

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1006/2020

ATAS/646/2020

COUR DE JUSTICE
Chambre des assurances sociales

Arrêt du 10 août 2020

6^{ème} Chambre

En la cause

A_____, sise à GENÈVE

recourante

contre

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

intimé

**Siégeant : Valérie MONTANI, Présidente ; Christine WEBER-FUX et Yda ARCE,
Juges assesseures**

EN FAIT

1. A_____ (ci-après : la société ou la recourante), dont le but est la fabrication, revente et sous-traitance de composants industriels, commerce, importation et exportation de pièces détachées dans le domaine de l'industrie, est sise _____ c/o B_____ à Genève. Monsieur C_____ est associé gérant et président de la société.
2. Par contrat du 11 octobre 2018, Monsieur D_____, né en 1978, (ci-après : l'assuré ou l'employé) a été engagé par la société comme directeur commercial.
3. La société a rempli un formulaire de demande d'allocation d'initiation au travail (AIT) pour l'employé. Le formulaire mentionne que l'employeur s'engage notamment à rembourser les allocations sur ordre de la caisse de chômage compétente, si le contrat de travail devait être résilié pendant la période d'initiation (hors période d'essai) ou dans les trois mois suivants la fin de l'AIT. Restent réservés les cas de démission de l'employé ainsi que le licenciement pour justes motifs au sens de l'art. 337 du Code des obligations (CO).
4. Par décision du 12 octobre 2018, l'Office cantonal de l'emploi (ci-après : l'OCE) a octroyé à la société une AIT pour la période du 15 octobre 2018 au 14 avril 2019. Cette décision mentionne que les allocations versées pourront être demandées en remboursement si le contrat est résilié en dehors du temps d'essai, et sans justes motifs, pendant la période d'initiation ou dans les trois mois qui suivent.
5. Par courriel du 10 janvier 2019, M. C_____ a écrit à l'assuré que, suite à l'entretien du 8 janvier, il lui confirmait son licenciement verbal devant témoin, non pas pour cause économique, mais bien pour une faute grave dont il l'avait averti à plusieurs reprises ; le 8 janvier il n'avait pas signé son dernier mail à l'attention de l'informaticien, il avait égaré des commandes mises de côté, il avait manqué de communication et fuit les problèmes liés aux délais de livraison lors d'un rendez-vous de « H_____ », il avait passé toute la journée sur son téléphone (notamment pour lire des messages de Jobup) et n'était pas concentré sur son travail. Dans tous les cas, il devait reprendre le travail à son retour de congé le 14 janvier.
6. Le 18 janvier 2019, la société, soit pour elle M. C_____, a écrit à l'assuré qu'il lui confirmait son licenciement du 8 janvier 2019, date de l'entretien de licenciement, au motif qu'il n'avait pas les compétences requises pour le poste ; l'assuré n'avait pas pris contact avec les clients ni relancé ceux-ci après l'élaboration des offres ; il avait refusé de tenir M. C_____ au courant de l'avancement des projets, de parler avec la production, de créer un tableau des coûts, de rentrer les données dans le système ERP et de prospecter de nouveaux clients. Courant décembre 2018, un autre poste lui avait été proposé, plus adapté à son expérience, qu'il avait refusé. Il était convaincu que l'assuré n'avait pas les compétences d'un directeur des ventes, ni même d'un commercial. Il ne lui avait pas fait remonter les informations. M. C_____ l'avait formé et intégré dans l'équipe mais il ne pouvait pas lui apprendre son métier ; l'assuré avait beaucoup de lacunes dans la vente et n'était pas un responsable ; il ne pouvait pas se permettre de payer une personne CHF 8'000.-

pour lui apprendre son métier ; il lui proposait de modifier le contrat, de trouver un arrangement / compromis, soit une fin de contrat pour le 28 février 2019 ou, en cas de désaccord, pour le 30 avril 2019.

