

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2918/2023

ATAS/70/2025

COUR DE JUSTICE
Chambre des assurances sociales

Arrêt du 5 février 2025

Chambre 4

En la cause

A_____

recourante

contre

OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI

intimé

Siégeant : Catherine TAPPONNIER, présidente; Larissa ROBINSON-MOSER et Antonio Massimo DI TULLIO, juges assesseurs

EN FAIT

A. a. A_____ (ci-après : la société 1 ou la recourante) a été inscrite au registre du commerce le 31 mai 2017. Elle a pour activité la construction, la rénovation et la démolition dans le secteur du bâtiment et du génie civil. Monsieur B_____ est son seul associé gérant (ci-après : le gérant) et Monsieur C_____ (ci-après : l'employé), qui est le frère du gérant, est son seul employé et y travaille à 100%.

b. D_____ (ci-après : la société 2) a été inscrite au registre du commerce le 10 septembre 2018 et elle a pour but la fabrication, la vente, l'import-export et le commerce de tout matériau de construction et de tout article de décoration. La société 2 a été radiée le 25 janvier 2023. L'employé en était le seul associé gérant.

B. a. Le 21 mars 2020, le gérant de la société 1 a transmis à l'office cantonal de l'emploi (ci-après : l'OCE ou l'intimé) un formulaire de préavis de réduction de l'horaire de travail (ci-après : RHT) pour la période du 23 mars au 20 avril 2021 pour une perte de travail de l'employé de 100%.

Le gérant a précisé, dans un courrier annexé au formulaire, que la société 1 demandait l'indemnité en cas de RHT en raison des mesures prises par le Conseil fédéral en lien avec la Covid-19 et du fait qu'il n'y avait plus de chantiers en cours. Son employé, qui avait la qualité de commercial, n'avait pas pu exercer son activité et trouver de nouveaux clients. Ces derniers n'étaient pas prêts à entreprendre des travaux, en raison de la situation. De plus, la société 1 souffrait de nombreux défauts de paiement de clients et fournisseurs en raison de l'impossibilité d'effectuer l'état des lieux final des chantiers. Le gérant mentionnait les chiffres d'affaires mensuels de la société 1 des deux dernières années et il a transmis à l'OCE une attestation des salaires dont il ressort que l'employé a touché de la société 1 un salaire de CHF 120'000.- en 2019.

b. Par décision du 31 mars 2020, l'OCE n'a pas fait opposition au paiement de l'indemnité en cas de RHT requise par le gérant, pour autant que toutes les autres conditions du droit soient remplies, et a dit que la caisse cantonale de chômage (ci-après la caisse) pouvait octroyer l'indemnité à la société 1 pour la période du 23 mars au 22 juin 2020.

c. Le 16 avril 2020, le gérant de la société 1 a demandé à la caisse les indemnités en cas de RHT pour le mois de mars 2020, pour un seul travailleur et pour 58.80 heures, soit un pourcentage de perte de travail de 31.82%, et une perte de salaire de CHF 3'181.- (sur CHF 10'000.-), correspondant à CHF 2'545.- d'indemnité (80%).

d. Le 16 avril 2020, l'employé a demandé à la caisse l'indemnité en cas de RHT, en sa qualité de personne responsable de la société 2, pour le mois de mars (dès le 25 du mois), pour un seul travailleur travaillant 42 heures par mois, avec une perte de travail de 22.73% et une perte de salaire de CHF 943.20, correspondant à CHF 754.55 d'indemnité (80%).

e. Le 1^{er} mai 2020, le gérant de la société 1 a demandé à la caisse l'indemnité en cas de RHT pour le mois d'avril 2020, pour une perte de travail de 160 heures de son employé, soit un pourcentage de perte de travail de 91% et une perte de salaire de CHF 9'090.- (sur CHF 10'000.-), correspondant à CHF 7'272.- d'indemnité (80%). Il annexait à sa demande la fiche de salaire du mois d'avril 2020 pour l'employé, attestant d'un salaire brut de CHF 10'000.- et net de CHF 9'107.50.

f. Le 22 mai 2020, le frère du gérant a attesté que la société 2 n'avait pas d'employé et que la demande d'indemnité RHT avait été faite pour lui-même, en sa qualité de gérant de l'entreprise, car son magasin de peinture avait été totalement fermé durant cette période.

g. Le 4 juin 2020, le gérant de la société 1 a demandé l'indemnité en cas de RHT pour le mois de mai 2020, pour un seul travailleur, pour une perte de travail de 100% et une perte de salaire de CHF 10'000.-. Il a annexé à sa demande la fiche de salaire du mois de mai 2020 pour l'employé, attestant d'un salaire brut de CHF 10'000.- et net de CHF 9'107.50, ainsi qu'un tableau des heures de travail pour l'employé par jour.

