

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4292/2015

ATAS/158/2016

COUR DE JUSTICE
Chambre des assurances sociales

Arrêt du 1^{er} mars 2016

1^{ère} Chambre

En la cause

A_____ SÀRL, sise à VERNIER

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. La société A_____ SÀRL (ci-après : la société) a déposé le 29 avril 2014 auprès de l'office cantonal de l'emploi (ci-après : OCE) une demande d'allocation de retour en emploi – ARE – en faveur de Madame B_____ (ci-après : l'assurée), d'une durée de 24 mois, pour une activité de secrétaire-réceptionniste à plein temps, rémunérée CHF 5'500.- par mois.
2. Par décision du 21 mai 2014, le service des emplois de solidarité de l'OCE a octroyé une ARE du 20 mai 2014 au 19 mai 2016.
3. Le 10 septembre 2014, la société a informé l'OCE qu'elle avait licencié l'assurée le 29 août 2014 avec effet au 30 septembre 2014.
4. Par décision du 16 octobre 2015, le service des emplois de solidarité a révoqué sa décision du 21 mai 2014 et réclamé à la société le remboursement de la somme de CHF 20'911.10, représentant les montants versés à titre d'ARE.
5. La société a formé opposition le 23 octobre 2015. Par courrier du 30 octobre 2015, elle a expliqué qu'elle s'était fiée au curriculum vitae (CV) que lui avait présenté l'assurée pour l'engager. Elle avait toutefois rapidement constaté que celle-ci n'avait pas les compétences nécessaires pour occuper le poste en question, avait commis plusieurs erreurs et avait finalement reconnu qu'elle avait enjolivé son CV. Elle n'avait pu, dans ces conditions, la garder jusqu'à la fin du contrat.

La société a transmis à l'OCE copie de plusieurs courriers rédigés par l'assurée et contenant fautes d'orthographe, coquilles et erreurs d'adressage.

La société a également produit copie de deux avertissements adressés à l'assurée les 21 juillet et 20 août 2014.

6. Par décision du 27 novembre 2015, l'OCE a rejeté l'opposition et confirmé la décision du service des emplois de solidarité du 16 octobre 2015. L'OCE rappelle en effet qu'en signant sa demande d'ARE le 29 avril 2014, la société s'est engagée à rembourser les allocations perçues en cas de résiliation du contrat de travail après le temps d'essai et avant le 19 mai 2016, ainsi que durant les trois mois suivant. Il relève également que la société a choisi la voie du licenciement ordinaire avec respect du délai de congé, et qu'elle a attendu plus de trois mois pour lui signifier son licenciement. Elle avait par ailleurs la possibilité de licencier l'assurée durant le temps d'essai prévu contractuellement, soit les trois premiers mois à compter de l'engagement.
7. La société a interjeté recours le 8 décembre 2015 contre ladite décision. Elle souligne que « nous avons fait le maximum pour garder l'employée de l'OCE, qui chaque semaine nous promettait de se concentrer, car elle ne voulait pas retourner au chômage. Malgré notre patience, au vu de toutes ses erreurs qui nous ont coûté un chantier de soumission au CMU et d'une discréditation aux yeux de nos clients, nous n'avons plus pu garder *l'assurée*. Pour ces diverses raisons, nous avons décidé, et ce d'un commun accord, de mettre fin à nos rapports de travail ». Elle

rappelle à cet égard les motifs pour lesquels elle a résilié le contrat de travail de l'assurée.

8. Dans sa réponse du 18 janvier 2016, l'OCE a conclu au rejet du recours, la société n'apportant aucun élément nouveau permettant de revoir la décision litigieuse.
9. Ce courrier a été transmis à la société.
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'État 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'État 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'assurée engagée en qualité de secrétaire-réceptionniste, pour une période allant du 20 mai 2014 au 19 mai 2016.

Il appert de la partie en fait qui précède que le contrat de travail a été résilié le 29 août 2014 avec effet au 30 septembre 2014, 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.

10. Il y a préalablement lieu de constater que dans le formulaire de demande d'ARE signé par la société le 29 avril 2014, il est expressément stipulé que

« 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 trois mois suivants, 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 ».

La société a ainsi 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 employée jusqu'au 19 mai 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).

11. Il y a 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.

On peut dès lors confirmer que la société s'est engagée, en signant le formulaire « demande ARE », à employer l'assurée pendant une durée minimale correspondant à la durée de l'ARE plus un délai de trois mois, sous réserve d'une résiliation pour justes motifs au sens de l'art. 337 CO.

12. 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.

13. Dans le cas particulier, la société allègue avoir licencié l'assurée, au motif que celle-ci n'avait pas les compétences nécessaires pour occuper le poste auquel elle avait été engagée et vu les erreurs commises « qui nous ont coûté un chantier de soumission au CMU et une discréditation aux yeux de nos clients ». La société considère ainsi avoir eu de justes motifs pour résilier le contrat de travail de l'assurée.

Force est toutefois de constater qu'elle n'a concrètement pas licencié celle-ci sur la base de l'art. 337 CO. Elle a ainsi renoncé à se prévaloir d'un licenciement pour justes motifs, de sorte qu'il y a lieu de conclure qu'elle 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.

14. 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.
15. L'OCE est en droit, partant, de réclamer à la société la restitution des prestations touchées indûment conformément à l'art. 48B LMC.
16. Le montant de CHF 20'911.10, représentant les ARE versées depuis le 20 mai 2014, n'est pas contesté.
17. Aussi le recours est-il rejeté.

La chambre de céans attire l'attention de la société sur le fait qu'elle a la possibilité de déposer une demande de remise de l'obligation de rembourser la somme réclamée auprès de l'OCE – lequel examinera si les conditions de l'art. 48B al. 2 LMC sont réalisées -, dans les trente jours à compter de l'entrée en force du présent jugement.

**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