

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3942/2015

ATAS/61/2016

COUR DE JUSTICE
Chambre des assurances sociales

Arrêt du 26 janvier 2016

1^{ère} Chambre

En la cause

A_____ SA, sise aux ACACIAS

recourante

contre

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

intimé

**Siégeant : Doris GALEAZZI, Présidente; Evelyne BOUCHAARA et Christine
TARRIT-DESHUSSES, Juges assesseurs**

EN FAIT

1. Le 21 novembre 2014, la société A_____ SA (ci-après la société) a déposé auprès de l'office cantonal de l'emploi (ci-après l'OCE) une demande d'allocation de retour en emploi – ARE en faveur de Monsieur B_____ (ci-après l'assuré) d'une durée de 24 mois pour une activité de pilote d'exploitation, rémunérée CHF 8'960.- par mois.
2. Par décision du 10 décembre 2014, l'OCE a accordé à la société une ARE du 9 décembre 2014 au 8 décembre 2016.
3. Par un entretien téléphonique du 17 avril 2015, confirmé par courrier du 30 avril 2015, la société a informé l'OCE qu'elle résiliait le contrat de travail de l'assuré avec effet au 31 mai 2015, les compétences de ce dernier ne correspondant pas aux exigences du poste.
4. Par décision du 9 juin 2015, l'OCE, constatant que la société avait licencié l'assuré avant la fin de la mesure ARE, sans invoquer de justes motifs, a révoqué sa décision du 10 décembre 2014 et réclamé à la société le remboursement de la somme de CHF 33'990.20, représentant les montants versés au titre de l'ARE de décembre 2014 à avril 2015.
5. La société a formé opposition le 26 juin 2015. Elle a expliqué que l'assuré, en mission chez l'un de ses clients, avait commis des erreurs, au point que ce dernier avait perdu toute confiance et avait demandé qu'il soit immédiatement retiré du projet. L'apprentissage avait été très lent, malgré le temps important donné à la formation de l'assuré, ce qui avait ralenti sa productivité, ainsi que le travail de l'équipe au sein de laquelle il travaillait.
6. Par décision du 14 octobre 2015, l'OCE a rejeté l'opposition. Il rappelle en effet que la société, en signant la demande d'ARE le 21 novembre 2014, s'est engagée à rembourser les allocations perçues en cas de résiliation du contrat de travail avant la fin de la durée totale de la mesure, soit avant le 8 décembre 2016, ou dans les trois mois suivants. Il relève que la société a choisi la voie du licenciement ordinaire avec respect du délai de congé, de sorte que le licenciement ne tombe précisément pas sous le coup des justes motifs de l'art. 337 CO.
7. La société a interjeté recours le 11 novembre 2015 contre ladite décision sur opposition. Elle souligne qu'elle a tout mis en œuvre pour aider l'assuré à se réinsérer dans le monde professionnel, qu'

« étant donné ses lacunes techniques, mais également ses problèmes de performance, nos collaborateurs ont pris du temps sur leurs phases de récupération (travail en équipe) pour le former sur l'outil d'exploitation du système bancaire de notre client et le booster au niveau de sa confiance en soi.

Malgré tous nos efforts, l'assuré a reproduit plusieurs fois les mêmes erreurs, était très lent dans son apprentissage et pénalisait considérablement l'activité de toute l'équipe. Certains collaborateurs étaient contraints d'effectuer des heures

supplémentaires pour rattraper le retard lié au manque de compétences, d'application et de performance de *l'assuré* ».

La société allègue que si elle n'a pas licencié l'assuré pour justes motifs, c'est uniquement pour ne pas « l'enfoncer » encore plus.

Elle relève enfin que sa perte de revenu, ascendante à CHF 92'500.- dans cette affaire, dépasse largement la participation de l'OCE. Aussi conclut-elle à l'annulation de la demande de remboursement de cet office.