h. Le 4 juin 2020, l'employé a demandé à la caisse, pour la société 2, l'indemnité en cas de RHT pour le mois d'avril 2020, invoquant une perte de travail de 100%, au motif que le magasin de peinture qu'il exploitait avait été fermé tout le mois d'avril et partiellement au mois de mai 2020. Il avait pu rouvrir l'entreprise à 50% dès le 11 mai 2020. Une reprise à 100% n'était pas envisageable, car elle constituerait une exploitation à perte.

i. Le 17 juin 2020, la caisse a demandé au gérant de la société 1 de lui transmettre les justificatifs bancaires du versement des salaires à l'employé et une copie du livre de caisse pour 2020, avec la signature de la fiduciaire agréée.

j. L'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : l'OCIRT) a procédé à un contrôle de la société 1 le 28 juillet 2020, lors duquel l'employé a indiqué être le seul employé de la société 1, que son frère lui versait son salaire en main propre et qu'il travaillait également dans sa propre entreprise, entre 6 et 8 heures. Il vendait des matériaux pour les chantiers. Le gérant de la société 1 travaillait comme employé du Crédit Suisse.

k. Le 5 août 2020, la caisse a informé l'OCE qu'il ressortait des demandes d'indemnité du gérant et de son frère, qu'ils avaient la volonté de percevoir une double indemnité. Le total des heures prétendument dévolues à l'employé, correspondait à deux emplois à 100%. En conséquence, l'autorisation donnée pour la société 1 devait être révoquée par l'OCE, pour ne plus laisser que celle donnée à la société 2.

l. Par décision du 7 août 2020, l'OCE a révoqué sa décision du 31 mars 2020 et formé opposition au préavis du 21 mars 2020 de la société 1, au motif qu'il était apparu que l'employé concerné par la demande de RHT avait sollicité l'indemnité

RHT pour sa propre société (2), dont il était le seul associé gérant et pour laquelle il déclarait travailler à 100%. Il avait également déclaré être le seul employé de la société 1. Son frère n'avait pas donné suite aux demandes de la caisse de produire les justificatifs bancaires du versement des salaires à l'employé et le livre de caisse de la société 1. Le but de la RHT était de maintenir les emplois en prenant en charge le 80% du salaire des employés subissant une perte de travail. L'indemnité ne pouvait être accordée que pour un employé percevant un salaire et l'employeur n'avait pas prouvé en verser un à l'employé malgré les demandes de la caisse. Au surplus, la perte de travail n'était pas établie, puisque l'employé avait déclaré une activité à plein temps dans les deux sociétés et qu'il n'était pas possible de déterminer son taux réel d'activité pour l'employeur. Les conditions d'octroi de la RHT n'étaient ainsi pas remplies.

m. Le 7 septembre 2020, le gérant a accusé réception du courrier de la caisse du 7 septembre 2020 et indiqué que le salaire de l'employé avait été versé en passant par son compte privé avec le versement des indemnités par la SUVA en début d'année.

Étaient notamment annexés à ce courrier :

- des bulletins de salaire de l'employé pour janvier 2020 (daté du 31 janvier), février 2020 (daté du 4 septembre 2020), mars 2020 (daté du 31 mars), avril 2020 (daté du 30 avril), mai 2020 (daté du 31 mai) et juin 2020 (daté du 31 juin) ;
- un extrait de compte (2401) de la société 1 intitulé 2 « Compte courant » de l'employé, dont il ressort que ce dernier a reçu le 31 janvier 2020 CHF 8'153.- de salaire pour le mois de janvier 2020 ; 29 février 2020 CHF 7'590.- de salaire pour le mois de janvier 2020 ; et les 31 mars, 30 avril et 29 mai 2020 et 30 juin CHF 8'808.75 de salaire pour les mois de mars à juin 2020 ;

n. Le 24 septembre 2020, la caisse a dénoncé le gérant et l'employé au Procureur général.

C. a. Par décision du 31 mai 2021, la caisse a demandé la restitution des CHF 10'600.55 versés à la société 1 pour la période de mars et avril 2020 en raison du fait que la décision de l'OCE du 31 mars 2020 (préavis positif) avait été annulée le 7 août 2020.

b. Le 25 juin 2021, la société 1 a formé opposition à la décision de la caisse du 31 mai 2021.

c. Le 17 septembre 2021, un Procureur a entendu l'employé, en tant que prévenu d'infraction à l'art. 148a du code pénal, et le gérant en tant que personne appelée à donner des renseignements.

d. Par décision sur opposition du 1^{er} novembre 2022, la caisse a rejeté l'opposition du 25 juin 2021, confirmant la demande de remboursement.

