

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/502/2016

ATAS/705/2016

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 7 septembre 2016

4^{ème} Chambre

En la cause

A_____ SA, sise à GENÈVE, comparant avec élection de _____ recourante
domicile en l'étude de Maître Thierry ADOR

contre

OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI, sis rue des Gares 16, _____ intimé
GENÈVE

Siégeant : Juliana BALDÉ, Présidente; Christine LUZZATTO et Larissa ROBINSON-MOSER, Juges assesseurs

EN FAIT

1. La société A_____ SA (ci-après l'employeur) a déposé en date du 21 octobre 2013 une demande d'allocation de retour en emploi (ci-après ARE) en faveur de Madame B_____ (ci-après l'employée) pour un poste de secrétaire commerciale à compter du 15 novembre 2013, pour un salaire mensuel brut de CHF 4'200.-. Sous chiffre 5 de ladite demande figurait la mention suivante : « si à l'issue de la période d'essai le contrat de travail est résilié avant le durée totale de la mesure ou dans les trois mois suivants, l'employeur s'engage à rembourser les allocations sur décision de l'autorité compétente, pour autant qu'il ne s'agisse pas d'un licenciement pour justes motifs au sens de l'article 337 CO ».
2. Par décision du 20 novembre 2013, le service des emplois de solidarité de l'office cantonal de l'emploi a, sur préavis favorable de la commission tripartite, accordé à l'employeur une ARE pour une durée de douze mois, soit du 15 novembre 2013 au 14 novembre 2014.
3. Par courrier recommandé du 27 octobre 2014, l'employeur a résilié le contrat de travail de l'employée avec effet au 30 novembre 2014, soit dans le respect du préavis d'un mois ayant cours durant la première année de service.
4. Par décision du 19 novembre 2013, l'office cantonal de l'emploi (ci-après l'OCE) a révoqué sa décision du 20 novembre 2013 et exigé la restitution du montant de CHF 26'875.15, représentant les montants perçus au titre de l'ARE. Cette décision est motivée par le fait que l'employeur a licencié l'employée avant la fin de l'ARE ou dans les trois mois qui suivent sans que de justes motifs au sens l'article 337 CO soient invoqués.
5. L'opposition formée le 5 janvier 2016 par l'employeur, représenté par son mandataire, a été rejetée par décision de l'OCE du 13 janvier 2016. L'intimé a considéré que bien que l'employeur ait allégué avoir eu de justes motifs de licenciement à l'encontre de l'employée, le licenciement ne tombe pas sous le coup des justes motifs au sens de l'article 337 CO, dès lors qu'il a choisi la voie du licenciement ordinaire avec respect du délai de congé. L'intimé rappelle également que le texte de la loi est clair et que la demande signée le 21 octobre 2013 était également précise, étant relevé qu'en cas de doute l'employeur aurait pu se renseigner auprès de son conseil ou du service des emplois de solidarité.
6. L'employeur, représenté par son mandataire, interjette recours en date du 15 février 2016. L'employeur fait valoir que l'employée n'a jamais trouvé le moyen, ni même souhaité ou tenté de s'adapter aux conditions de travail requises. Elle était incapable d'utiliser les outils informatiques, ne maîtrisait pas les ordinateurs fonctionnant sous système Macintosh. La société a fait preuve d'indulgence à l'égard de l'employée et, nonobstant les nombreuses carences et fautes professionnelles de l'employée, n'a eu d'autre choix que de mettre un terme au contrat de travail pour rupture du lien de confiance. Si les justes motifs invoqués ne ressortent pas clairement de la lettre de licenciement, c'est par simple respect pour

l'employée. Pour le surplus, la société expose avoir malencontreusement mésinterprété la loi dans la mesure où elle ne pensait pas pouvoir résilier le contrat de manière immédiate dans le cadre de l'octroi d'une allocation de retour à l'emploi. Le licenciement équivaut dans la pratique à une résiliation immédiate des rapports de service, dès lors que l'employée a quitté immédiatement son poste. La société soutient encore que le licenciement pour justes motifs notifié le 27 octobre 2014 pour le 30 novembre 2014 est intervenu après la durée totale de la mesure, de sorte que l'OCE n'est pas habilité à requérir la restitution des allocations de retour à l'emploi. La recourante invoque également le fait que bien que le délai de trois mois soit indiqué dans le formulaire de demande d'ARE, il n'est mentionné nulle part dans la loi, qui précise à son art. 32 al. 2 LMC que l'employeur est tenu à restitution s'il met un terme au contrat de travail avant la fin de la durée totale de la mesure. Par conséquent, en ajoutant une clause contractuelle par défaut à toutes les mesures ARE, l'intimé impose arbitrairement une condition plus contraignante qui n'est pas consignée dans une base légale. Enfin, la société invoque la violation de son droit d'être entendu dans la mesure où elle n'a pas eu l'occasion de s'exprimer clairement et de faire valoir ses preuves sur les raisons précises du licenciement de l'employée, ainsi que la violation du principe de proportionnalité et de l'interdiction de l'arbitraire. Elle conclut à l'annulation de la décision.