8. Dans sa réponse du 1^{er} décembre 2015, le service juridique de l'OCE a souligné que le fait que la société ait choisi la voie du licenciement ordinaire par égard envers son employé est sans pertinence s'agissant du remboursement des montants versés au titre de l'ARE. Il rappelle également que c'est l'employeur qui décide seul du choix de l'employé, au vu de ses qualités professionnelles, de sorte que la société ne saurait faire valoir à l'appui de son recours la perte de revenu qu'elle aurait subie en raison de l'engagement de l'assuré.
9. Ce courrier a été transmis à la société avec un délai au 8 janvier 2016 pour répliquer. Celle-ci ne s'est pas manifestée.
10. Sur ce, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 134 al. 1 let. a ch. 8 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05) en vigueur dès le 1^{er} janvier 2011, la chambre des assurances sociales de la Cour de justice connaît, en instance unique, des contestations prévues à l'art. 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales, du 6 octobre 2000 (LPGA - RS 830.1) relatives à la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, du 25 juin 1982 (loi sur l'assurance-chômage, LACI - RS 837.0).

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

2. Interjeté dans les délai et forme prescrits par la loi, le recours est recevable (art. 56 ss LPGA et 49 al. 3 de la loi en matière de chômage du 11 novembre 1983 (LMC - J 2 20)).
3. Le litige porte sur le droit de l'OCE de révoquer les ARE accordées à la société et de réclamer à celle-ci le remboursement de la totalité des prestations versées.
4. La loi genevoise en matière de chômage 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.

Les chômeurs ayant épuisé leur droit aux indemnités fédérales peuvent ainsi bénéficier d'une ARE, s'ils retrouvent un travail salarié auprès d'une entreprise

active en Suisse (art. 30 LMC). La mesure se déroule en priorité au sein d'une entreprise privée, laquelle doit offrir des conditions d'engagement conformes aux usages professionnels de la branche, subsidiairement, au sein de l'Etat et autre collectivité et entité publique (art. 34 LMC).

Aux termes de l'art. 32 al. 1 et 2 LMC,

«¹ L'octroi de la mesure est subordonné à la production, avant la prise d'emploi, d'un contrat de travail à durée indéterminée.

² Si l'employeur met un terme au contrat de travail avant la fin de la durée totale de la mesure au sens de l'article 35, il est tenu de restituer à l'Etat la participation au salaire reçue. Sont réservés les cas de résiliation immédiate du contrat de travail pour justes motifs au sens de l'article 337 du code des obligations ».

L'allocation de retour en emploi est versée pendant une durée de douze mois consécutifs au maximum pour les chômeurs de moins de 50 ans au moment du dépôt de la demande, et de vingt-quatre mois consécutifs au maximum pour les chômeurs de 50 ans et plus au moment du dépôt de la demande (art. 35 LMC).

Selon l'art. 36 LMC,

«¹ L'autorité compétente verse l'allocation de retour en emploi sous forme d'une participation au salaire.

² Le salaire déterminant pour le versement de l'allocation est plafonné au montant maximum du gain mensuel assuré dans l'assurance-accidents obligatoire.

³ 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.

⁴ Le Conseil d'Etat détermine le montant de la participation au salaire. Celle-ci correspond en moyenne à 50% du salaire brut et est versée de manière dégressive pendant 12 mois maximum, respectivement 24 mois maximum ».

L'allocation de retour en emploi est versée de manière dégressive. Elle correspond à 80% du salaire mensuel brut pendant le premier quart de la mesure, puis est réduite de 20% par quart suivant (art. 27 du règlement d'exécution de la loi en matière de chômage du 23 janvier 2008 (RMC ; RS J 2 20.01)).

5. Selon l'art. 337 CO, l'employeur et le travailleur peuvent résilier immédiatement le contrat en tout temps pour de justes motifs; la partie qui résilie immédiatement le contrat doit motiver sa décision par écrit si l'autre partie le demande (al. 1). Sont notamment considérées comme de justes motifs toutes les circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger de celui qui a donné le congé la continuation des rapports de travail (al. 2). Le juge apprécie librement s'il existe de justes motifs, mais en aucun cas il ne peut considérer comme tels le fait que le travailleur a été sans sa faute empêché de travailler (al. 3).