D. a. Le 30 novembre 2022, le gérant a exprimé son regret à la caisse d'avoir, dans l'urgence de la situation et à cause d'un manque d'information, mal jugé et interprété ses droits. Il avait compris que la société 1 pouvait demander les RHT pour ses employés et également pour ses administrateurs de société, pour pallier à la crise liée à la pandémie. Son frère était employé de la société 1 et il essayait en parallèle de lancer une entreprise à son nom, ce qui ne limitait pas son temps de travail pour la société 1. Le gérant avait été de bonne foi et il n'avait pas souhaité profiter d'une manière ou d'une autre du système en demandant des aides injustifiées. La société 1 avait été durement frappée par la crise liée à la pandémie et la fiduciaire qui devait les aider dans les procédures n'avait pas contribué à l'amélioration de la situation en ne répondant pas aux courriers de l'OCE, qui lui avaient été adressés. Aujourd'hui encore, la société 1 peinait à honorer ses engagements et l'extrait du registre des poursuites en était la preuve. Il avait dû licencié son frère qui se trouvait actuellement au chômage. La situation financière de la société 1 était ainsi difficile et ne lui permettait pas de restituer les indemnités perçues à tort. En conséquence, la société demandait l'octroi d'une remise de l'obligation de restituer.

b. Par décision du 23 mai 2023, l'OCE a refusé d'accorder la remise à la société, car celle-ci n'avait pas prouvé qu'elle versait bien un salaire à son employé, qui était le frère du gérant, et la perte de travail n'était pas établie, puisqu'une activité à plein temps de l'employé avait été déclaré par deux sociétés et qu'il n'était pas possible de déterminer son taux réel d'activité pour la société 1. Par conséquent, celle-ci ne pouvait se prévaloir de sa bonne foi au moment de la perception des indemnités en question.

c. Le 21 juin 2023, la société 1 a formé opposition à la décision précitée concluant à l'octroi de la remise. Les demandes de RHT concernées avaient été effectuées au début de la pandémie, lorsque la société 1 avait été contrainte de cesser ses activités. Pris au dépourvu, le gérant avait consulté les informations relatives aux RHT communiquées par la Confédération et le canton de Genève. Sur cette base, il ne pouvait pas se douter qu'il ne lui était pas possible de requérir les RHT pour son ancien employé. En effet, son erreur n'était pas reconnaissable, car il ne disposait d'aucune connaissance en matière. Il n'avait en outre pas l'obligation de recourir au contrôle du temps de travail de son employé, qui était quasiment le seul à exécuter les tâches de l'entreprise, de sorte que la bonne foi de la société 1 ne pouvait être niée.

Le gérant a notamment produit divers devis et courriels établis par l'employé.

d. Par décision sur opposition du 17 juillet 2023, l'OCE a rejeté l'opposition du gérant, considérant que la société 1 n'avait pas prouvé avoir versé un salaire à l'employé, ni la perte de travail effective subie par ce dernier. Le frère du gérant avait déclaré une activité à plein temps auprès de deux sociétés, ce qui paraissait peu vraisemblable. Ainsi, c'était à juste titre que la bonne foi n'avait pas été retenue et que la remise avait été refusée.

- E. a.** Le 12 octobre 2023, le gérant, représentant la société 1, a formé recours contre la décision précitée auprès de la chambre des assurances sociales de la Cour de justice. Il a fait valoir qu'avant de demander les indemnités RHT, il avait fait preuve de transparence en communiquant que son employé était administrateur de sa propre société (2). Les formulaires de demande d'indemnité RHT pour la société 2 étaient conformes au droit pour une personne assumant une fonction dirigeante, dont la position était assimilable à celle d'un employeur.

