaître les règles légales dans leurs moindres détails. Elle invoquait encore une fois un défaut d'information imputable à l'OCE au motif que ce dernier aurait dû saisir l'ampleur des difficultés financières de la société et attirer son attention sur la possibilité d'ajuster le contrat, voire de prononcer un licenciement avant l'échéance de la mesure, pour des motifs économiques avérés. La société ajoutait encore que la demande de remboursement violait le principe de proportionnalité, dès lors qu'on aurait pu imaginer qu'un remboursement partiel des prestations soit exigé, de manière à tenir compte de la situation financière de la société.

d. Par décision sur opposition du 27 janvier 2023, l'OCE a rejeté l'opposition du 24 novembre 2022 et confirmé la décision du 25 octobre 2022, pour les motifs déjà invoqués dans la précédente décision, ajoutant, pour le surplus, que la société était parfaitement informée des conséquences d'une résiliation avant le terme fixé dans la décision, ce qui ne permettait pas d'invoquer le principe de la bonne foi.

C. **a**. Par acte de son mandataire, posté le 1er mars 2023, la société a interjeté un recours contre la décision sur opposition du 27 janvier 2023, en concluant à son annulation, avec suite de frais et dépens pour les motifs déjà exposés, en substance, au stade de l'opposition, invoquant, pour le surplus, que la résiliation du 26 août 2019 avait été annulée puis notifiée à nouveau le 30 septembre 2019 pour le 31 octobre 2019.

b. Par réponse du 31 mars 2023, l'OCE a conclu au rejet du recours au motif que la recourante n'apportait aucun élément nouveau permettant de revoir la décision querellée en reprenant, en substance, l'argumentation déjà exposée au stade de l'opposition.

c. 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. S'agissant du nouvel argument selon lequel la résiliation du contrat de travail de l'employée avait été annulée et postposée, l'OCE faisait remarquer que c'était la première fois que cet argument était soulevé et que dans l'arrêt rendu par la chambre de céans, en date du 30 juin 2021, il était bien mentionné qu'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 ».

d. Dans sa réplique du 25 avril 2023, la recourante a contesté le fait que l'OCE n'avait pas été informé de cet avenant, en invoquant avoir produit cette pièce préalablement. Sur le fond, la recourante considérait que, sur la base de l'avenant, elle remplissait les conditions pour obtenir les ARE et n'était donc pas tenue de les restituer, point qui, selon elle, faisait l'objet de négociations.

e. Par duplique du 16 mai 2023, l'OCE a admis que lors des échanges téléphoniques et de courriels, dès le 16 février 2023, la recourante s'était déjà

prévalue de l'avenant du 30 septembre 2019, tout en soulignant que ledit avenant n'avait pas été invoqué dans le cadre de la précédente procédure qui s'était déroulée devant la chambre de céans et que la décision de remboursement était donc devenue définitive. Pour le surplus, l'OCE confirmait que, contrairement à ce qu'alléguait la recourante, aucune négociation n'était actuellement en cours, s'agissant de cette problématique.

f. Sur ce la cause a été gardé à juger, ce dont les parties ont été informées.

g. 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). Elle connaît également, conformément à l'art. 134 al. 3 let. b LOJ, 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.

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).

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

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 par l'intimé de la demande de remise de l'obligation de rembourser les allocations de retour en emploi par la recourante.

5.

5.1 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).

5.2 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).

5.3 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).

6. 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).

7. 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).

8. En l'espèce, la recourante allègue sa bonne foi et considère qu'elle remplit les conditions de l'art. 48 B al. 2 LMC, ce qui implique que sa demande de remise de l'obligation de rembourser le montant de CHF 46'271.10 doit être acceptée par l'intimé.

L'OCE, en revanche, estime que la recourante était pleinement au courant de la situation et savait quelles étaient ses obligations, ce qui implique qu'elle ne peut pas invoquer sa bonne foi et qu'à défaut de cette condition sa demande de remise doit être refusée.

