



## **Arrêt du 21 décembre 2015**

---

Composition

Pietro Angeli-Busi (président du collège),  
Jean-Luc Baechler, Ronald Flury, juges,  
Yann Grandjean, greffier.

---

Parties

**Canton de Genève**

agissant par l'Office cantonal de l'emploi OCE  
Rue des Gares 16, Case postale 2555, 1211 Genève 2,  
recourant,

contre

**Secrétariat d'Etat à l'économie SECO,**  
Marché du travail et assurance-chômage,  
Holzikofenweg 36, 3003 Berne,  
autorité inférieure.

---

Objet

Responsabilité du canton à l'égard de la Confédération en  
matière d'assurance-chômage (art. 85g LACI).

**Faits :****A.**

**A.a** A. \_\_\_\_\_ (ci-après : l'assuré) a été engagé par l'association B. \_\_\_\_\_ (ci-après : l'employeur), dans le cadre du dispositif cantonal genevois des emplois de solidarité, en qualité d'employé polyvalent à un taux d'activité de 100 %, pour une durée indéterminée dès le 1<sup>er</sup> juin 2010 (contrat des 19 et 21 mai 2010). L'assuré a été licencié le 2 octobre 2012 avec effet au 31 décembre 2012 et il a immédiatement été libéré de son obligation de travailler (lettre de licenciement du 2 octobre 2012).

**A.b** L'assuré s'est annoncé au chômage le 1<sup>er</sup> janvier 2013 et a été indemnisé depuis cette date (rapport de révision du 18 septembre 2013 et fiche de l'assuré établie par la Caisse cantonale genevoise de chômage [ci-après : la Caisse cantonale] datée du 15 janvier 2014).

**B.**

**B.a** En septembre 2013, le Secrétariat d'Etat à l'économie SECO (ci-après : l'autorité inférieure) a procédé à la révision des comptes de la Caisse cantonale. Selon le rapport de révision du 18 septembre 2013, l'assuré a bénéficié d'un emploi de solidarité et son salaire, fixé selon un règlement cantonal genevois, était financé par l'Etat. Cet emploi devrait être qualifié de mesure relative au marché du travail (ci-après : une MMT) dont le gain n'est pas assuré selon l'art. 23 al. 3<sup>bis</sup> de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (loi sur l'assurance-chômage, LACI, RS 837.0). L'assuré ne justifiant plus de 12 mois de revenus assurés (10 mois avant le 1<sup>er</sup> avril 2011), le droit à l'assurance-chômage devait lui être nié dès le 1<sup>er</sup> janvier 2013. Compte tenu de la période de révision (de juin 2011 à mai 2013), le rapport retenait que 69 indemnités à 118 fr. 90 versées du 1<sup>er</sup> janvier 2013 au 31 mai 2013 ne pouvaient pas être reconnues, soit un total de 8204 fr. 10.

**B.b** Le 17 octobre 2013, l'Office cantonal de l'emploi du Canton de Genève (ci-après : l'autorité cantonale) a formulé ses objections au rapport de révision précité. Il a fait valoir que les emplois de solidarité sont de véritables emplois qui ne tombent pas sous le coup des dispositions légales invoquées par l'autorité inférieure.

**B.c** Par décision du 3 décembre 2013, l'autorité inférieure a nié le droit à l'indemnité chômage de l'assuré dès le 1<sup>er</sup> janvier 2013, pour les motifs

exposés dans le rapport de révision du 18 septembre 2013 et retenu une faute intentionnelle de l'autorité cantonale et, partant, mis à la charge du Canton de Genève un montant de 21'068 fr. 50.

**C.**

Par acte du 16 janvier 2014, le Canton de Genève (ci-après : le recourant), agissant par l'autorité cantonale, a déposé un recours contre la décision précitée devant le Tribunal administratif fédéral (ci-après : le TAF ou le Tribunal). Le recourant a conclu à l'admission de son recours, à l'annulation de la décision attaquée et à la reconnaissance du droit à une indemnité de chômage de l'assuré dès le 1<sup>er</sup> janvier 2013, sous suite de frais.

A l'appui de son recours, le recourant fait valoir que les emplois de solidarité ne constituent pas une MMT financée par les pouvoirs publics. Ce seraient de "véritables" emplois qui s'adressent à des demandeurs d'emplois fragilisés et pour lesquels les perspectives de réinsertion sont minimales. Ces emplois seraient proposés par des institutions privées ou associatives, à but non lucratif ou d'intérêt public, et concernant des postes de travail non concurrentiels dans des secteurs peu attractifs pour le marché primaire, mais répondant à un réel besoin. Bien que ces emplois se situent sur le marché complémentaire de l'emploi et que les salaires soient fixés par la loi et le règlement, les contrats y relatifs relèveraient du droit privé du travail et seraient conclus pour une durée indéterminée. Le recourant souligne qu'il n'est lui-même pas partie au contrat qui lie l'assuré et son employeur ; cet emploi ne fait l'objet d'aucune assignation ni d'aucune décision de droit public. Les employeurs devraient en outre fournir un plan d'affaires démontrant qu'ils sont capables de dégager les moyens financiers propres et d'absorber une partie des coûts.

**D.**

Dans sa réponse du 28 avril 2014, l'autorité inférieure a conclu à ce que le recourant soit débouté, sous suite de frais et dépens, de toutes ses conclusions, à ce qu'il soit admis que le droit à l'indemnité de l'assuré doit être refusé et à ce qu'il soit dit que les emplois de solidarité tombent dans le champ d'application de l'art. 23 al. 3<sup>bis</sup> LACI et que, par conséquent, ils ne recréent pas un droit au chômage. L'autorité inférieure estime qu'il est incontestable que l'emploi de solidarité remplit les conditions d'une MMT et non d'un réel contrat de travail, notamment en raison du but d'insertion professionnelle qu'il poursuit et de la fixation du salaire par le règlement. Par ce fait même, il ne saurait constituer un contrat de travail et partant tomberait sous le coup des dispositions légales excluant du gain assuré les MMT financées par les pouvoirs publics.

**E.**

Par réplique du 1<sup>er</sup> juillet 2014, le recourant a soulevé l'exception de prescription au motif que l'autorité inférieure connaissait, au moins depuis le courrier qu'elle lui avait adressé le 18 octobre 2011, les difficultés posées par les MMT genevoises au regard de la législation sur l'assurance-chômage.

**F.**

Par courrier du 24 septembre 2014, le recourant a indiqué renoncer à soulever l'exception de prescription tout en précisant persister intégralement dans l'argumentation développée à l'appui de son recours.

**G.**

En dépit d'un délai prolongé au 15 octobre 2014, l'autorité inférieure n'a pas déposé de duplique.

Les autres faits et arguments de la cause seront examinés, pour autant que de besoin, dans les considérants en droit.

**Droit :****1.**

**1.1** Le Tribunal est compétent pour statuer sur le présent recours (art. 31, 32 et 33 let. d de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral [LTAF, RS 173.32], art. 5 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative [PA, RS 172.021]). Selon l'art. 101 LACI, en dérogation à l'art. 58 al. 1 de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA, RS 830.1), les décisions et les décisions sur recours de l'autorité inférieure, ainsi que les décisions de l'organe de compensation peuvent en effet faire l'objet d'un recours devant le Tribunal.

**1.2** La qualité pour recourir doit être reconnue au recourant (art. 48 al. 1 PA, art. 59 LPGA). Le recourant est en effet atteint par la décision attaquée, de la même manière qu'un particulier ou de façon analogue, dans sa situation matérielle (patrimoine administratif ou financier) et il a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification (ATF 135 II 156 consid. 3.1, 124 II 409 consid. 1e/dd ; arrêts du TAF B-2854/2014 du 22 avril 2015 consid. 1 et B-5877/2008 du 7 août 2009 consid. 1.3). Par ailleurs, le Tribunal a déjà jugé que l'autorité cantonale compétente,

destinataire de la décision attaquée, peut valablement agir pour le canton recourant lorsque, comme en l'espèce, la responsabilité de celui-ci est engagée au titre de l'art. 85g al. 1 LACI (arrêt du TAF B-5877/2008 précité consid. 1.2).