Avant de demander l'indemnité RHT, le gérant avait contacté l'OCE pour obtenir des informations complémentaires. Malheureusement ses demandes étaient restées sans réponse et on lui avait juste suggéré de soumettre ses questions par écrit, ce qu'il avait fait en toute diligence. Il avait fourni les attestations de salaires requises pour étayer sa demande, mais ces documents n'avaient pas été pris en considération par l'intimé. Il avait également envoyé le contrat de travail de son frère, qui attestait que celui-ci avait débuté son emploi pour la société 1 le 1^{er} octobre 2018. L'intimé agissait contradictoirement en demandant le paiement des charges sociales en fonction du salaire de l'employé depuis le 1^{er} octobre 2018, tout en prétendant ne pas être en mesure de déterminer son temps de travail. L'associé-gérant sollicitait donc une révision de la demande de remboursement et une évaluation équitable du cas.

b. L'intimé a estimé que la recourante n'apportait aucun élément permettant de revoir la décision en cause et conclu au rejet du recours.

c. La recourante a produit des pièces complémentaires, à savoir des bulletins de salaire concernant son employé pour les mois de janvier à décembre 2020 ainsi que son compte relatif aux salaires à payer, qui mentionnait pour tous les mois de l'année 2020 le salaire mensuel de l'employé ainsi que le montant des cotisations sociales. Toutes les fiches de salaire comportaient en bas de page la mention « Meyrin, le 14 décembre 2021 ».

d. Le 19 décembre 2023, l'intimé s'est interrogée sur la pertinence des pièces produites dans la mesure où les bulletins de salaire avaient tous été établis le 14 décembre 2021, soit bien après sa décision du 7 août 2020, étant rappelé que celle-ci n'avait pas été contestée et qu'elle était entrée en force.

e. Les parties ont été entendues par la chambre de céans lors d'une audience du 24 janvier 2024.

Le gérant de la recourante a déclaré qu'il savait que son frère avait demandé l'indemnité RHT pour sa société (2), mais qu'ils étaient de bonne foi. C'était une période qui était paniquante, d'autant plus que leurs deux parents étaient diabétiques. Ils avaient essayé de comprendre les démarches qu'ils pouvaient faire et avaient pensé qu'ils pouvaient demander une indemnité RHT pour la société 2 de son frère, en tant que gérant de son entreprise. Il ne s'agissait pas de demander deux fois une indemnisation pour le même temps de travail à 100%. Ils avaient compris par la suite qu'ils s'étaient trompés. Son frère était commercial dans la

société 1 et travaillait dans les locaux de celle-ci à plein temps. Le gérant s'occupait de l'administratif de la société 1, qui existait encore. Il travaillait en parallèle en tant que gestionnaire de fortune pour une banque, en tant que salarié à 100%. C'était lui qui avait fait toutes les démarches pour la société 1. Il avait aidé son frère à faire les démarches pour la société 2. Sans son frère, la société 1 n'existerait pas. Elle sous-traitait des travaux de rénovation à plusieurs entreprises. Le gérant avait fondé la société 1 en 2017, car il connaissait des personnes actives dans le domaine de la construction et rénovation. Il pensait pouvoir trouver des mandats et déléguer des travaux à d'autres entreprises, en plus de son travail à la banque. Celle-ci était au courant et d'accord avec cette activité à la condition qu'il ouvre les comptes de la société à la banque. Cette activité avait été plus difficile que prévu. Il avait alors fait intervenir son frère qui avait plus de connaissances et de temps.

Son frère avait été accidenté en octobre 2019 et avait repris le travail en février 2020. Il avait créé la société 2 après avoir commencé à travailler pour lui. Il voulait créer sa propre société et qu'il n'y ait pas de confusion entre les activités de leur société respective. Comme ils étaient proches, le gérant avait payé son frère en cash. Rien ne l'obligeait de faire des virements. Les fiches de salaires avaient été faites par la suite par leur fiduciaire. La société 1 faisait l'objet de plusieurs poursuites actuellement, ce qui n'était pas le cas au moment des faits. Le gérant avait produit les relevés de compte bancaire pour établir les retraits correspondant aux salaires qu'il payait à son frère. Avant de faire les demandes RHT, il avait appelé l'intimé et la caisse et on lui avait dit de faire la demande et qu'on verrait par la suite. Des courriels prouvaient qu'il s'était renseigné.

f. Sur demande de la chambre de céans, l'intimé a produit le 20 février 2024 les dossiers de la caisse concernant les sociétés 1 et 2.

g. Par arrêt incident du 18 avril 2024, la chambre de céans a suspendu l'instance jusqu'à droit connu dans la procédure pénale en cours à l'encontre de l'employé.

h. Par jugement du 11 juillet 2024, le Tribunal de police a acquitté ce dernier des chefs d'escroquerie et d'obtention illicite de prestations d'une assurance sociale ou de l'aide sociale.

i. Le 15 novembre 2024, l'intimé a fait valoir qu'en dépit de l'acquiescement de l'employé, il n'en demeurait pas moins que la recourante n'était pas de bonne foi lors de la perception de l'indemnité en cas de RHT.

j. Le 18 novembre 2024, le gérant a fait valoir que le jugement du Tribunal de police affirmait l'intégrité de son frère et a persisté dans ses précédentes conclusions.