7. Le 17 juin 2019, la société a rempli un formulaire de l'ORP de « bilan fin de mesure », en mentionnant une résiliation du contrat de travail pour manque de réelles compétences de l'employé en tant que vendeur et pour restructuration ; celui-ci ne s'était pas investi pour apprendre et avait mis la société en danger par son comportement et son attitude.
8. Le 2 juillet 2019, la société a rempli un questionnaire à l'attention de l'employeur en cas de licenciement, mentionnant un licenciement de l'employé pour manque de compétence, celui-ci n'ayant pas mis en place les objectifs fixés par la direction et ayant mis en péril la société.
9. Par décision du 3 octobre 2019, l'Office cantonal de l'emploi (ci-après : l'OCE) a révoqué la décision d'octroi des AIT du 12 octobre 2018, au motif que la société avait résilié le contrat de travail de l'assuré pour le 30 avril 2019, soit avant la fin de la mesure, sans invoquer de justes motifs.
10. Le 1^{er} novembre 2019, l'avocat de la société a écrit à l'avocate de l'assuré que celui-ci avait été licencié le 8 janvier 2019 car il n'était, et de loin, pas compétent pour le poste. Il n'avait réalisé aucun objectif ni aucunes tâches de son cahier des charges. Il était supposé être un directeur commercial chevronné, et ce n'était malheureusement pas le cas. Quoi que pouvait penser l'assuré de ses propres qualités, un employeur était en droit de licencier un employé lorsqu'il estimait qu'il ne correspondait pas aux besoins du poste. L'assuré lui-même avait d'ailleurs, par courriel du 11 janvier 2019, accusé réception de son congé et confirmé la fin des rapports de travail pour le 30 avril 2019. Il s'attendait même à une libération de son obligation de travailler. La société ne pouvant pas se permettre de rémunérer quelqu'un pendant des mois (à raison de plus de CHF 8'000.- / mois), elle ne l'avait pas libéré. L'assuré n'avait depuis cet instant plus rien voulu faire de concret au bureau, puis avait subitement subi un arrêt maladie de longue durée. En raison de l'incompétence de l'assuré, des clients de la société s'étaient plaints et la société avait même perdu des clients suite au comportement de l'assuré.
11. Le 1^{er} novembre 2019, la société, soit pour elle M. C_____, a fait opposition à la décision de l'OCE du 3 octobre 2019.

L'employé avait agacé l'ensemble du personnel par son caractère et son comportement ; un soutien lui avait été prodigué (formation - aide). Il lui était reproché l'absence de démarches commerciales auprès de clients existants ainsi que pour présenter la société, l'absence de visites chez les clients, de relance de ceux-ci et de suivi des offres. L'employé ne disposait pas des compétences nécessaires à la mise en avant et au développement commercial de la société et, par là même, compromettait toutes les chances de rendement et de développement de celle-ci ; il ne rentrait aucune commande et en maintenant son poste, la société était en péril ; le

remboursement de l'AIT pénalisait très fortement la société et ses six employés. Dans une note jointe à l'opposition, il était relevé que l'employé avait été licencié car son profil ne correspondait pas au poste ; avec la restructuration de la société et le refus d'occuper un poste adapté à ses compétences, le licenciement de l'employé était la seule solution.

12. Par décision du 20 février 2020, l'OCE a rejeté l'opposition de la société, au motif que si l'employé ne convenait pas pour le poste, la société pouvait se départir du contrat durant la période d'essai d'un mois et que si elle estimait avoir des motifs sérieux et justifiés pour licencier l'employé du fait de son comportement, ce qui n'était pas démontré, elle avait choisi la voie du licenciement ordinaire et donc renoncé à se prévaloir d'un licenciement pour justes motifs.
13. Le 19 mars 2020, la société, soit pour elle M. C_____, a recouru auprès de la chambre des assurances sociales de la Cour de justice à l'encontre de la décision du 20 février 2020 de l'OCE, en faisant valoir qu'elle n'avait pas l'infrastructure nécessaire pour regarder en détail tous les aspects d'embauche, que l'employé s'était présenté avec plein de certificats et de diplômes, qu'il s'était bien tenu durant le mois d'essai, en apprenant ce qu'il pouvait, puis s'était métamorphosé ; son comportement avait mis en difficulté les relations avec ses collègues, les clients et les fournisseurs ; la société n'était pas en mesure de rembourser ce montant.
14. Le 15 mai 2020, l'OCE a conclu au rejet du recours.
15. Le 29 juin 2020, la chambre de céans a entendu les parties en audience de comparution personnelle.