**1.3** Les dispositions relatives au délai de recours, à la forme et au contenu du mémoire de recours ainsi qu'à l'avance de frais (art. 50 al. 1, 52 al. 1 et 63 al. 4 PA ; art. 60 al. 1 LPGA) sont par ailleurs respectées.

**1.4** L'autorité inférieure conclut dans sa réponse à ce qu'il soit dit que les emplois de solidarité tombent dans le champ d'application de l'art. 23 al. 3<sup>bis</sup> LACI et que, par conséquent, ils ne recréent pas un droit au chômage. Cette conclusion échappe à l'objet de la contestation (*Streitgegenstand* ; ATAF 2014/24 consid. 1.4.1 ; JÉRÔME CANDRIAN, Introduction à la procédure administrative fédérale, 2014, n° 181 s.) ; celui-ci porte sur la responsabilité du recourant à l'égard de la Confédération dans le seul cas de l'assuré, et non sur l'institution des emplois de solidarité en tant que telle.

## **2.**

La question litigieuse est de savoir si la responsabilité du recourant est engagée par une abstention de l'autorité cantonale qui aurait conduit au versement indu de prestations de l'assurance-chômage à l'assuré causant ainsi un dommage à la Confédération.

## **3.**

La décision attaquée se fonde sur la responsabilité du recourant au titre de l'art. 85g al. 1 et 2 LACI. Cette disposition est ainsi rédigée :

<sup>1</sup> Le canton répond envers la Confédération des dommages que son autorité cantonale, ses offices régionaux de placement, son service de logistique des mesures relatives au marché du travail, ses commissions tripartites ou les offices du travail de ses communes ont causés en commettant une infraction ou en contrevenant aux prescriptions, intentionnellement ou par négligence.

<sup>2</sup> L'organe de compensation fixe, par décision, les dommages-intérêts qui sont dus. Il peut renoncer à faire valoir ses droits en cas de faute légère.

**3.1** L'autorité inférieure administre l'organe de compensation qui est compétent d'un point de vue formel pour prendre la décision attaquée (art. 83 al. 3 et 85g al. 2 LACI). Reste à examiner si cette décision est matériellement correcte.

**3.2** Les conditions de la responsabilité sont l'existence d'un dommage, un acte illicite commis par un auteur dans l'accomplissement de certaines tâches, un rapport de causalité entre l'acte illicite et le dommage ainsi qu'une faute ou une négligence. Ces conditions seront examinées dans les considérants 3.3 à 3.8 (sur l'ensemble du sujet : ATF 135 V 98 consid. 4.2 ; BORIS RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, Remarques préliminaires aux articles 82, 82a, 85g, 85h, 88 et 89a [ci-après : Rem. art. 82 ss LACI] et art. 85g LACI [cité : RUBIN, Commentaire], IDEM, Assurance-chômage – Droit fédéral. Survol des mesures cantonales. Procédure, 2<sup>e</sup> éd. 2006, p. 689 ss [cité : RUBIN, Assurance]).

### **3.3**

**3.3.1** Le dommage doit être causé par l'un des organes d'exécution de la LACI visés à l'art. 85g al. 1 LACI. Seuls sont par ailleurs concernés les actes de ces organes liés à l'accomplissement de tâches qui découlent de la LACI et non d'une autre législation (RUBIN, Commentaire, Rem. art. 82 ss LACI n° 14 ; IDEM, Assurance, p. 690 et n. 2090).

**3.3.2** En l'espèce, l'organe dont l'abstention est jugée fautive par la décision attaquée est l'Office cantonal de l'emploi, c'est-à-dire l'autorité cantonale compétente au sens de la loi fédérale (art. 113 al. 2 let. b LACI) et de la législation cantonale en matière de chômage (art. 3 al. 1 1<sup>ère</sup> phrase du règlement cantonal genevois du 23 janvier 2008 d'exécution de la loi en matière de chômage [RMC/GE, RS/GE J 2 20.01]). Il faut à ce stade souligner que la décision attaquée ne se fonde pas sur la responsabilité des fondateurs de la Caisse cantonale pour le versement indu de prestations de l'assurance-chômage (art. 82 LACI). La décision attaquée s'en prend à l'autorité cantonale au titre de l'art. 85g al. 1 LACI et lui reproche un défaut dans ses tâches de contrôle découlant de la LACI. Partant, les conditions relatives à l'auteur et aux circonstances de l'acte reproché sont remplies.

### **3.4**

**3.4.1** La responsabilité n'est engagée que si un acte illicite a été commis. Un tel acte suppose la violation d'une règle de droit (action aussi bien qu'abstention) en l'absence de motifs justificatifs (consentement, intérêt public prépondérant, etc.). En matière administrative, toute illégalité ne saurait être qualifiée dans tous les cas d'acte illicite. Ainsi, le comportement d'un agent n'est illicite que lorsque celui-ci commet une erreur grave et

manifeste qui n'aurait pas échappé à un homologue consciencieux (ATF 132 II 449 consid. 3.3). Le simple fait qu'une décision se révèle par la suite inexacte, contraire au droit ou même arbitraire ne suffit pas (ATF 123 II 577 consid. 4d/dd ; FLORENCE AUBRY GIRARDIN, Responsabilité de l'Etat : un aperçu de la jurisprudence du Tribunal fédéral, in : Favre/Martenet/Poltier [édit.], La responsabilité de l'Etat, 2012, p. 126 ss, p. 131). La simple lésion du patrimoine d'autrui ne représente pas, en tant que telle, un acte illicite ; il faut encore qu'une norme de comportement figurant dans l'ordre juridique interdise une telle atteinte et que cette règle ait pour but la protection du bien lésé ("position de garant" ; ATF 123 II 577 consid. 4d à 4f ; en matière d'assurance sociale : ATF 137 V 76 consid. 3.2 ; RUBIN, Commentaire, Rem. art. 82 ss LACI n° 17 ; IDEM, Assurance, p. 690 s.).

### 3.4.2

**3.4.2.1** Selon l'art. 8 al. 1 let. e LACI, l'assuré a droit à l'indemnité de chômage s'il remplit les conditions relatives à la période de cotisation ou en est libéré. En règle générale, des délais-cadres de deux ans s'appliquent aux périodes d'indemnisation et de cotisation (art. 9 al. 1 LACI). Celui qui, dans les limites du délai-cadre (art. 9 al. 3 LACI), a exercé durant douze mois au moins une activité soumise à cotisation remplit les conditions relatives à la période de cotisation (art. 13 al. 1 LACI).

**3.4.2.2** L'art. 23 al. 3<sup>bis</sup> LACI est ainsi rédigé :

<sup>3bis</sup> Un gain réalisé dans le cadre d'une mesure relative au marché du travail financée par les pouvoirs publics n'est pas assuré. Les mesures visées aux art. 65 et 66a sont réservées.

L'art. 38 de l'ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage (OACI, RS 837.02) se lit quant à lui ainsi :

<sup>1</sup> Sont réputées mesures relatives au marché du travail au sens de l'art. 23 al. 3<sup>bis</sup> 1<sup>ère</sup> phrase LACI, les mesures d'intégration financées en tout ou partie par les pouvoirs publics.

<sup>2</sup> S'agissant des mesures visées à l'al. 1, les cantons veillent à ce qu'aucun gain assuré ne soit attesté à l'attention des caisses de chômage.