8.1 La recourante allègue avoir commis une faute légère, citant plusieurs jurisprudences de la chambre de céans et invoquant notamment le fait qu'un

employeur ne peut pas se souvenir des clauses qui figurent dans un document signé des années auparavant.

L'avertissement selon lequel l'employeur devra 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, où dans les trois mois suivant le terme de celle-ci est mentionné en page deux de la décision d'octroi d'ARE du 28 mars 2018. L'obligation de remboursement en cas de non-respect des conditions est également rappelée dans le courriel du 11 juin 2019 envoyé par l'employé du SARE à la recourante.

Ce nonobstant, cette dernière a procédé au licenciement par courrier du 30 septembre 2019.

Vu le court délai qui sépare le rappel des obligations de la recourante (courriel du 11 juin 2019) et la date du licenciement de l'employée (30 septembre 2019), soit un peu plus de trois mois, on ne saurait admettre qu'il s'agit d'un oubli dû à l'écoulement du temps entre le moment où la recourante a été informée de ses obligations et des conséquences en cas de violation de ses dernières et le moment où elle a pris sa décision.

À ceci s'ajoute le fait que contrairement à la situation évoquée dans l'arrêt cité par la recourante (ATAS/843/2017) les obligations de cette dernière figurent désormais dans la décision d'octroi de l'ARE, ce qui n'était pas le cas auparavant et ce qui justifiait une approche moins rigoriste de la chambre de céans, comme cela figure dans l'arrêt cité, sous consid. 4 b : « L'ARE a été accordée en l'espèce en application d'une pratique ne faisant figurer la cautèle précitée que dans le formulaire pré-imprimé de demande d'ARE, mais pas dans la décision d'octroi de l'ARE (…) l'opportunité sinon la nécessité qu'il y a eu de modifier la pratique représente un argument en faveur d'une approche non rigoriste de la question, à savoir qu'il est 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 sinon près de deux ans plus tard, à cette clause, même si cette dernière s'appuyait sur l'art. 32 al. 2 LMC, et donc qu'il ne saurait par définition n'être pas de bonne foi dans le cadre d'une demande de remise de l'obligation de restituer ».

Dès lors que l'avertissement des conséquences d'une résiliation en temps inopportun figure clairement dans la décision du 28 mars 2018, la situation de la présente espèce diffère sur un point fondamental de la situation matérielle ayant donné lieu à l'arrêt ATAS/843/2017, la recourante ne saurait s'en prévaloir pour demander une application identique.

Compte tenu de ces éléments, la chambre de céans considère qu'il est établi, au degré de la vraisemblance prépondérante, que la recourante ne pouvait ignorer les conditions claires fixées pour le droit de conserver l'ARE et ne pas s'exposer au risque de devoir rembourser lesdites allocations par le non-respect de la période d'interdiction de licenciement.

On ne saurait conclure à une violation légère de ses obligations par la recourante dès lors qu'il s'agit clairement d'un cas de violation de l'unique condition posée pour ne pas s'exposer à devoir rembourser l'ARE, à savoir ne pas résilier le contrat pendant la période d'initiation au travail ou dans les trois mois qui s'ensuivent. Il convient de noter que la compréhension de cette condition paraît relativement simple, il n'est pas renvoyé à des dispositions légales et la formulation utilise des termes ordinaires, sans avoir recours à un vocabulaire spécialisé. Partant on ne saurait prétendre, comme le fait la recourante, que cette dernière n'en avait pas compris la portée, ni qu'il était nécessaire que l'autorité détaille encore davantage le mécanisme, pourtant évident, qui consiste à subordonner une allocation au respect de certaines conditions. S'agissant d'une liste exemplative des motifs qui pourraient donner lieu à un licenciement, l'autorité n'était pas tenue de fournir une telle liste, étant rappelé que la jurisprudence ne manque pas dans ce domaine.