EN DROIT

1.

1.1 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.

1.2 Interjeté en temps utile, le recours est recevable (art. 60 LPGA).

2.

Le litige porte sur le bien-fondé du refus de l'intimé d'accorder à la recourante la remise de l'obligation de rembourser les indemnités RHT perçues pour son employé en mars et avril 2020.

3.

3.1 À teneur de l'art. 25 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 (al. 1^{er}).

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).

S'agissant de la bonne foi, 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.

La bonne foi est exclue d'emblée lorsque les faits qui conduisent à l'obligation de restituer – comme une violation du devoir d'annoncer ou de renseigner – sont imputables à un comportement dolosif ou à une négligence grave. 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 des circonstances identiques (cf. ATF 110 V 176 consid. 3d p. 181). L'assuré peut en revanche 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 p. 220 s.; 112 V 97 consid. 2c p. 103 et les références; arrêts du

Tribunal fédéral 9C_474/2009 du 21 août 2009 consid. 2 et 9C_638/2014 du 13 août 2015).

Il faut ainsi en particulier examiner si, en faisant preuve de la vigilance exigible, il 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 à la caisse (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 8C_385/2011 du 13 février 2012 consid. 3). On signalera enfin, que, de jurisprudence constante, la condition de la bonne foi doit être réalisée 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 citées).

3.2 Afin de surmonter des difficultés économiques passagères, un employeur peut introduire, avec l'accord de ses employés, une RHT, voire une suspension temporaire de l'activité de son entreprise (Boris RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, ch. 1 relatif aux remarques préliminaires concernant les art. 31ss). En effet, selon l'art. 31 al. 1 let. b et d LACI, les travailleurs dont la durée normale du travail est réduite ou l'activité suspendue ont droit à l'indemnité en cas de RHT lorsque la perte de travail doit être prise en considération et la réduction de l'horaire de travail est vraisemblablement temporaire, et si l'on peut admettre qu'elle permettra de maintenir les emplois en question. Une perte de chiffre d'affaires ne suffit pas à entraîner une indemnisation. Encore faut-il que cette perte se traduise par une diminution des heures travaillées (cf. RUBIN, *op. cit.*, n. 4 ad art. 32 LACI). L'indemnité s'élève à 80% de la perte de gain prise en considération (art. 34 al. 1 LACI). L'indemnité en cas de RHT doit être avancée par l'employeur (art. 37 let. a LACI) et sera, par la suite, remboursée par la caisse de chômage à l'issue d'une procédure spécifique (art. 36 et 39 LACI).

Le but de l'indemnité en cas de RHT consiste, d'une part, à garantir aux personnes assurées une compensation appropriée pour les pertes de salaire dues à des réductions de temps de travail et à éviter le chômage complet, à savoir des licenciements et résiliations de contrats de travail. D'autre part, l'indemnité en cas de RHT vise au maintien de places de travail dans l'intérêt tant des travailleurs que des employeurs, en offrant la possibilité de conserver un appareil de production intact au-delà de la période de réduction de l'horaire de travail (ATF 121 V 371 consid. 3a).

Une perte de travail est prise en considération lorsqu'elle est due, entre autres conditions, à des facteurs économiques et qu'elle est inévitable (art. 32 al. 1 let. a LACI). Ces conditions sont cumulatives (ATF 121 V 371 consid. 2a).

Les pertes de travail au sens de l'art. 51 OACI ne peuvent toutefois être prises en considération que si l'employeur ne peut les éviter par des mesures appropriées et économiquement supportables ou s'il ne peut faire répondre un tiers du dommage (cf. art. 51 al. 1 OACI ; RUBIN, *op. cit.*, n. 15 et 18 ad art. 32 LACI et les références citées). Cette condition est l'expression de l'obligation de diminuer le dommage voulant que l'employeur prenne toutes les mesures raisonnables pour éviter la perte de travail. La caisse niera le droit à l'indemnité uniquement si des raisons concrètes et suffisantes démontrent que la perte de travail aurait pu être évitée et s'il existe des mesures que l'employeur a omis de prendre (ATF 111 V 379 consid. 2a ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 218/02 du 22 novembre 2002 consid. 2 ; Bulletin LACI RHT du Secrétariat d'État à l'économie [SECO], état au 1^{er} janvier 2021, C3 et C4).