Les art. 23 al. 3<sup>bis</sup> LACI et 38 OACI, entrés en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2011 (RO 2011 1167 et 1179), empêchent qu'une période durant laquelle l'assuré a participé à une MMT financée par les pouvoirs publics ne soit comptée comme période de cotisation (ATF 140 V 368 consid. 5.3.1, 139 V 212 consid. 3.3 ; message du 3 septembre 2008 relatif à la modification de la

loi sur l'assurance-chômage, FF 2008 7029 ss, p. 7046 ; ANDREAS AUER, Constitutionnalité des articles 23 al. 3<sup>bis</sup> LACI et 38 OACI [avis de droit], 2011, p. 5, disponible à l'adresse <http://www.artias.ch/wp-content/uploads/2011/12/AvisdroitLACI.pdf>, consulté le 23 octobre 2015 ; sur l'ensemble de la question : RUBIN, Commentaire, art. 23 LACI n° 42 ss ; IDEM, Assurance, p. 690 ss ; sur la question de l'application de la loi dans le temps : consid. 3.4.9).

Les MMT visées à l'art. 23 al. 3<sup>bis</sup> LACI s'opposent aux emplois dits normaux sur le marché du travail. La distinction entre ces deux formes d'activité s'opère en fonction d'indices tels que le mode de conclusion du contrat, les prestations contractuelles, la durée du contrat et le but de celui-ci (ATF 139 V 212 consid. 4.2 ; arrêt du TF 8C\_255/2014 du 23 mars 2015 consid. 4). Ces quatre critères seront examinés dans les considérants 3.4.3 à 3.4.8 ci-dessous. Il conviendra ensuite d'examiner dans le consid. 3.4.9 si l'activité de l'assuré était ou non financée par les pouvoirs publics. Les conditions de l'illicéité liées au comportement de l'autorité cantonale seront examinées dans les consid. 3.4.10 à 3.4.12.

**3.4.2.3** L'activité de l'assuré relevait du dispositif cantonal genevois des emplois de solidarité qu'il convient ici de présenter.

La loi cantonale genevoise en matière de chômage du 11 novembre 1983 (LMC/GE, RS/GE J 2 20) contient, sous le titre III "Prestations complémentaires cantonales de chômage", un chapitre VA intitulé "Programme d'emplois de solidarité sur le marché complémentaire de l'emploi" (art. 45D ss LMC/GE). Ces dispositions ont été introduites par la loi du 28 juin 2007 (n° 9922) modifiant la loi en matière de chômage, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> février 2008. Elles ont fait l'objet de révisions partielles par les lois des 19 mars 2010 (n° 10640, entrée en vigueur le 18 mai 2010), 11 février 2011 (n° 10599, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> février 2012) et 11 mai 2012 (n° 10821, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> août 2012).

Ces dispositions sont complétées par les art. 39 ss RMC/GE (entrés en vigueur le 1<sup>er</sup> février 2008). Ces articles ont fait l'objet de révisions partielles par les règlements des 4 février 2009 (entré en vigueur le 12 février 2009) et 25 juillet 2012 (entré en vigueur le 1<sup>er</sup> août 2012).

En l'espèce, l'assuré a bénéficié d'un emploi de solidarité du 1<sup>er</sup> juin 2010 au 31 décembre 2012 et la législation cantonale applicable a changé dans cet intervalle. Cependant, ces changements n'ont pas été de nature à influencer la qualification de cet emploi au regard de l'art. 23 al. 3<sup>bis</sup> LACI.

La révision du 19 mars 2010 (n° 10640) ne concerne pas la situation de l'assuré (art. 45D al. 3 [nouveau] LMC/GE), et celle du 11 février 2011 (n° 10599) modifie un renvoi sans portée matérielle (art. 45G al. 1 LMC/GE). Enfin, les modifications issues de la loi du 11 mai 2012 (n° 10821) ne s'appliquent pas aux mesures octroyées avant leur entrée en vigueur selon la disposition transitoire de l'art. 55A al. 4 LMC/GE. Les dispositions légales cantonales en vigueur au moment de l'octroi de l'emploi de solidarité à l'assuré sont donc déterminantes.

Cela précisé, il convient d'examiner, sur le fondement des dispositions cantonales applicables, si le contrat conclu entre l'assuré et son employeur était une MMT visée par l'art. 23 al. 3<sup>bis</sup> LACI.

### **3.4.3**

**3.4.3.1** Le mode de conclusion d'un contrat de travail dit normal, qui n'est pas une MMT visée par l'art. 23 al. 3<sup>bis</sup> LACI, repose sur le principe de la liberté contractuelle. Il implique une procédure de recrutement et un libre choix de la personne retenue pour le poste. En revanche, l'accès à une MMT au sens de l'art. 23 al. 3<sup>bis</sup> LACI s'inscrit dans un processus administratif. L'octroi de cette prestation dépend alors de la réalisation de certaines conditions (RUBIN, Commentaire, art. 23 LACI n° 46).

**3.4.3.2** Selon l'art. 45D LMC/GE (version originale), un programme de création d'emploi est institué sur le marché complémentaire de l'emploi (al. 1) et il est destiné aux personnes qui ont épuisé leurs droits à l'assurance-chômage sans que les mesures prévues dans la présente loi se soient avérées fructueuses (al. 2).

L'art. 45E LMC/GE (version originale) disposait que le département [de la solidarité et de l'emploi ; art. 2 RMC/GE] organise la mise à disposition de ces emplois en mandatant à cet effet des institutions privées ou associatives, à but non lucratif, poursuivant des buts d'intérêt collectif et déployant des activités sur le marché complémentaire de l'emploi (al. 1). Les projets retenus doivent répondre à une utilité sociale et dégager, dans la mesure du possible, des moyens financiers propres qui permettent de couvrir tout ou partie de leurs coûts. Ils doivent viser à l'insertion professionnelle des demandeurs d'emploi (al. 2). Le département demande le préavis du Conseil de surveillance du marché de l'emploi sur les mandats attribués, les projets et les activités retenus (al. 4).

L'art. 39 RMC/GE (version originale) disposait que l'office [l'autorité cantonale] examine si les personnes qui ont épuisé leurs droits à l'assurance-chômage peuvent bénéficier d'un emploi de solidarité (al. 1). Dans son examen, il prend notamment en compte le risque de perte du lien social du chômeur, sa situation financière personnelle et ses difficultés à retrouver un emploi en raison de son âge avancé (al. 2). Le chômeur doit se déterminer immédiatement sur l'emploi proposé. Il ne peut revendiquer un emploi de solidarité déterminé (al. 3).

L'art. 40 RMC/GE prévoit que l'office [l'autorité cantonale] est chargé de la recherche des emplois de solidarité au sens de l'article 45E [LMC/GE].

L'art. 42 RMC/GE dispose enfin qu'une convention entre l'autorité compétente, représentée par le chef du département [...], et l'institution partenaire est établie et signée par les deux parties avant le début de la collaboration (al. 1). Cette convention règle notamment le but et la durée de la collaboration, les bases légales, le montant de la contribution au paiement du salaire, les droits et les devoirs des parties, les modalités de résiliation ou de modification de la collaboration et la procédure à suivre en cas de litige (al. 2).

**3.4.3.3** L'accès aux emplois de solidarité est soumis à des conditions liées à la personne du bénéficiaire (art. 45D al. 2 LMC/GE). Il s'agit bien d'un processus administratif (art. 39 RMC/GE) dont l'aboutissement est la conclusion du contrat. L'employeur ne dispose pas de la liberté de recruter qui bon lui semble, mais est tributaire de la proposition de l'autorité cantonale. Cela ne correspond pas au mode de conclusion d'un contrat de travail dit normal. Rien n'indique que ce processus n'a pas été suivi en l'espèce. Ainsi, la manière dont le contrat de l'assuré a été conclu ne correspond pas aux principes de la liberté contractuelle, ce qui plaide déjà en faveur d'une MMT visée par l'art. 23 al. 3<sup>bis</sup> LACI.