M. C_____ a déclaré : « Je suis associé-gérant et Président de A_____ qui est une Sàrl, depuis sa création en août 2016. Je suis également le gérant de B_____ qui est une société qui œuvre dans la production de fabrication d'outils de machine. La société a bénéficié d'une AIT pour M. D_____ du 15 octobre 2018 au 14 avril 2019.

Pour moi M. D_____ a commis des fautes graves dans son travail ; j'ai contacté par téléphone le conseiller de référence, M. E_____, début décembre 2018. Je lui ai indiqué que cela n'allait pas du tout avec M. D_____ ; je lui ai fait part de tous les problèmes que j'avais avec M. D_____, avec lequel il était devenu impossible de communiquer. Il m'avait même menacé de m'amener aux Prud'hommes. Il a changé de comportement après la fin de mois d'essai. J'ai dit au conseiller que je ne pouvais pas garder ce monsieur, je lui avais proposé un autre poste dans la société B_____ qu'il a refusé, j'étais déterminé à le licencier.

Le conseiller m'a dit que vu les circonstances je pouvais licencier M. D_____, mais que les AIT me seraient demandées en remboursement dans une décision et que je pourrais recourir contre celle-ci. Je connais bien les conditions de l'AIT car ma société a bénéficié d'autres employés avec AIT. Pour moi il y avait des motifs de licencier immédiatement M. D_____. Lorsque je lui en ai parlé il m'a menacé d'aller au Prud'hommes et a constitué un avocat. J'ai donc renoncé au licenciement

immédiat, sur conseil de mon avocat. Je savais que l'AIT allait m'être demandée en remboursement si je licenciais M. D_____ dans les délais ordinaires, toutefois, comme j'avais des justes motifs de licenciement, la demande de remboursement n'était pas justifiée. Pour moi il est clair que si un employeur ne commet aucune erreur et intègre l'employé dans son entreprise, on ne peut lui demander le remboursement de l'AIT même s'il licencie l'employé dans les délais ordinaires. C'est ce qu'il s'est passé avec M. D_____. Nous avons fait ce qu'il fallait pour l'intégrer et le former.

M. D_____ a commis de graves erreurs, notamment dans la commande auprès des clients, dont j'ai reçu plusieurs plaintes. Il envoyait des mails anonymes, il effaçait ses références pour les cacher des clients. Il a mis en danger la société. Dès le 15 octobre je l'ai formé notamment sur un programme ERP. Il a également été formé par un collègue qui quittait la société et lui a transmis des informations. Dès le mois de décembre 2018 j'étais en rupture et je me suis rendu compte que je ne pouvais plus travailler avec lui. Il me disait que le travail était compliqué et il faisait des erreurs volontaires. Je ne l'ai pas licencié avec effet immédiat pour des raisons humaines mais j'estime que j'avais des motifs pour le licencier immédiatement.

Nous avons eu un entretien le 7 décembre 2018 et j'ai informé M. D_____ qu'il n'aurait plus de contact avec les clients car j'avais l'intention d'engager une autre personne ce qui a été fait au 1er janvier 2019. A partir de cet entretien cela a été une catastrophe. Notamment il disait de façon erronée qu'il se rendait chez les clients alors que tel n'était pas le cas. Le 8 janvier 2019 nous avons eu un second entretien. Il a dit que de toute façon il partait. Je lui ai dit de partir. Il a ensuite pris des vacances et est revenu travailler jusqu'au 3 février, date à laquelle il m'a présenté un certificat médical. J'ai ensuite eu des échanges de mails avec le conseiller. Il me menaçait constamment de m'amener au Prud'hommes pour licenciement abusif. Il a été en arrêt maladie jusqu'à fin mai. J'avais proposé de partir pour fin février 2019 mais il a refusé. Le contrat a donc été rompu pour fin avril 2019. Il a ensuite rédigé un certificat de travail en me menaçant de m'amener aux Prud'hommes si je ne signais pas.