La seule présence d'un motif de prise en considération de la perte de travail au sens des art. 31 et 32 LACI n'est pas suffisante pour conduire à une indemnisation. Lorsque la perte de travail est due à l'un des motifs de l'art. 33 LACI, l'indemnisation est exclue. Ainsi, lorsqu'en plus des mesures prises par les autorités ou des circonstances indépendantes de la volonté de l'employeur au sens de l'art. 51 al. 1 OACI, l'une des conditions de l'art. 33 LACI est réalisée, par exemple en présence d'un risque normal d'exploitation, l'indemnisation est exclue (RUBIN, *op. cit.*, n. 18 ad art. 32 LACI et n. 4 ad art. 33 LACI et les références citées, notamment ATF 138 V 333 consid. 3.2 et ATF 128 V 305 consid. 4a).

Selon la jurisprudence, doivent être considérés comme des risques normaux d'exploitation au sens de l'art. 33 al. 1 let. a LACI les pertes de travail habituelles, c'est-à-dire celles qui, d'après l'expérience de la vie, surviennent périodiquement et qui, par conséquent, peuvent faire l'objet de calculs prévisionnels. Les pertes de travail susceptibles de toucher chaque employeur sont des circonstances inhérentes aux risques d'exploitation généralement assumés par une entreprise. Ce n'est que lorsqu'elles présentent un caractère exceptionnel ou extraordinaire qu'elles ouvrent droit à une indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail. La question du risque d'exploitation ne saurait par ailleurs être tranchée de manière identique pour tous les genres d'entreprises, ce risque devant au contraire être apprécié dans chaque cas particulier, compte tenu de toutes les circonstances liées à l'activité spécifique de l'exploitation en cause (ATF 119 V 498 consid. 1 ; cf. aussi RUBIN, *op. cit.*, n. 10 ad art. 33 LACI et les références citées).

Les pertes de travail liées aux risques économiques ordinaires, tel que le risque commercial, le risque de baisse de compétitivité par rapport à la concurrence, ou le risque de ne pas se voir attribuer un marché public, ne sont pas indemnifiables. Dans le domaine de la construction, des délais d'exécution reportés à la demande du maître de l'ouvrage et des annulations de travaux en

raison de l'insolvabilité de ce dernier ou à cause d'une procédure d'opposition ne représentent pas des circonstances exceptionnelles. De telles circonstances constituent dès lors des risques normaux d'exploitation. Pour une entreprise qui traite essentiellement avec un seul client important, la perte de ce client ou la perspective certaine d'une réduction des mandats constitue également une circonstance inhérente aux risques normaux d'exploitation (cf. RUBIN, *op. cit.*, n. 13 et 16 ad art. 33 LACI et les références citées, notamment DTA 1998 consid. 1 p. 292).

S'agissant du domaine particulier de l'indemnité en cas de RHT, le Conseil fédéral a adopté, le 20 mars 2020, l'ordonnance sur les mesures dans le domaine de l'assurance-chômage en lien avec le coronavirus (ordonnance COVID-19 assurance-chômage ; RS 837.033), avec une entrée en vigueur rétroactive au 1^{er} mars 2020 (art. 9 al. 1), qui prévoit qu'en dérogation aux art. 32, al. 2, et 37, let. b LACI, aucun délai d'attente n'est déduit de la perte de travail à prendre en considération (art. 3). Cette disposition a effet jusqu'au 31 mars 2021 (art. 9 al. 6).

Pour lutter contre l'épidémie de COVID-19 qui a atteint la Suisse début 2020, le Conseil fédéral a pris une série de mesures urgentes, en se fondant sur les art. 184 al. 3 et 185 al. 3 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) ainsi que sur plusieurs dispositions de la loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme du 28 septembre 2012 (Loi sur les épidémies, LEp - RS 818.101) et sur l'ordonnance sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus du 28 février 2020 (ordonnance COVID-19 – RS 818.101.24), laquelle a été abrogée et remplacée par l'ordonnance 2 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus du 13 mars 2020 (ordonnance 2 COVID-19), puis par l'ordonnance 3 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus du 19 juin 2020 (ordonnance 3 COVID-19), elle-même ensuite plusieurs fois modifiée.

Parallèlement aux restrictions imposées par l'ordonnance 2 COVID-19, le Conseil fédéral a adopté plusieurs mesures en matière d'assurance-chômage.

Le 20 mars 2020, sur la base de l'art. 185 al. 3 Cst., le Conseil fédéral a adopté l'ordonnance sur les mesures dans le domaine de l'assurance-chômage en lien avec le coronavirus (ordonnance COVID-19 assurance-chômage - RS 837.033), entrée en vigueur avec effet rétroactif au 17 mars 2020.