#### **3.4.4**

**3.4.4.1** Selon la jurisprudence, le but de l'occupation est décisif pour décider si une activité doit être qualifiée de MMT ; il n'est pas déterminant que l'activité exercée soit aussi recherchée dans l'économie libre (ATF 139 V 212 consid. 4.2). Comme le relève le Tribunal fédéral, si le but premier d'une mesure n'est pas l'emploi en tant que tel, mais l'insertion professionnelle et sociale de ceux pour qui l'accès au marché primaire de l'emploi est difficile, alors cette mesure est visée par l'art. 23 al. 3<sup>bis</sup> LACI (ATF précité consid. 4.2 *in fine*).

**3.4.4.2** Selon l'art. 39 al. 2 RMC/GE (version originale), l'office [l'autorité cantonale], examinant si un demandeur peut bénéficier d'un emploi de solidarité, doit prendre en compte le risque de perte du lien social du chômeur, sa situation financière personnelle et ses difficultés à retrouver un emploi en raison de son âge avancé.

**3.4.4.3** Il ressort des art. 45D al. 1 et 2 et 45E al. 1 LMC/GE précités et de l'art. 39 al. 2 RMC/GE (version originale ; consid. 3.4.3.2) que les emplois de solidarité ne se situent pas sur le marché primaire de l'emploi et qu'ils sont destinés aux personnes ayant épuisé leurs droits à l'assurance-chômage présentant un risque de désocialisation et une situation professionnelle difficile. Selon la Cour des comptes du Canton de Genève, citant des déclarations publiques du Conseil d'Etat genevois, les emplois de solidarité présentent un double objectif d'intégration sociale ("prévenir toute rupture du lien social") et d'insertion professionnelle (rapport n° 87 du 28 avril 2015 d'évaluation relatif à la réinsertion professionnelle des chômeurs en fin de droits, disponible à l'adresse <http://www.cdc-ge.ch/Htdocs/Files/v/6427.pdf/Rapportsdaudit/2015/Rapport87versionfinale.pdf?download=1>, consulté le 23 octobre 2015, p. 45). Enfin, le recourant reconnaît dans ses écritures que les emplois de solidarité s'adressent à des demandeurs d'emploi fragilisés, dont les perspectives de réinsertion sont minimales et que ces postes sont peu attractifs pour le marché primaire de l'emploi (recours n° 2 p. 5).

Au final, selon le critère décisif du but de l'emploi (consid. 3.4.4.1), il apparaît que l'objectif d'un emploi de solidarité – rien n'indique que l'activité de l'assuré s'écartait de ce but – est l'insertion sociale et professionnelle du bénéficiaire et non l'emploi en tant que tel. Partant, l'activité de l'assuré était bien, de ce point de vue également, une MMT visée par l'art. 23 al. 3<sup>bis</sup> LACI.

### **3.4.5**

**3.4.5.1** Dans un contrat de travail dit normal, les prestations contractuelles doivent s'inscrire dans une logique économique et découler d'une nécessité du marché. Des prestations superflues ou peu rentables économiquement constituent des indices en faveur de la présence d'une MMT visée par l'art. 23 al. 3<sup>bis</sup> LACI (RUBIN, Commentaire, art. 23 LACI n° 47).

Le salaire doit être déterminé non principalement en fonction de la situation personnelle et familiale, mais en fonction de l'usage, qui lui-même dépend

en partie de l'offre et de la demande, ainsi que d'éventuelles ententes entre partenaires sociaux (RUBIN, Commentaire, art. 23 LACI n° 47). En droit suisse en effet, le salaire du travailleur est régi par le principe de la liberté contractuelle. L'art. 322 al. 1 CO prévoit que l'employeur paie au travailleur le salaire convenu, usuel ou fixé par un contrat-type de travail ou par une convention collective. Si la rémunération minimale prévue dans un contrat-type de travail ou une convention collective est plus élevée, elle remplace donc le salaire convenu entre parties (MARIE-GISÈLE DANTHE, Commentaire du contrat de travail, Commentaire Staempfli, 2013, art. 322 CO n<sup>os</sup> 12 à 14).

**3.4.5.2** L'art. 45G LMC/GE (version originale) disposait que les bénéficiaires perçoivent de la part des institutions partenaires un salaire dont le montant est au moins équivalent aux normes prévues par la loi sur les prestations cantonales accordées aux chômeurs en fin de droit du 18 novembre 1994 (aujourd'hui abrogée) ou celles découlant de la loi sur l'aide sociale individuelle du 22 mars 2007 (RS/GE J 4 04) (al. 1). Le Conseil d'Etat détermine des salaires minimaux sur préavis du Conseil de surveillance du marché de l'emploi (al. 2).

L'art. 43 RMC/GE (version originale) était ainsi rédigé :

<sup>1</sup> Le salaire mensuel brut de l'emploi de solidarité est de :

- a) 3000 [francs] pour une fonction ne requérant aucune formation spécifique ;
- b) 3500 [francs] pour une fonction conforme à la lettre a), mais occupée par un titulaire du certificat fédéral de capacité ou d'un diplôme professionnel équivalent ;
- c) 4000 [francs] pour une fonction spécialisée ou à responsabilités, dont l'exercice requiert impérativement un certificat fédéral de capacité ou un diplôme professionnel équivalent.

<sup>2</sup> Ces montants correspondent à un taux d'activité à plein temps sur la base de 40 heures hebdomadaires et 12 versements par an.

<sup>3</sup> L'office détermine le salaire adéquat après examen de l'emploi de solidarité concerné, ainsi que du dossier de son bénéficiaire potentiel.

**3.4.5.3** S'agissant des prestations de l'assuré, il ressort du contrat des 19 et 21 mai 2010 que l'assuré a été engagé en qualité d'employé polyvalent, sans plus de précision. L'employeur de l'assuré est une association active dans la défense et le développement de l'intégration

sociale individualisée des personnes qui vivent avec des déficiences physiques, mentales, psychiques et/ou des personnes éprouvant des difficultés d'adaptation sociale (selon les informations disponibles sur son site à l'adresse [...], consulté le 23 octobre 2015). Ces activités ne s'inscrivent pas dans une logique économique et ne découlent pas d'une nécessité du marché. Contrairement à ce que soutient le recourant, il est indifférent que les tâches accomplies par le bénéficiaire soient bien réelles et utiles à l'employeur pour atteindre ses buts. Dans son recours, le recourant admet d'ailleurs que les emplois de solidarité concernent des postes de travail non concurrentiels dans des secteurs peu attractifs pour le marché primaire (recours n° 2 p. 5) et ne fait pas la démonstration que l'activité de l'assuré poursuivait un intérêt économique.

Quant au salaire, il ressort du contrat des 19 et 21 mai 2010 que le salaire mensuel brut de l'assuré était fixé à 3000 francs "conformément à l'art. 43 du règlement d'exécution d'un emploi de solidarité [c'est-à-dire le RMC/GE]". Le salaire de l'assuré n'a donc pas été fixé librement par les parties ou selon l'usage, ni même en référence à une convention collective de travail ou un contrat-type. C'est la législation cantonale qui a servi de référence, sans qu'il ait été procédé à l'individualisation prévue à l'art. 43 al. 3 RMC/GE (ATF 134 I 269 consid. 4.4).