Sur le moment je n'ai pas réclamé l'AIT et j'ai moi-même avancé le salaire pour M. D_____, j'ai ensuite envoyé tous les documents en juin 2019, date à laquelle j'ai reçu le bilan de stage à retourner à l'AIT, en expliquant toute la situation, et en joignant la lettre de licenciement et tous les documents. J'ai ensuite reçu de la Caisse cantonale de chômage un montant de CHF 19'991.10. J'ai fait exprès de ne pas solliciter le versement de l'AIT pendant le contrat car je me suis rendu compte que la situation était compliquée et que je n'allais peut-être pas avoir droit à l'AIT. C'est pour cette raison que j'ai transmis tous les documents et raconté tout l'historique de la situation pour être sûr que si on me versait l'AIT elle m'était due et que je ne devrais pas la rembourser. Tous les documents ont été transmis à l'OCE. Lorsque j'ai reçu l'AIT j'ai pensé que j'y avait droit malgré toutes les explications que j'avais données et tous les documents que j'avais fournis.

J'ai fait mon maximum pour que M. D_____ soit intégré et formé. Je voulais éviter d'aller aux Prud'hommes à la suite de ses menaces. Je n'ai pas notifié par écrit des avertissements à M. D_____ mais je l'ai en revanche souvent averti par oral, en présence de témoin. Je lui ai signalé ce qui n'allait pas et j'ai évoqué un licenciement. Il me répondait toujours qu'il allait aller aux Prud'hommes.

Je verse à la procédure tous les documents en ma possession, notamment les échanges de mails avec le conseiller ».

La représentante de l'intimé a déclaré : « Vous attirez mon attention sur le fait que la décision d'AIT du 12 octobre 2018 indique seulement que les AIT pourront être demandées en remboursement si le contrat est résilié en dehors du temps d'essai et sans juste motif pendant la période d'initiation ou dans les trois mois qui suivent. J'admets que cette formulation n'est pas très claire, mais en revanche elle l'est dans la demande d'allocation ».

16.

La recourante a communiqué lors de l'audience un chargé de pièces, comprenant notamment :

- Une note de M. C_____ du 27 novembre 2018 relatant les clients insatisfaits du travail de l'employé.
- Un courriel du 9 janvier 2019 de M. C_____ à Monsieur F_____, conseiller en personnel de l'OCE - référent AIT, expliquant que, malgré les formations et diverses remarques et avertissements depuis le 15 octobre 2018, l'employé n'avait eu aucune prise de conscience ; il n'était pas possible de le former comme vendeur ; il demandait, au vu du contrat de travail, quelle était la solution, que devenait dans ce cas l'AIT, sachant que ce n'était pas la faute et la volonté de la société.
- Un courriel du 10 janvier 2019 de Monsieur E_____, conseiller en personnel - référent AIT, indiquant qu'il y avait deux solutions :
 - « 1. Il y a rupture totale de confiance et des fautes professionnelles grave et dans ce cas, licenciement immédiat pour justes motifs (mais cela ne semble pas le cas ou pas dans l'extrême). Dans ce cas, pas de révocations.
 - 2. Il y aura décision de révocation des allocations que je vous laisse attaquer dans les 30 jours en fournissant au Service Juridique une réponse avec tous les éléments factuels et en votre possession (lettre d'avertissement, échanges écrits, témoignages) et ceci afin qu'il ne vous soit pas demandé de restituer les allocations si le service juridique l'entend comme cela donc sous réserve de sa décision. »
- Un certificat médical du docteur G_____, FMH psychiatrie et psychothérapie, du 1^{er} février 2019 attestant d'une incapacité de travail totale de l'employé du 1^{er} au 28 février 2019.

-
- Un courrier de M. C_____ à la Caisse cantonale genevoise de chômage du 17 juin 2019, transmettant les décomptes de salaire de l'employé ainsi que les questionnaires mensuels pour les mois d'octobre 2018 à mai 2019, ceux-ci mentionnant en janvier 2019, un licenciement de l'employé et, pour les mois de février à mai 2019, une indemnité maladie versée à l'employé.
 - Un extrait du compte UBS de la société, attestant d'un versement le 20 juin 2019 de CHF 19'991.10 de la part de la Caisse cantonale genevoise de chômage.
 - Un courrier de M. C_____ du 28 juin 2020, selon lequel il admettait que la caisse devait se voir rembourser l'indemnité perte de gain en cas de maladie pour un arrêt maladie de l'employé de février et mars 2019.