7. Par réponse du 29 février 2016, l'intimé conclut au rejet du recours. Il conteste les griefs formulés à son encontre, relevant qu'il est compétent en sa qualité d'autorité cantonale pour introduire dans la demande de prestations en question des conditions plus strictes que celles contenues à l'article 32 de la loi. Par ailleurs, on ne saurait lui reprocher une violation du droit d'être entendu, pas plus que d'avoir violé le principe de la proportionnalité et d'interdiction de l'arbitraire. En application de la loi, l'OCE est en effet en droit de réclamer à l'employeur la restitution des prestations indûment touchées, étant donné qu'il s'agit d'une révision d'une décision d'octroi suite à la constatation d'une violation d'obligation contractuelle par l'une des parties. Pour le surplus, la question de la bonne foi ne sera examinée que dans le cadre de la demande de remise.
8. Par réplique du 29 avril 2016, la recourante persiste dans ses conclusions, invoquant au surplus qu'en introduisant une condition supplémentaire, soit l'impossibilité de résilier le contrat de travail avant les trois mois suivant la durée totale de la mesure, l'intimé se substitue au législateur, violant ainsi le principe de la légalité et de la séparation des pouvoirs.
9. Lors de l'audience de comparution personnelle des parties du 8 juin 2016, la représentante de la recourante a exposé qu'elle avait résilié le contrat parce qu'elle pensait qu'elle arrivait à la fin du contrat d'une année. Elle avait déjà fait deux avertissements oraux à l'employée. Elle reconnaît avoir signé le formulaire de demande ARE et admet n'avoir pas pris contact avec l'OCE avant le licenciement. La mandataire de la recourante a exposé qu'il s'agit d'une petite société et qu'elle a en réalité résilié avec effet immédiat le contrat de travail, puisque l'employée a

quitté le jour même l'entreprise. Elle a voulu toutefois respecter le délai de congé d'un mois, par gain de paix et dans un esprit humain. Elle ne voulait pas non plus se soumettre à une éventuelle procédure devant le Tribunal des Prud'hommes, ce qui arrive dans la plupart des cas de résiliation pour justes motifs. Quoi qu'il en soit, la société a résilié le contrat dans le délai de douze mois. Le recourante a déclaré qu'elle n'avait pas contacté l'intimé pour signaler les difficultés qu'elle rencontrait avec l'employée, le but n'était pas qu'elle ne retrouve pas d'emploi et qu'elle soit punie.

La représentante de l'OCE a relevé que le contrat a été résilié clairement avant l'échéance de la mesure, le 15 novembre 2014. Elle s'est au surplus étonnée du fait que si quelqu'un travaille si mal il faille douze mois pour s'en rendre compte. Quoi qu'il en soit, les motifs invoqués par la recourante ne constituent pas des justes motifs au sens de la loi. Elle s'est déclarée également étonnée que la société n'ait pas appelé son service pour demander ce qu'il fallait faire, auquel cas elle aurait été avertie des conséquences.

10. Les parties ayant persisté dans leurs conclusions, 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). 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.

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

2. La décision querellée a trait aux prestations cantonales complémentaires de chômage prévues par la LMC. Cette dernière ne contenant aucune norme de renvoi, la LPGA n'est pas applicable (cf. art. 1 et 2 LPGA).
3. Interjeté dans les forme et le délai prévus par la loi, le recours est recevable (cf. art. 49 al. 3 LMC et art. 89B de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 [LPA - E 5 10]).
4. Le litige consiste à déterminer si l'intimé est fondé à réclamer à la recourante la restitution de l'ARE à hauteur de CHF 26'875,15.
5. a) La loi genevoise en matière de chômage a pour objectif la lutte contre le chômage de longue durée et le retour à l'emploi. Elle 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 et, pour des chômeurs sans perspective de réinsertion rapide, des possibilités de maintien en activité professionnelle afin de prévenir leur marginalisation (art. 1 let. b, c et e LMC).

Les chômeurs ayant épuisé leur droit aux indemnités fédérales peuvent ainsi bénéficier d'une allocation de retour en emploi (ARE), s'ils retrouvent un travail salarié auprès d'une entreprise active en Suisse (art. 30 LMC). L'ARE, mesure incitative en vigueur depuis 1997, est considérée comme la mesure phare du dispositif cantonal (cf. PL 10821 rapport du Conseil d'Etat au Grand-conseil, p. 34).

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 al. 1 et 2 LMC).

b) L'octroi de la mesure est subordonné à la production, avant la prise d'emploi, d'un contrat de travail à durée indéterminée (art. 32 al. 1 LMC). Selon l'art. 32 al. 3 LMC, le chômeur doit en outre avoir épuisé son droit aux indemnités fédérales (let. a), être apte au placement (let. c) ne pas avoir subi, pendant le délai-cadre d'indemnisation fédérale, de suspension du droit à l'indemnité de 13 jours et plus pour les motifs énumérés à l'art. 30 al. 1, lettres c) à g) de la loi fédérale (let. d) et ne pas avoir fait l'objet d'une condamnation pénale ou administrative en raison d'une infraction réprimée aux articles 105 à 107 de la loi fédérale et 47 et 48 de la présente loi (let. e).