Il faut relever ici qu'une révision des règles relatives aux emplois de solidarité est entrée en vigueur le 19 décembre 2015 (lois cantonales genevoises des 18 septembre et 15 octobre 2015 modifiant la loi en matière de chômage [LMC/GE] [n<sup>os</sup> 11541 et 11754]). L'exposé des motifs expliquait que ces modifications étaient envisagées pour lever toute ambiguïté quant à la nature des emplois de solidarité. Il s'agissait de confirmer que c'étaient de véritables emplois, et ainsi d'assurer la prise en considération des périodes de travail accomplies dans ce cadre comme périodes de cotisation. Il était en particulier dit qu'avec cette révision les salaires *n'auraient plus été déterminés par le Conseil d'Etat, mais par l'employeur* (exposé des motifs [n° 11541] p. 5 ; art. 45H al. 1, 2 et 5 LMC/GE [nouvelle teneur ; ancien art. 45G LMC/GE]). Par ces mots, le recourant a admis que les salaires des emplois de solidarité sont bien fixés par les pouvoirs publics et non par le marché, ce qui est justement visé par l'art. 23 al. 3<sup>bis</sup> LACI.

**3.4.5.4** Le recourant avance encore plusieurs arguments tendant, sans succès, à démontrer que le mode de détermination du salaire de l'assuré ne s'opposerait pas à ce que l'on qualifie l'activité de l'assuré de contrat de travail dit normal.

**3.4.5.4.1** L'arrêt du Tribunal fédéral 8C\_184/2008 du 3 octobre 2008 (ATF 134 I 269) invoqué par le recourant ne lui est d'aucun secours. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral s'est uniquement prononcé sur la légalité de l'adoption de l'art. 43 RMC/GE (Salaires) sous l'angle de la séparation des pouvoirs (ATF précité consid. 3 à 5). Il ne s'est pas prononcé sur la question des rapports entre la législation cantonale genevoise sur les emplois de solidarité et le droit fédéral de l'assurance-chômage. Il est vrai que le Tribunal fédéral a affirmé à cette occasion que le bénéficiaire d'un emploi de solidarité a toujours la possibilité de saisir le juge civil dans l'hypothèse où la rémunération perçue ne serait pas conforme à une convention collective de travail éventuellement applicable (ATF précité consid. 6.6 *in fine*). Cela ne suffit cependant pas à renverser le fait que le salaire contractuel n'a pas été déterminé par les règles du marché (consid. 3.4.5.3).

L'art. 45G al. 2 LMC/GE précité dispose que le Conseil d'Etat détermine des salaires minimaux sur préavis du Conseil de surveillance du marché de l'emploi. Selon le Tribunal fédéral, le terme "minimaux" peut être compris en ce sens que le Conseil d'Etat est tenu de fixer des montants qui représentent un salaire garanti pour les intéressés. Il ne signifie pas nécessairement que les salaires doivent être individualisés ou déterminés de cas en cas en fonction des normes salariales pratiquées par l'institution partenaire (ATF précité consid. 4.4). Il s'ensuit *a contrario* que les salaires prévus dans le règlement sont bien la référence pour la fixation du salaire. D'ailleurs, en l'espèce, le contrat s'en tient au montant prévu par le règlement, soit 3000 francs (consid. 3.4.5.3).

**3.4.5.4.2** Il est tout aussi indifférent que les salaires prévus par le RMC/GE aient été établis après consultation de l'Office cantonal de l'inspection et des relations du travail en tenant compte des salaires usuels pour le type de profession le plus souvent proposé, tout en veillant à conserver une incitation à un retour vers le marché primaire du travail, comme le soutient le recourant (recours n° 9 p. 7). En effet, le simple fait que le salaire soit fixé par le règlement et non par le marché (ou encore la négociation collective) suffit à remplir le critère qui en fait une MMT visée par l'art. 23 al. 3<sup>bis</sup> LACI (consid. 3.4.5.1). Peu importe la procédure ayant conduit à l'adoption de ce règlement.

**3.4.5.4.3** Le recourant avance enfin qu'il serait contradictoire que l'on refuse des indemnités de chômage à une personne pour laquelle des cotisations sociales ont été versées (recours n° 10 p. 7). Avec l'autorité inférieure, il suffit pour écarter ce grief de rappeler qu'en matière

d'assurance-chômage, comme dans de nombreuses assurances sociales, l'obligation de cotiser est une question différente du droit aux prestations ; cela est conforme au système de la LACI et à la volonté du législateur (AUER, op. cit., p. 5 s. ; RUBIN, Assurance, p. 303 ss). L'obligation de cotiser découlait ici de la législation cantonale (art. 45D al. 4 LMC/GE) qui ne saurait l'emporter sur le droit fédéral de l'assurance-chômage (RUBIN, Commentaire, art. 113 LACI n<sup>os</sup> 3 s.).

**3.4.5.5** Il résulte de ce qui précède que ni les prestations de l'assuré pour son employeur ni son salaire ne s'inscrivaient dans une logique économique ni ne découlaient d'une nécessité du marché. Partant, selon ce critère aussi, l'activité de l'assuré était une MMT au sens de l'art. 23 al. 3<sup>bis</sup> LACI.

### **3.4.6**

**3.4.6.1** Enfin, pour que l'on puisse admettre que l'on a affaire à un contrat de travail dit normal, la durée du contrat doit découler du besoin en prestations lié au travail et non de considérations liées à l'accomplissement d'une période de cotisation propre à contribuer à permettre l'ouverture d'un droit aux prestations de chômage (RUBIN, Commentaire, art. 23 LACI n<sup>o</sup> 48).

**3.4.6.2** En l'espèce, le contrat a certes été conclu pour une durée indéterminée en application de l'art. 45G al. 4 LMC/GE. Cependant, si la durée du contrat doit être prise en compte lorsqu'il s'agit de distinguer un contrat du marché primaire et une MMT, ce n'est pas un critère en soi décisif dans la jurisprudence (p.ex. arrêt du TF 8C\_255/2014 du 23 mars 2015 consid. 5).

**3.4.7** Au surplus, le recourant invoque plusieurs arguments qui ne correspondent pas aux indices établis par la jurisprudence pour distinguer une MMT et un emploi dit normal (consid. 3.4.2.2 *in fine*).

**3.4.7.1** Le recourant rappelle que la loi modifiant la loi en matière de chômage (n<sup>o</sup> 9922) du 28 juin 2007 a obtenu l'approbation du Conseil fédéral le 12 septembre 2007 (art. 113 al. 1 2<sup>e</sup> phrase LACI). A ce sujet, quand bien même la légalité de la législation genevoise n'est pas en cause en l'espèce, on peut rappeler que l'approbation par la Confédération d'un acte législatif ou réglementaire cantonal ne fait pas obstacle à l'examen ultérieur de celui-ci par les autorités de recours cantonales et fédérales (ATF 114 II 40 consid. 3, 103 la 130 consid. 3a/3b ; arrêt du TF

2C\_160/2014 du 7 octobre 2014 consid. 1.3 ; en matière d'assurance-chômage : RUBIN, Commentaire, art. 113 LACI n° 5).

**3.4.7.2** Il est indifférent au regard de la jurisprudence que le contrat de travail de l'assuré – c'est le cas de tous les emplois de solidarité – ait revêtu la forme d'un contrat de droit privé (RUBIN, Commentaire, art. 23 LACI n° 45). Par voie de conséquence, sont dépourvus de pertinence la possibilité pour l'employeur de licencier le bénéficiaire – tel fut le cas en l'espèce –, la compétence de la justice civile pour trancher un éventuel litige et le fait que l'autorité cantonale ne soit pas elle-même partie au contrat lequel ne fait l'objet d'aucune décision de droit public (recours n°s 7 et 8 p. 6).