17. Sur quoi 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), 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 en temps utile, le recours est recevable (art. 60 LPGA).
3. Le litige porte sur le bien-fondé de la décision sur opposition de l'intimé du 20 février 2020, de révoquer la décision d'octroi d'une AIT pour la période du 15 octobre 2018 au 14 avril 2019.
4. a. Selon l'art. 59 al. 1 et 1bis LACI, l'assurance alloue des prestations financières au titre des mesures relatives au marché du travail en faveur des assurés et des personnes menacées de chômage. Ces mesures comprennent des mesures de formation (section 2), des mesures d'emploi (section 3) et des mesures spécifiques (section 4).

L'art. 65 let. b et c LACI prévoit, au titre de mesures spécifiques, que les assurés dont le placement est difficile et qui, accomplissant une initiation au travail dans une entreprise, reçoivent de ce fait un salaire réduit, peuvent bénéficier d'allocations d'initiation au travail lorsque le salaire réduit durant la mise au courant correspond au moins au travail fourni et (let. b) qu'au terme de cette période, l'assuré peut escompter un engagement aux conditions usuelles dans la branche et la région, compte tenu, le cas échéant, d'une capacité de travail durablement restreinte (let. c).

L'art. 66 al. 1 et 2bis LACI prévoit que les AIT couvrent la différence entre le salaire effectif et le salaire normal que l'assuré peut prétendre au terme de sa mise

au courant, compte tenu de sa capacité de travail, mais tout au plus 60 % du salaire normal (al. 1). Les assurés âgés de 50 ans ou plus ont droit aux allocations d'initiation au travail pendant douze mois (al. 2bis).

Aux termes de l'art. 90 al. 3 OACI, l'autorité cantonale vérifie auprès de l'employeur si les conditions dont dépend l'octroi d'AIT sont remplies. Elle peut exiger que les conditions selon l'art. 65 let. b et c LACI fassent l'objet d'un contrat écrit.

b. Le Tribunal fédéral a retenu, à réitérées reprises, que la formule de confirmation de l'employeur relative à l'initiation au travail 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. Il 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 des assurances C 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 C 15/05 du 23 mars 2006, le Tribunal fédéral des assurances a confirmé que ce formulaire est une clause accessoire au contrat de travail, laquelle prime tout accord contenant des clauses contraires.

Lorsque l'octroi des AIT est soumis à la condition du respect du contrat de travail, il s'agit là d'une réserve de révocation qui a explicitement pour effet qu'en cas de violation des obligations contractuelles par l'employeur, notamment la durée minimale de l'engagement de l'assuré - sous réserve d'une résiliation pour justes motifs -, les conditions du droit aux allocations d'initiation ne sont pas remplies. Une telle réserve est tout à fait admissible au regard du but de la mesure, qui est de favoriser l'engagement durable de personnes au chômage dont le placement est fortement entravé, ainsi que d'éviter une sous-enchère sur les salaires, ainsi qu'un subventionnement des employeurs par l'assurance-chômage (ATF 126 V 45 consid. 2a et les références).

c. Selon le Bulletin LACI/MMT J 27, janvier 2019, du SECO, l'employeur s'engage à remplir un certain nombre d'obligations. Afin que l'employeur soit parfaitement informé, il est ainsi recommandé d'introduire une clause dans la Demande et confirmation relative à l'initiation au travail qui protège les assurés contre les licenciements pendant les AIT et/ou durant une période après l'échéance des AIT. Cela signifie que le contrat de travail ne peut être résilié durant les périodes précitées. L'employeur peut ainsi être tenu de restituer les allocations perçues si les rapports de travail sont résiliés sans justes motifs (art. 337 al. 2 CO) avant l'échéance du délai indiqué par l'autorité compétente ; cette restitution s'opère conformément à l'art. 95 al. 1 LACI. S'il apparaît après le début de l'initiation que celle-ci ne pourra raisonnablement être menée à bien, le rapport de travail doit être

cependant résilié. L'autorité compétente doit être avisée au préalable du possible échec de l'initiation afin de tenter de rétablir l'entente entre le travailleur et l'employeur.

5. a. L'art. 337 CO dispose que 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 tel le fait que le travailleur a été sans sa faute empêché de travailler (al. 3).