L'art. 337 al. 1 CO est une mesure exceptionnelle. La résiliation immédiate pour justes motifs doit être admise de manière restrictive. D'après la jurisprudence, les

faits invoqués par la partie qui résilie doivent avoir entraîné la perte du rapport de confiance qui constitue le fondement du contrat de travail. Seul un manquement particulièrement grave justifie le licenciement immédiat du travailleur ou l'abandon abrupt du poste par ce dernier. En cas de manquement moins grave, celui-ci ne peut entraîner une résiliation immédiate que s'il a été répété malgré un avertissement. Par manquement de l'une des parties, on entend en règle générale la violation d'une obligation imposée par le contrat mais d'autres faits peuvent aussi justifier une résiliation immédiate (ATF 130 III 28 consid. 4.1 p. 31; 129 III 380 consid. 2.2 p. 382). Le juge apprécie librement, au regard des principes du droit et de l'équité déterminants selon l'art. 4 CC, si le congé abrupt répond à de justes motifs (art. 337 al. 3 CO). À cette fin, il prend en considération tous les éléments du cas particulier, notamment la position du travailleur, la nature et la durée des rapports contractuels, et la nature et l'importance des manquements (ATF 130 III 28 consid. 4.1 p. 32; 127 III 351 consid. 4a p. 354; arrêt du Tribunal fédéral A4_137/2014 du 10 juin 2014).

Les justes motifs doivent être invoqués sans tarder sous peine de forclusion (ATF 112 II 41; ATF 123 III 86).

Dans la mesure où le droit des assurances sociales fait référence à des notions du droit civil, celles-ci doivent en principe être comprises en fonction de ce droit (cf. ATF 121 V 127 consid. 2c/aa et les arrêts cités). Sauf disposition contraire, on présume que, lorsqu'il fixe des règles relatives, par exemple, aux effets du mariage, de la filiation ou aux droits réels, le législateur, en matière d'assurances sociales, a en vue des institutions organisées par les divers domaines du droit civil à considérer (arrêt du Tribunal fédéral des assurances P 41/9 du 25 avril 2002 consid. 2).

6. L'art. 48B LMC, enfin, autorise l'autorité compétente à révoquer sa décision d'octroi et à exiger la restitution des prestations touchées indûment, en cas de violation de la loi, du règlement ou des obligations contractuelles mises à charge du bénéficiaire de la mesure, de l'entité utilisatrice ou de l'employeur.
7. L'art. 48B al. 2 LMC précise que
« 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 ».
8. Le juge des 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. 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 ; cf. ATF 130 III 324 consid. 3.2 et 3.3). 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).

9. En l'espèce, la société s'est vu reconnaître le droit à une ARE en faveur de l'assuré engagé en qualité de pilote d'exploitation, pour une période allant du 9 décembre 2014 au 8 décembre 2016.

Il appert de la partie en fait qui précède que le contrat de travail a été résilié le 30 avril 2015 avec effet au 31 mai 2015, soit avant la fin de l'ARE.

Or, selon l'art. 32 LMC, le contrat de travail ne peut être résilié pendant la période de l'ARE que s'il y a justes motifs au sens de l'art. 337 CO.

La société a été dûment informée des conditions auxquelles l'octroi de l'ARE est subordonné, par la communication des dispositions légales applicables. Aussi ne pouvait-elle manquer de savoir que si elle ne gardait pas son employé jusqu'au 8 décembre 2016, ou dans les trois mois suivants, elle perdrait le droit à l'ARE. La loi ne prévoit à cet égard aucune exception à ce principe, même lorsque l'employeur doit renoncer au service d'un employé pour des raisons économiques (ATAS/1268/2009).