En particulier, dès le 17 mars 2020, le cercle des bénéficiaires des indemnités RHT a été élargi. Notamment, en vertu de l'art. 2, en dérogation à l'art. 31 al. 3 let. c, LACI, les personnes qui fixent les décisions que prend l'employeur – ou peuvent les influencer considérablement – en qualité d'associé, de membre d'un organe dirigeant de l'entreprise ou encore de détenteur d'une participation financière à l'entreprise avaient le droit à l'indemnité en cas de RHT; il en allait de même des conjoints ou des partenaires enregistrés de ces personnes, qui sont

occupés dans l'entreprise. Ledit art. 2 de l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage a ensuite été abrogé, au 1^{er} juin 2020.

Sur le plan cantonal, le Conseil d'État a adopté, le 18 mars 2020, l'arrêté concernant les chantiers qui prévoyait à son art. 1 que les chantiers devaient être complètement mis à l'arrêt d'ici le vendredi 20 mars 2020 à 12h00 et qu'aucune activité ne pouvait plus s'y dérouler, sous réserve de l'art. 3. À teneur de son art. 6, l'arrêté est entré en vigueur le 18 mars 2020 à 14h00 (al. 1.). Ces mesures s'appliquaient jusqu'au 19 avril 2020, y compris. Elles pouvaient être prolongées en cas de besoin (al. 2). Cet arrêté a été abrogé par l'arrêté n. 2 d'application de l'ordonnance fédérale 2 sur les mesures destinées à lutter contre le COVID-19 et sur les mesures de protection de la population et de soutien aux entreprises face à la propagation du coronavirus COVID-19 du 25 mars 2020 (art. 11 al. 2), entré en vigueur le même jour (art. 12).

4. L'intimé a révoqué son préavis positif au versement des RHT à la recourante pour les mois de mars et avril 2020, au motif qu'il était apparu que l'employé concerné par la demande de RHT avait sollicité l'indemnité RHT pour sa propre société pour laquelle il avait déclaré travailler à 100%. La recourante n'avait pas prouvé avoir payé un salaire à l'employé et la perte de travail n'était pas établie puisque l'employé avait déclaré une activité à 100% pour les deux sociétés et qu'il n'était pas possible de déterminer son taux réel d'activité pour la recourante. Les conditions d'octroi de la RHT n'étaient ainsi pas remplies.

Il n'y a pas lieu de revenir sur le bien-fondé de cette décision qui est entrée en force et il n'est pas contesté que l'indemnité RHT en cause a été indûment versée à la recourante. Seule est litigieuse en l'espèce, la question de savoir si le gérant de la recourante était de bonne foi lorsqu'il a formé les demandes de RHT au nom de la société 1 pour les mois de mars et avril 2020, ce qui suppose qu'il n'ait pas eu un comportement dolosif ou fait preuve d'une négligence grave.

Tel serait le cas s'il a sciemment demandé les RHT pour les mois de mars et avril 2020 en sachant, ou devant savoir, qu'elles n'étaient pas dues parce que l'employé ne travaillait pas réellement pour la société 1 ou puisque son frère faisait au nom de la société 2 une demande de RHT sur le même temps de travail.

En l'occurrence, le gérant de la société 1 a déclaré à la chambre de céans qu'il avait fondé la société 1 en 2017, car il connaissait des personnes actives dans le domaine de la construction et rénovation. Il pensait pouvoir trouver des mandats et déléguer des travaux à d'autres entreprises en plus de son travail à la banque. Cette dernière était au courant et d'accord avec cette activité à la condition qu'il ouvre les comptes de la société à la banque. Cette activité avait été plus difficile que prévu. Il avait alors fait intervenir son frère, qui avait plus de connaissances et de temps. Sans son frère, la société 1 n'existerait pas. Elle sous-traitait des travaux de rénovation à plusieurs entreprises. Son frère était commercial pour la société 1 et il travaillait dans les locaux de celle-ci à plein temps. Il s'occupait de la

prospection et de l'acquisition de la clientèle, de l'élaboration de devis, de la planification et du suivi des chantiers. Pour sa part, le gérant s'occupait de l'administratif de la société 1, qui existait encore, en sus de son activité de gestionnaire de fortune pour une banque en tant que salarié à 100%. C'était lui qui avait fait toutes les démarches pour les RHT pour la société 1.

Il avait payé le salaire de son frère en cash, car ils étaient proches et rien ne l'obligeait à faire des virements. Les fiches de salaires avaient été établies par la suite par leur fiduciaire.

Son frère avait créé la société 2 après avoir commencé à travailler pour lui pour qu'il n'y ait pas de confusion entre leurs activités respectives.