Selon la jurisprudence, la résiliation immédiate pour justes motifs, qui constitue une mesure exceptionnelle, doit être admise de manière restrictive. Elle n'est pas destinée à sanctionner un comportement isolé et à procurer à l'employeur une satisfaction (arrêt du Tribunal fédéral 4A_60/2014 du 22 juillet 2014 consid. 3.1).

En règle générale, seule une violation particulièrement grave des obligations contractuelles peut justifier une telle résiliation ; si le manquement est moins grave, il ne peut entraîner une résiliation immédiate que s'il a été répété malgré un avertissement. Les manquements doivent objectivement être de nature à détruire le lien de confiance essentiel dans des rapports de travail, ou à tout le moins de l'ébranler si sérieusement que la poursuite du contrat ne peut pas être exigée. Ils doivent en outre avoir concrètement conduit à une telle érosion des liens de confiance (ATF 130 III 213 consid. 3.1).

Une prestation du travailleur mauvaise ou insuffisante n'est pas à elle seule un motif de licenciement immédiat. Un renvoi immédiat ne peut se justifier que si les carences sont si graves qu'elles empêchent de satisfaire même les exigences minimales du poste (Christian FAVRE / Charles MUNOZ / Rolf A. TOBLER, Le contrat de travail, Lausanne 2001, art. 337 CO n. 1.11). 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).

b. Selon la jurisprudence, l'employeur doit notifier le licenciement immédiat dès qu'il a connu le juste motif dont il entend se prévaloir, ou au plus tard après un bref délai de réflexion. S'il tarde à réagir, il est présumé avoir renoncé au licenciement

immédiat ; à tout le moins, il donne à penser que la continuation des rapports de travail est possible jusqu'à la fin du délai de congé (ATF 127 III 310 consid. 4b).

Comme juste motif de résiliation, seul un fait qui s'est produit avant le prononcé de résiliation entre en considération. L'employeur ne peut par ailleurs plus se prévaloir a posteriori de faits dont il avait connaissance au moment du licenciement (ATF 142 III 579 consid. 4.3 p. 580).

Le Tribunal fédéral a jugé que, s'agissant des AIT, il n'est pas exclu de considérer une résiliation comme étant survenue pour de justes motifs, même si cela n'est pas mentionné dans la lettre de résiliation, pour autant que les motifs invoqués par la suite fassent apparaître comme non exigible la continuation des rapports de travail (ATF 126 V 42 consid. 3 p. 46 s.; arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 15/05 du 23 mars 2006 consid. 4.3; arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 14/02 du 10 juillet 2002 consid. 4). Il faut toutefois que les justes motifs invoqués après la résiliation soient en étroite corrélation avec les motifs figurant dans la lettre de licenciement (arrêt du Tribunal fédéral des assurances sociales C 4/02 du 10 juillet 2002).

6. 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 ; la vraisemblance prépondérante suppose que, d'un point de vue objectif, des motifs importants plaident pour l'exactitude d'une allégation, sans que d'autres possibilités ne revêtent une importance significative ou n'entrent raisonnablement en considération (ATF 139 V 176 consid. 5.3 et les références). 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).
7. a. En l'espèce, la décision d'octroi de l'AIT du 12 octobre 2018, indique que les allocations versées pourront être demandées en remboursement si le contrat est résilié en dehors du temps d'essai et sans justes motifs, pendant la période d'initiation ou dans les trois mois qui suivent. Cette obligation fait partie des conditions d'octroi de l'AIT.

L'assuré a été licencié pendant la période d'initiation, au sens de la décision précitée, moyennant le respect d'un délai de congé de trois mois, en raison d'inaptitudes professionnelles. La recourante a en effet relevé que l'employé n'avait pas les compétences requises pour le poste de directeur des ventes (courriers de M. C _____ à l'assuré du 18 janvier 2019 et de l'avocat de la société à celui de

l'assuré du 1^{er} novembre 2019). Le licenciement n'a ainsi pas été prononcé de façon immédiate pour justes motifs au sens de l'art. 337 CO.