**3.4.7.3** Que le Département fédéral de l'économie ait salué le projet "Mary Poppins" quant à son efficacité pour la réinsertion des demandeurs d'emploi, comme le relève le recourant (recours n° 6 p. 6), n'est pas non plus pertinent. Seules comptent les règles sur les prestations de l'assurance-chômage ; la réinsertion sur le marché du travail est une autre question. Dans ce sens, comme le dit l'autorité inférieure, les emplois de solidarité ne sauraient être assimilés à des allocations d'initiation au travail (art. 65 ss LACI) dès lors que celles-ci supposent la conclusion d'un contrat de travail dit normal (RUBIN, Commentaire, art. 23 LACI n° 49 et 65-66 LACI n° 4) et sont limitées dans le temps (art. 66 al. 2 et 2<sup>bis</sup> LACI), ce qui n'est justement pas le cas des emplois de solidarité (art. 45G al. 4 LMC/GE [version originale]).

**3.4.8** Il ressort ainsi de l'analyse de l'activité de l'assuré que celle-ci ne résultait pas d'un contrat de travail dit normal, mais constituait au contraire une MMT au sens de l'art. 23 al. 3<sup>bis</sup> LACI.

**3.4.9** Reste à examiner si cette MMT était financée par les pouvoirs publics au sens de l'art. 23 al. 3<sup>bis</sup> LACI et de l'art. 38 al. 1 OACI.

**3.4.9.1** Interprétant l'art. 38 al. 1 OACI déjà cité (consid. 3.4.2.2), la jurisprudence a établi que *toutes* les mesures d'intégration professionnelle financées en tout ou en partie par les pouvoirs publics étaient visées par l'art. 23 al. 3<sup>bis</sup> LACI (ATF 139 V 212 consid. 4.1 *in fine* ; AUER, op. cit., p. 11). Sont concernés les financements directs et indirects par le biais par exemple de subventions de la Confédération, des cantons et des communes (RUBIN, Commentaire, art. 23 LACI n° 50). L'art. 38 OACI est conforme à la loi (ATF précité consid. 4.1) et à la Constitution fédérale (AUER, op. cit., p. 12).

**3.4.9.2** Selon l'art. 45G al. 5 RMC/GE (version originale), l'Etat contribue au paiement du salaire versé par l'institution partenaire. Cette contribution est déterminée par le département [de la solidarité et de l'emploi] en tenant compte des moyens financiers que l'institution dégage par son activité [...], ainsi que de la situation personnelle de l'intéressé [...]. Selon l'art. 45F al. 1 LMC/GE (version originale), l'Etat fixe, dans le cadre de l'élaboration de son budget annuel, l'enveloppe à disposition de ce programme et le nombre d'emplois de solidarité qu'il devrait permettre de créer sur le marché complémentaire de l'emploi.

**3.4.9.3** La part du salaire prise en charge par le recourant dans le cas particulier de l'assuré ne ressort pas du dossier. Le recourant n'a quoi qu'il en soit pas contesté dans ses écritures l'existence de ce financement. Le Tribunal ne voit d'ailleurs pas quelle autre raison que le soutien financier de l'Etat aurait pu pousser l'employeur de l'assuré à conclure un contrat relevant du dispositif des emplois de solidarité. On peut donc s'en tenir à la description générale de ce dispositif. Le recourant reconnaît dans ses écritures que les employeurs doivent être capables de supporter une partie des coûts seulement et que l'Etat participe bien au financement du salaire pour la partie non rentable (recours n° 2 p. 6). En moyenne, les pouvoirs publics cantonaux prennent en charge de 50 à 80% des salaires, charges sociales patronales comprises (selon les informations disponibles sur le site de l'autorité cantonale, à l'adresse : <https://www.ge.ch/emploi-solidarite/creation-eds.asp>, consulté le 23 octobre 2015). Partant, il faut retenir qu'une partie du salaire de l'assuré était bien prise en charge par les pouvoirs publics, en l'occurrence le recourant.

**3.4.9.4** Compte tenu de l'ensemble de ce qui précède, l'activité de l'assuré était bien une MMT financée par les pouvoirs publics au sens de l'art. 23 al. 3<sup>bis</sup> LACI.

**3.4.10** L'activité de l'assuré étant visée par l'art. 23 al. 3<sup>bis</sup> LACI, il faut en tirer les conséquences sur le plan du droit aux prestations de l'assurance-chômage.

**3.4.10.1** L'art. 23 al. 3<sup>bis</sup> LACI est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2011, c'est-à-dire durant l'activité de l'assuré auprès de son employeur (du 1<sup>er</sup> juin 2010 au 31 décembre 2012). La LACI ne règle pas spécifiquement la question de l'application de la loi dans le temps ; il faut donc s'en tenir aux principes généraux du droit intertemporel selon lesquels le champ d'application d'une loi est limité par le principe de la non-rétroactivité (p.ex. ATF 124 III 267 consid. 4e). De plus, une loi n'est pas rétroactive lorsqu'elle implique de

tenir compte d'éléments de faits antérieurs à son application, voire à son entrée en vigueur. Le fait antérieur – ici le contrat de l'assuré – sert seulement de preuve dans le cadre de l'application du nouveau droit (ATF 104 Ib 87 consid. 2a ; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, Droit administratif, vol. I, 3<sup>e</sup> éd. 2012, pp. 186 et 190 s.).

**3.4.10.2** En l'espèce, les gains réalisés étaient assurés avant l'entrée en vigueur de l'art. 23 al. 3<sup>bis</sup> LACI, mais pas au-delà de cette date (1<sup>er</sup> avril 2011). Le délai-cadre de cotisation de l'assuré a couru du 1<sup>er</sup> janvier 2011 au 31 décembre 2012 (art. 9 al. 3 LACI ; consid. 3.4.2.1). Durant cette période, l'assuré a cotisé valablement durant trois mois (soit du 1<sup>er</sup> janvier 2011 au 30 mars 2011), et non dix comme le retient à tort la décision attaquée, soit quoi qu'il en soit moins que les douze mois exigés (art. 13 al. 1 LACI). Partant, l'assuré n'avait pas droit aux prestations qui lui ont été octroyées par la Caisse cantonale.

**3.4.11** Reste à examiner si l'on peut reprocher à l'autorité cantonale de ne pas avoir pris de mesures pour éviter que les bénéficiaires des emplois de solidarité ne perçoivent des prestations de l'assurance-chômage.

**3.4.11.1** Les organes d'exécution désignés par les cantons, telle l'autorité cantonale, sont chargés de façon générale de l'application du régime de l'assurance-chômage (art. 113 LACI ; RUBIN, Commentaire, art. 113 LACI nos 1 et 3). Les cantons doivent collaborer à l'application de la loi, sous la surveillance de la Confédération (art. 76 al. 2 LACI). En vertu de l'art. 85 al. 1 let. f LACI, les autorités cantonales exécutent les prescriptions de contrôle édictées par le Conseil fédéral. Enfin, l'art. 38 al. 2 OACI confie expressément aux cantons le soin de veiller à l'application de l'art. 23 al. 3<sup>bis</sup> LACI ; par "canton", il faut comprendre "autorité cantonale" (RUBIN, Commentaire, art. 23 LACI n° 51). Cette disposition avait précisément pour but de prévenir toute tentative des autorités cantonales de mettre en œuvre des mesures susceptibles de contourner l'art. 23 al. 3<sup>bis</sup> LACI (RUBIN, ibidem).

**3.4.11.2** En l'espèce, l'autorité cantonale n'a pas pris les mesures exigées par l'art. 38 al. 2 OACI et le reconnaît explicitement (recours n° 11 p. 7). Partant, cette abstention doit être vue comme la violation grave et manifeste d'un devoir légal qui découlait du texte clair de la loi qui ne devait pas échapper à une autorité consciencieuse (consid. 3.4.1 ; RUBIN, Commentaire, art. 23 LACI n° 54 qui expose expressément la configuration de l'espèce).