A teneur de l'art. 34 al. 4 LMC, la mesure ne peut pas être accordée aux entreprises, services de l'Etat, autres collectivités ou entités publiques qui en ont abusé. En particulier, ses entités sont exclues si elles font l'objet :

1° de sanction entrée en force prononcée en application de l'art. 13 de la loi fédérale concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir, du 17 juin 2005,

2° de mesure exécutoire prononcée en application de l'art. 45 al. 2 de la loi sur l'inspection et les relations du travail, du 12 mars 2003.

c) 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).

L'autorité compétente verse l'allocation de retour en emploi sous forme d'une participation au salaire, octroyée de manière dégressive (art. 36 al. 1 et 4 LMC).

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).

d) Selon l'art. 32 al. 2 LMC, si l'employeur met un terme au contrat de travail avant la fin de la durée totale de la mesure au sens de l'art. 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 de justes motifs au sens de l'art. 337 du code des obligations.

Conformément à l'art. 48B al. 1 LMC, l'autorité compétente peut ainsi révoquer sa décision d'octroi et exiger la restitution des prestations touchées indument, 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. Le droit de demander la restitution s'éteint 1 an après le moment où l'autorité compétente a eu connaissance du fait, mais au plus tard 5 ans après le versement de la prestation (art. 48B al. 3 LMC).

6. En l'espèce, il est établi que la recourante, qui s'est vu reconnaître le droit à une ARE pour la période du 15 novembre 2013 au 14 novembre 2014, a licencié son employée par courrier du 27 octobre 2014, avec effet au 30 novembre 2014.

Selon l'intimé, elle a ainsi licencié l'employée dans les trois mois suivant la durée totale de la mesure ARE, de sorte qu'elle est tenue de rembourser les allocations perçues, ce que la recourante conteste.

7. a) Dans un premier argument, la recourante soutient qu'elle avait en réalité de justes motifs pour licencier son employée, qui ne donnait pas satisfaction.

Cet argument tombe à faux. A supposer que la recourante avait de justes motifs – ce qu'elle n'a nullement évoqué dans son courrier du 27 octobre 2014 –, seuls ceux justifiant une résiliation immédiate du contrat de travail au sens de l'art. 337 CO peuvent être pris en considération selon l'art. 32 al. 2 LMC. Or, à l'évidence, tel n'a pas été le cas, selon les termes ressortant de la lettre de résiliation.

b) Dans un second moyen, la recourante allègue qu'elle a résilié le contrat pour le 30 novembre 2014, soit après la fin de la mesure ARE.

Selon la jurisprudence, le terme « résilier » est sans équivoque : résilier un contrat de travail, c'est mettre fin aux rapports de travail ou donner le congé (cf. arrêt C 55/04 du 16 février 2005). Selon le Tribunal fédéral, peu importe que le délai de congé arrive à échéance au-delà « de la fin de la période d'imitation au travail convenue ». La résiliation est l'exercice d'un droit formateur et prend la forme d'une déclaration de volonté soumise à réception ; elle déploie ses effets dès qu'elle parvient dans la sphère de puissance du destinataire (cf. Rémy WYLER, Droit du travail, Berne, 2002, p. 325). L'exercice de ce droit ne peut être confondu avec la survenance du terme ou l'écoulement du délai pour lequel le congé est donné. La

chambre de céans a ainsi jugé que seule la date de résiliation est déterminante (cf. arrêt du 20 janvier 2015 ATAS/40/2015).

En l'espèce, la date de la résiliation est le 27 octobre 2014 ; remise en mains propre de l'employée, la lettre de résiliation est parvenue dans sa sphère de puissance le même jour.

Force est par conséquent de constater que le contrat de travail a bien été résilié avant la fin de la mesure ARE, prévue le 14 novembre 2014 (cf. art. 32 al. 2 LMC). La question de savoir si le délai supplémentaire de trois mois constitue une violation du principe de la légalité peut par conséquent rester ouverte.

Il sied encore de relever que la chambre de céans, appliquant par analogie la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière d'AIT, a jugé que le formulaire de demande ARE constitue une clause accessoire au contrat de travail, qui prime tout accord contenant des clauses contraires (cf. arrêt précité ATAS/40/2015).

Au vu de ce qui précède, il convient de constater que la recourante a violé ses obligations contractuelles en résiliant le contrat de travail avant la fin de la mesure ARE, de sorte que conformément à l'art. 48B LMC, l'intimé est fondé à révoquer sa décision d'octroi d'ARE et de réclamer la restitution des montants versés.

Pour le surplus, dès lors que l'intimé a eu connaissance du fait le 24 novembre 2014 (pièce no 4 intimé), la chambre de céans constate qu'en notifiant sa décision le 19 novembre 2015, il a respecté les délais d'un et cinq ans de l'art. 48B al. 3 LMC.

8. Mal fondé, le recours est rejeté.
9. 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

La présidente

Isabelle CASTILLO

Juliana BALDÉ

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