Lors de l'audience du 17 septembre 2021, l'employé a confirmé au Procureur qu'il travaillait à 100% pour la société 1 et qu'il gérait en plus la société 2, qui exploitait un magasin de peinture.

Même si la situation apparaît un peu particulière, la chambre de céans retient que les explications du gérant sont convaincantes et qu'elles sont corroborées par les déclarations de son frère ainsi que le contrat de travail qu'ils ont signé en septembre 2018, l'attestation des salaires 2019 de l'employé signée le 26 janvier 2020, l'extrait de compte 2151 de la société 1 relatif aux salaires de l'employé pour l'année 2020, les devis établis au nom de la recourante par l'employé les 5 octobre 2018 et 15 juin 2021 ainsi que les messages de l'employé à des clients de la société 1 des 30 avril et 7 novembre 2019.

Sur cette base, la chambre de céans retient qu'il est établi, au degré de la vraisemblance prépondérante, que l'employé était bien engagé par la société 1 pour une activité à 100% et qu'il a touché un salaire pour cette activité.

S'agissant du devoir de vigilance, le gérant a allégué qu'avant de demander l'indemnité RHT, il avait contacté l'OCE pour obtenir des informations complémentaires. Avec son frère, ils avaient essayé de comprendre les démarches qu'ils pouvaient faire et ils avaient pensé qu'ils pouvaient demander une indemnité RHT pour la société 2 de son frère, en tant que gérant de son entreprise. Il ne s'agissait pas de demander deux fois une indemnisation pour le même temps de travail à 100%. Ils avaient compris par la suite qu'ils s'étaient trompés.

Lors de l'audience du 17 septembre 2021, l'employé a confirmé au Procureur qu'il n'avait pas compris à l'époque que les RHT visaient uniquement à compenser une perte de gain ou de salaire.

Il faut rappeler à cet égard que jusqu'au mois de juin 2020, les personnes ayant un pouvoir décisionnel pouvaient bénéficier de RHT. Les formulaires de demande et décompte d'indemnité en cas de RHT signés par les intéressés pour la période en cause mentionnaient que pour les personnes détenant des pouvoirs de décision déterminants et leur conjoints, la somme des salaires AVS soumis à cotisation à

indiquer s'élevait au maximum à CHF 4'150.- pour un plein temps, ce qui donnait droit à une indemnité RHT de CHF 3'320.- (80%), si la perte de travail était total.

Il est ainsi plausible que le gérant et son frère aient mal compris la portée du droit à la RHT pour les personnes détenant des pouvoirs décisions déterminants.

Il faut encore relever que la situation était très particulière au début de la pandémie et pas facile à appréhender pour les employeurs, au vu notamment des nombreuses ordonnances et modifications de celles-ci entrées en vigueur à cette période et de la surcharge des services de l'intimé, qui peinaient à répondre aux demandes de renseignements des administrés.

Il en résulte que le gérant n'a pas demandé les RHT en sachant ou en ayant dû savoir, en faisant preuve de la diligence attendue, que la société 1 n'y avait pas droit, car son frère allait les demander pour sa propre société et que les RHT seraient ainsi indûment versées deux fois pour une même activité à 100% de l'employé. Si une négligence peut être reprochée au gérant, elle ne peut être qualifiée de grave au vu des circonstances à prendre en compte.

Le fait que le Tribunal de police a acquitté l'employé du chef d'escroquerie et d'obtention illicite de prestations d'une assurance sociale ou de l'aide sociale corrobore une absence d'intention délictueuse de celui-ci – et d'autant plus de son frère qui n'a pas été mis en cause sur le plan pénal – quand bien même ce jugement n'a pas été motivé et qu'il n'est donc pas possible de connaître les motifs de l'acquiescement.

Il en résulte que la condition de la bonne foi doit lui être admise. La cause sera en conséquence renvoyée à l'intimé pour examen de la seconde condition de la remise, à savoir la situation difficile, et nouvelle décision.

5. Le recours sera ainsi admis, la décision de l'intimé annulée et la cause renvoyé à l'intimé pour nouvelle décision au sens des considérants.

Il ne sera pas alloué d'indemnité de procédure à la recourante, qui n'est pas assistée d'un conseil et qui n'a pas fait valoir de frais engendrés par la procédure (art. 61 let. g LPGA).

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. L'admet.
3. Annule la décision sur opposition du 17 juillet 2023.
4. Renvoie la cause à l'intimé pour nouvelle décision au sens des considérants.
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

Julia BARRY

Catherine TAPPONNIER

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