Par ailleurs, on constate que la recourante insiste énormément sur ses difficultés financières, ce qui laisse entrevoir la possibilité qu'elle ait peut-être envisagé que lesdites difficultés financières lui fournissaient un juste motif, admis par l'autorité, pour ne pas respecter les conditions de l'ARE, ce en quoi elle se trompait et aucun élément objectif figurant au dossier, ne lui permettait d'arriver à une telle conclusion.

8.2 Dans un deuxième grief, la recourante allègue que le contrat de travail avec l'employée n'a pas été résilié en date du 26 août 2019, mais aurait été prolongé – après annulation de la résiliation - jusqu'au 31 octobre 2019, par un acte que la recourante qualifie « d'avenant », soit un document daté du 30 septembre 2019 portant la mention « cessation de contrat de travail » et indiquant dans son en-tête annule et remplace celui du 26 août 2019. À la lecture dudit document ce n'est qu'au 31 octobre 2019 que l'employée serait libérée de ses engagements.

Sur le plan de la vraisemblance, il est peu crédible que ce document ait existé à la date mentionnée, soit le 30 septembre 2019, dès lors qu'il n'a été ni allégué, ni communiqué, dans le cadre de la procédure précédente qui a donné lieu à la décision de révocation de l'allocation de retour à l'emploi du 16 juin 2020.

Il apparaît beaucoup plus vraisemblable que le document en question a été créé postérieurement à la décision de refus de la remise de l'obligation de rembourser, pour renforcer l'argumentation de la recourante sur le fait qu'elle avait respecté les conditions fixées dans la décision du 28 mars 2018 et qu'elle n'était, dès lors, pas tenue de rembourser le montant réclamé par l'OCE.

Néanmoins, il n'est pas nécessaire d'examiner plus avant si cette hypothèse est avérée dès lors que, comme le souligne l'intimé, l'arrêt du 30 juin 2021 de la chambre de céans est entré en force et a constaté que la recourante n'avait pas respecté les obligations fixées dans la décision d'ARE du 22 mars 2018, relevant notamment sous consid. 6 : « 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 à être en date du 21 juin 2019 ».

Partant on ne saurait admettre – après coup – que le licenciement de l'employée respectait les conditions fixées dans la décision du 28 mars 2018. Il appartenait à la recourante de s'en prévaloir dans le cadre de la précédente procédure, car l'autorité de la chose jugée interdit de remettre en cause, dans une nouvelle procédure, entre les mêmes parties, une prétention identique qui a été définitivement jugée (ATF 142 III 210 consid. 2.1 p. 212 et les références), étant rappelé qu'il y a identité de l'objet du litige quand, dans l'un et l'autre procès, les parties soumettent au tribunal la même prétention, en reprenant les mêmes conclusions et en se basant sur le même complexe de faits (ATF 139 III 126 consid. 3.2.3 p. 1 30 ; 116 II 738 consid. 2a p. 743).

8.3 S'agissant du troisième grief que la recourante reprend, concernant un défaut d'information de la part de l'OCE, motif déjà invoqué dans le cadre de la précédente procédure, la réponse sera identique, à savoir que la recourante, qui prétend avoir été mal informée par l'intimé, ne produit aucun document rendant vraisemblable ces allégations (ATAS/225/2021 consid. 6).

8.4 Enfin, la recourante juge « inacceptable » que la décision querellée fasse « complètement l'impasse sur la situation financière » de la recourante, au motif que la condition de la bonne foi n'est pas réalisée.

Cet argument ne saurait être suivi ; en effet, le principe d'économie de procédure implique qu'il n'est pas nécessaire d'examiner d'autres conditions si l'autorité a, d'ores et déjà, établi qu'une des conditions nécessaires à l'octroi d'un droit n'est pas réalisée.

9. Entièrement mal fondé, le recours sera rejeté.

10. 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
Véronique SERAIN	Philippe KNUPFER

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