**3.4.12** Les art. 23 al. 3<sup>bis</sup> LACI et 38 OACI ont à l'évidence pour but de protéger les intérêts patrimoniaux du lésé, à savoir la Confédération, L'abstention de l'autorité cantonale constitue donc en l'espèce la violation d'une norme de comportement ayant pour but de protéger le patrimoine de la Confédération (consid. 3.4.1). Partant, en l'absence de motifs justificatifs, l'abstention de l'autorité cantonale doit être vue comme un acte illicite.

### **3.5**

**3.5.1** Le dommage représente la différence entre la valeur d'un patrimoine à un moment de référence et la valeur qu'il aurait eue si l'acte illicite n'avait pas été commis (ATF 132 III 359 consid. 4 ; RUBIN, Commentaire, Rem. art. 82 ss LACI n° 16 ; IDEM, Assurance, p. 691 s.).

**3.5.2** En l'espèce, le rapport de révision du 18 septembre 2013 retient que les 69 indemnités à 118 fr. 90 versées du 1<sup>er</sup> janvier 2013 au 31 mai 2013 ne peuvent pas être reconnues, soit un total de 8204 fr. 10. La décision attaquée, prise le 3 décembre 2013, retient un montant de 21'068 fr. 50 pour la période du 1<sup>er</sup> janvier 2013 au 31 octobre 2013. Ni la décision attaquée ni le dossier de la cause n'expose le calcul de ce montant ; la décision attaquée précise seulement que le montant est établi "sur la base [des] gains non assurés mais cependant bien attestés par l'organisateur de l'emploi de solidarité". Le Tribunal relève que le recourant reprend, sans le contester, le montant demandé (recours, n° 8 p. 4) ; il argumente seulement sur le principe de sa responsabilité, qu'il n'estime pas engagée. Partant, le Tribunal retiendra un dommage subi par la Confédération de 21'068 fr. 50.

### **3.6**

**3.6.1** Il doit en principe exister un rapport de causalité naturelle et adéquate entre l'acte illicite et le dommage causé. Un fait est la cause naturelle d'un résultat s'il en constitue l'une des conditions sine qua non. En d'autres termes, il existe un lien de causalité naturelle entre deux événements lorsque, sans le premier, le second ne se serait pas produit ; il n'est pas nécessaire que l'événement considéré soit la cause unique ou immédiate du résultat (ATF 133 III 462 consid. 4.4.2 et les références citées). Un fait est la cause adéquate d'un dommage lorsque, d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie, il était propre à entraîner et paraît avoir favorisé effectivement (et non par ricochet) le résultat qui s'est produit (ATF 135 V 373 consid. 2.3 ; RUBIN, Commentaire, Rem. art. 82 ss LACI n° 15). Dans le cas d'une omission, le rapport de causalité entre

l'omission et le dommage résulte du constat que, en toute hypothèse, le préjudice ne se serait pas produit si l'auteur avait agi conformément au droit (causalité hypothétique). En cette matière, la jurisprudence n'exige pas une preuve stricte. Il suffit que le juge parvienne à la conviction qu'une vraisemblance prépondérante plaide pour un certain cours des événements (ATF 139 V 176 consid. 8.4.2 *in fine*, 133 V 14 consid. 9.2 et les références citées ; FRANZ WERRO, La responsabilité civile, 2<sup>e</sup> éd. 2011, n° 206 ss).

**3.6.2** En l'espèce, l'autorité cantonale avait un devoir légal d'agir (consid. 3.4.11). Aussi doit-on admettre que, selon le cours ordinaire des choses, si elle avait agi conformément au droit en donnant les instructions adéquates à la Caisse cantonale, le dommage causé à la Confédération (consid. 3.5.2) ne se serait pas produit. Partant, la condition de la causalité hypothétique est remplie.

### **3.7**

**3.7.1** L'acte illicite doit avoir été commis intentionnellement ou par négligence (art. 85g al. 1 *in fine* LACI). La responsabilité est ici fautive et non causale (ATF 135 V 98 consid. 4.2 *in fine*). En l'espèce, c'est l'omission qui doit être fautive.

La doctrine définit la faute comme un manquement de la volonté aux devoirs imposés par l'ordre juridique. Le responsable n'a pas agi conformément à ce que l'on était en droit d'attendre de lui, soit qu'il ait intentionnellement violé un devoir (faute intentionnelle), soit qu'il ait agi par négligence en ne faisant pas preuve de la diligence requise (FRANZ WERRO, in : Commentaire romand CO I, 2<sup>e</sup> éd. 2012, art. 41 CO n° 56 ; arrêt du TAF B-5547/2011 du 31 mai 2012 consid. 5.1). La faute grave ne s'oppose pas seulement à la faute légère, mais aussi à la faute intermédiaire ou moyenne (ATF 100 II 332 consid. 3a ; arrêt du TF 4A\_226/2013 du 7 octobre 2013 consid. 3.1).

Commet une faute grave, celui qui viole les règles les plus élémentaires de la prudence, négligeant les précautions qui se seraient imposées à l'évidence à toute personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances (ATF 128 III 76 consid. 1b ; arrêt du TAF B-5547/2011 précité consid. 5.1). La faute légère se définit comme le comportement objectif ou le manquement subjectif qui, sans être acceptable, n'est pas particulièrement répréhensible (ATF 104 II 259). Quant à la faute moyenne,

elle se définit de manière négative comme une faute qui n'est ni légère ni grave (ATF 100 II 332 consid. 3).

Il n'existe aucun critère strict permettant de distinguer entre faute grave et faute légère. Commet une faute grave celui qui viole un devoir élémentaire de prudence dont le respect s'impose à toute personne raisonnable placée dans la même situation (ATF 128 III 76 consid. 1b). Pour dire si la faute est grave, il faut l'apprécier de manière objective en tenant compte des circonstances d'espèce (arrêt du TF 4A\_226/2013 du 7 octobre 2013 consid. 3.1 ; arrêt du TAF B-5547/2011 précité consid. 5.1 ; sur l'ensemble du sujet : RUBIN, Commentaire, Rem. art. 82 ss LACI n° 18 ; IDEM, Assurance, p. 691 ; TOBIAS JAAG, Le système général du droit de la responsabilité, in : Favre/Martenet/Poltier [édit.], La responsabilité de l'Etat, 2012, p. 23 ss, p. 35 ; PIERRE ENGEL, Traité des obligations en droit suisse, 2<sup>e</sup> éd. 1997, p. 457).

**3.7.2** En l'espèce, disposant des ressources juridiques adéquates, l'autorité cantonale savait que le gain réalisé dans le cadre des emplois de solidarité n'était pas assuré ; elle connaissait en particulier la position de l'autorité inférieure sur cette question au moins depuis le courrier de cette dernière du 28 octobre 2011 (annexe n° 1 à la réponse). De même, elle ne pouvait pas ignorer qu'il lui appartenait de veiller à l'application de l'art. 23 al. 3<sup>bis</sup> LACI (art. 38 al. 2 OACI). De plus, elle est responsable de la mise en œuvre des emplois de solidarité (art. 39 ss RMC/GE) et la surveillance de la Caisse cantonale lui revient au travers du Département en charge de l'emploi dont elle relève (art. 1 al. 2 du règlement cantonal genevois du 27 juillet 2011 relatif à la caisse cantonale genevoise de chômage [RS/GE J 2 20.03]). Enfin, vingt-et-un mois séparent l'entrée en vigueur de l'art. 23 al. 3<sup>bis</sup> LACI (1<sup>er</sup> avril 2011) et le début du versement indu des prestations de l'assurance-chômage à l'assuré (1<sup>er</sup> janvier 2013).