10. Il y a préalablement lieu de constater qu'à réitérées reprises, le TF a retenu que la formule de confirmation de l'employeur relative à l'initiation au travail (AIT) modifie et complète le contrat de travail en posant des conditions supplémentaires - notamment la durée minimale du contrat de travail - auxquelles l'employeur se soumet expressément en le signant. Le TF a jugé que « l'autorité cantonale peut introduire de telles conditions, qui font l'objet d'une clause accessoire, dans le cadre des compétences qui lui sont conférées par l'art. 90 al. 3 OACI, dès lors qu'elles servent à la réalisation des exigences posées par la loi » (arrêt du Tribunal fédéral 14/02 du 10 juillet 2002 ; GRISEL, Traité de droit administratif, vol. I, p. 408 sv.; Ulrich HÄFELIN/Georg MÜLLER, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3e éd., Zurich 1998, p. 186 sv.).

Dans un arrêt du 23 mars 2006 (C 15/05), le TF a confirmé que ce formulaire est une clause accessoire au contrat de travail, laquelle prime tout accord contenant des clauses contraires.

Or, l'AIT (art. 7 et 59 LACI et 90 OACI), tout comme l'ARE (art. 30 LMC), sont des allocations ayant pour objectif de favoriser le retour à l'emploi des chômeurs qui ont épuisé leur droit à des prestations fédérales de l'assurance-chômage. L'ARE est une mesure cantonale venant compléter l'AIT prévue par l'assurance-chômage fédérale. Aussi applique-t-on, par analogie, la jurisprudence rendue par le TF en matière d'AIT aux ARE.

11. Reste à examiner si la société, qui a résilié le contrat de travail prématurément, peut se prévaloir de justes motifs, étant rappelé que la résiliation immédiate pour justes motifs, mesure exceptionnelle, doit être admise de manière restrictive et que seul un manquement particulièrement grave du travailleur justifie son licenciement immédiat.

La société allègue avoir licencié l'assuré au vu des lacunes techniques de celui-ci, de son manque de performance, des erreurs commises et de sa lenteur d'apprentissage et, partant, de la rupture du lien de confiance nécessaire à toute relation de travail. Elle considère ainsi avoir eu de justes motifs pour résilier le contrat de travail de l'assuré.

Force est toutefois de constater qu'elle n'a concrètement pas licencié celui-ci sur la base de l'art. 337 CO. Elle a ainsi renoncé à se prévaloir d'un licenciement pour justes motifs - peu importe à cet égard pour quel motif -, de sorte qu'il y a lieu de conclure que la société a mis fin au contrat de travail avant l'échéance de la mesure expressément indiquée sur le formulaire, sans qu'il y ait justes motifs au sens de l'art. 337 CO.

12. Dans un arrêt ATF 126 V 42, le Tribunal fédéral des assurances a jugé que l'administration peut revenir sur sa décision d'octroi des allocations d'initiation au travail avec effet ex tunc en cas de violation des obligations contractuelles par l'employeur lorsque le versement est soumis à la condition résolutoire du respect du contrat de travail et ce, même si ladite décision ne mentionne pas la restitution des prestations en cas de violation des obligations contractuelles.
13. L'OCE est en droit, partant, de réclamer à la société la restitution des prestations touchées indûment conformément à l'art. 48B LMC.
14. Le montant de CHF 33'990.20 dont le remboursement est réclamé par l'OCE, et représentant les ARE versées de décembre 2014 à avril 2015, n'est pas contesté.
Aussi le recours est-il rejeté.
15. Il y a toutefois lieu d'attirer l'attention de la société sur le fait qu'elle a la possibilité, dans un délai de trente jours dès l'entrée en force du présent jugement (art. 4 al. 4 OPGA), de solliciter de l'OCE qu'il renonce à exiger la restitution de ce montant de CHF 33'990.20, conformément à l'art. 48B al. 2 LMC, en faisant valoir qu'elle avait été de bonne foi et que la restitution la mettrait dans une situation financière difficile.

**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

Nathalie LOCHER

Doris GALEAZZI

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