Dans ces conditions, l'autorité cantonale aurait raisonnablement dû agir, de sorte qu'elle doit se voir reprocher un manquement fautif. Cette faute ne peut être considérée comme légère, compte tenu de la connaissance qu'elle avait de la situation juridique et de la durée de son inaction ; elle doit être vue comme grave et, partant, doit donner lieu à la réparation du dommage causé au sens de l'art. 85g al. 1 LACI. L'art. 114 al. 2 OACI dispose notamment que le canton responsable prend à sa charge 10'000 francs au plus par cas, à moins qu'il ait causé le dommage intentionnellement. La faute intentionnelle ayant été retenue ci-avant, cette limite ne trouve pas application dans le cas d'espèce.

**3.8** Il résulte de ce qui précède que toutes les conditions engageant la responsabilité du recourant au sens de l'art. 85g al. 1 et 2 LACI sont remplies.

#### **4.**

Le recourant avance que l'autorité inférieure connaissait la situation (et donc le dommage) au moins depuis son courrier du 12 septembre 2007, c'est-à-dire dès l'approbation de la loi par le Conseil fédéral (recours n° 3 p. 6) ; il avance également la date du 28 octobre 2011, c'est-à-dire celle d'un courrier de l'autorité inférieure exposant sa position sur le régime d'indemnisation des bénéficiaires des emplois de solidarité (réplique p. 2). L'autorité inférieure reconnaît que, "dès l'entrée en vigueur de l'art. 23 al. 3<sup>bis</sup> LACI", elle a informé l'autorité cantonale que les emplois de solidarité relevaient selon elle d'une mesure passerelle et non d'un contrat de travail (réponse n° 2 p. 4).

**4.1** Selon l'art. 85g al. 4 LACI, la responsabilité s'éteint si l'organe de compensation ne prononce pas une décision dans le délai d'un an après avoir eu connaissance du dommage, mais au plus tard dix ans après l'acte dommageable.

La péremption et, dans la mesure où l'Etat est ici créancier, la prescription doivent être constatées d'office par le Tribunal (ATF 112 V 6, 111 Ib 269 consid. 3a ; THIERRY TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, nos 745 et 747).

En matière d'extinction des obligations résultant de la responsabilité de l'Etat, le régime ordinaire est celui de la prescription (art. 20 de la loi fédérale du 14 mars 1958 sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires [loi sur la responsabilité, LRCF, RS 170.32] dont la rédaction est similaire à celle de l'art. 85g al. 4 LACI ; AUBRY GIRARDIN, op. cit., p. 142 s.). La doctrine parle cependant d'un délai de péremption et non de prescription à propos de l'art. 85g al. 4 LACI (RUBIN, Commentaire, Rem. art. 82 ss LACI n° 21 et art. 85g LACI n° 6). Cette question peut néanmoins être laissée ouverte. Que l'on soit en présence d'une péremption ou d'une prescription, les règles sur la computation du délai relatif d'extinction seraient les mêmes. Interprétant l'art. 20 LRCF en matière de responsabilité d'un organe de l'assurance sociale, le Tribunal fédéral a jugé que, par "connaissance du dommage", il faut entendre une connaissance telle que le demandeur puisse agir utilement, ce qui implique qu'il connaisse non seulement le dommage au sens strict, mais encore les autres conditions permettant de mettre en

cause la responsabilité (ATF 133 V 14 consid. 6). Dans ce cas, le Tribunal fédéral a jugé que le lésé pouvait agir au moment où il avait été informé du fait qu'un assuré avait été mis, à tort, au bénéfice d'une rente.

**4.2** En l'espèce, il faut souligner que la surveillance des caisses de chômage par l'autorité inférieure s'exerce par la révision de leurs comptes (art. 76 al. 2 et 110 LACI et 110 ss OACI). Avant la révision des comptes de la Caisse cantonale, la Confédération ne disposait pas des éléments lui permettant d'établir et de chiffrer son dommage ; sur le plan procédural, l'autorité inférieure ne pouvait d'ailleurs entreprendre aucune démarche. En revanche, après la révision des comptes (rapport du 18 septembre 2013), l'autorité inférieure a pris connaissance de la pratique genevoise, du cas particulier de l'assuré et du dommage chiffré subi par la Confédération ; elle pouvait alors agir utilement. Partant, la décision du 3 décembre 2013 est manifestement intervenue dans le délai relatif d'un an prévu à l'art. 85g al. 4 LACI. Que, dans son courrier du 24 septembre 2014, le recourant ait renoncé à l'exception de prescription soulevée dans son courrier du 1<sup>er</sup> juillet 2014 est par conséquent sans portée en l'espèce.

## **5.**

Compte tenu de l'ensemble de ce qui précède, la décision attaquée ne viole pas le droit fédéral et ne traduit pas un excès ou un abus du pouvoir d'appréciation. Elle ne relève pas non plus d'une constatation incomplète ou inexacte des faits et n'est pas inopportune (art. 49 PA). Mal fondé, le recours doit par conséquent être rejeté.

## **6.**

**6.1** Vu l'issue de la procédure, les frais de procédure comprenant l'émolument judiciaire et les débours doivent être mis à la charge du recourant qui succombe (art. 63 al. 1 PA et art. 1 al. 1 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). L'émolument judiciaire est calculé en fonction de la valeur litigieuse, de l'ampleur et de la difficulté de la cause, de la façon de procéder des parties et de leur situation financière (art. 2 al. 1 et 4 FITAF). En l'espèce, les frais de procédure doivent être fixés à 1000 francs et seront, dès l'entrée en force du présent arrêt, intégralement compensés par l'avance de frais d'un même montant déjà versée par le recourant le 20 février 2014.

**6.2** Il n'y a pas lieu d'allouer de dépens au recourant qui succombe ni à l'autorité inférieure qui est une autorité fédérale (art. 64 al. 1 PA en relation avec l'art. 7 al. 1 *a contrario* et 3 FITAF).

**7.**

L'art. 85 al. 1 let. a de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF, RS 173.110) relatif à la responsabilité des collectivités publiques vise non seulement les cas de responsabilité étatique prévus par le droit général de la responsabilité de l'Etat, mais aussi les responsabilités de l'Etat prévues par des lois spéciales comme en l'espèce (ATF 134 V 138 consid. 1.2.2 ; ALAIN WURZBURGER, in : Commentaire de la LTF, 2<sup>e</sup> éd. 2014, art. 85 LTF n° 13 qui cite l'art. 85g LACI). Le Tribunal fédéral n'entre en matière sur de tels recours que si la valeur litigieuse de 30'000 francs est atteinte (art. 85 al. 1 let. a LTF) ou si la contestation soulève une question juridique de principe (art. 85 al. 2 LTF). A cet égard, il incombe au recourant d'exposer en quoi l'affaire remplit la condition exigée à l'art. 85 al. 2 LTF (art. 42 al. 2 2<sup>e</sup> phrase LTF).

**Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :**

**1.**

Le recours est rejeté.

**2.**

Les frais de procédure, d'un montant de 1000 francs, sont mis à la charge du recourant. Ce montant sera compensé dès l'entrée en force du présent arrêt par l'avance de frais déjà versée de 1000 francs.

**3.**

Il n'est pas alloué de dépens.

**4.**

Le présent arrêt est adressé :

- au recourant (acte judiciaire)
- à l'autorité inférieure (n° de réf. [...] ; acte judiciaire)
- au Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche (acte judiciaire)

Le président du collège :

Le greffier :

Pietro Angeli-Busi

Yann Grandjean

**Indication des voies de droit :**

Pour autant que la contestation soulève une question juridique de principe au sens de l'art. 85 al. 2 LTF, la présente décision peut être attaquée devant le Tribunal fédéral, Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne, par la voie du recours en matière de droit public, dans les trente jours qui suivent la notification (art. 82 ss, 90 ss et 100 LTF). Le mémoire doit être rédigé dans une langue officielle, indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. La décision attaquée et les moyens de preuve doivent être joints au mémoire, pour autant qu'ils soient en mains du recourant (art. 42 LTF).

Expédition : 22 décembre 2015