En conséquence, ce licenciement entraîne, selon la décision du 12 octobre 2018, l'obligation de rembourser l'AIT octroyée.

b. M. C _____ se prévaut toutefois de l'existence de justes motifs de licenciement, au sens de l'art. 337 CO ; il a en effet déclaré lors de l'audience du 29 juin 2020 qu'il estimait que l'employé avait commis des fautes graves qui auraient justifié un licenciement avec effet immédiat. Les manquements invoqués (erreurs de commandes, mails sans signature, manque de proactivité, mensonges quant à sa présence à des rendez-vous avec des clients ainsi qu'une inadéquation dans les relations avec les clients, corroborées par une note du 27 novembre 2018 de la société qui mentionne des problèmes de comportement de l'employé avec des clients, lesquels se sont plaints, sont insatisfaits et très mécontents), certes graves et de nature à rompre le lien de confiance entre les parties, n'ont cependant pas été mentionnés comme tels dans la lettre de licenciement du 18 janvier 2019.

Celle-ci souligne en effet uniquement l'incompétence de l'employé, lequel présentait beaucoup de lacunes dans la vente, ainsi que sa passivité face aux tâches qui lui étaient demandées ; il est également relevé qu'un autre poste plus adapté à son expérience lui a même été proposé en décembre 2018, la société ne pouvant se permettre de lui apprendre son métier.

Les fautes graves invoquées postérieurement par M. C _____ ne sont ainsi pas en étroite corrélation avec les motifs invoqués dans la lettre de licenciement, de sorte que la recourante ne peut se prévaloir, nonobstant le licenciement ordinaire prononcé, de la présence de justes motifs au sens de l'art. 337 CO.

8. a. A ce stade, la question peut se poser de savoir si la notion de « justes motifs », énoncée dans la décision d'octroi de l'AIT, doit être comprise par l'employeur comme étant limitée aux motifs justifiant un licenciement immédiat. Il en est de même du formulaire de demande d'AIT, même si celui-ci comprend, en plus, la référence à l'art. 337 CO. En effet, la notion de « justes motifs » n'est pas claire comme le serait celle de « licenciement avec effet immédiat pour justes motifs au sens de l'art. 337 CO », le licenciement immédiat étant une notion plus évidente à comprendre par l'employeur non familiarisé avec les termes juridiques, que celle de licenciement pour justes motifs. Cette question peut toutefois rester ouverte ; en l'espèce la recourante ayant admis qu'elle connaissait, au vu de la réponse donnée par le référent AIT, la conséquence d'un licenciement ordonné au cours de la mesure d'insertion, soit l'obligation de rembourser l'AIT.

On ajoutera cependant que la recourante a indiqué qu'elle pensait néanmoins pouvoir obtenir l'annulation de la demande de remboursement. A cet égard, le référent AIT a évoqué, dans son courriel du 10 janvier 2019, de façon sibylline, la possibilité de contester l'obligation de restituer auprès du service juridique de l'OCE, en laissant entendre que la recourante, dans le cadre de cette procédure,

pourrait faire valoir des motifs valables de licenciement, qu'il jugeait cependant lui-même comme ne pouvant être dans le cas d'espèce des justes motifs (point 1 et 2 du courriel précité) ; par ailleurs, l'information donnée n'est pas complète dès lors qu'elle ne rappelle pas à la recourante (comme cela aurait pu être le cas dans un troisième point) qu'un licenciement prononcé plus de trois mois après la fin de la mesure n'entraîne aucune obligation de rembourser les AIT.

b. A cet égard, le devoir de conseil de l'assureur social au sens de l'art. 27 al. 2 LPGGA comprend l'obligation d'attirer l'attention de la personne intéressée sur le fait que son comportement pourrait mettre en péril la réalisation de l'une des conditions du droit aux prestations (ATF 131 V 472 consid. 4.3). Il s'étend non seulement aux circonstances de fait déterminantes, mais également aux circonstances de nature juridique (SVR 2007 KV n° 14 p. 53 et la référence). Son contenu dépend entièrement de la situation concrète dans laquelle se trouve l'assuré, telle qu'elle est reconnaissable pour l'administration. Aucun devoir de renseignement ou de conseil au sens de l'art. 27 LPGGA n'incombe à l'institution d'assurance tant qu'elle ne peut pas, en prêtant l'attention usuelle, reconnaître que la personne assurée se trouve dans une situation dans laquelle elle risque de perdre son droit aux prestations (ATF 133 V 249 consid. 7.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_557/2010 consid. 4.1).

Le défaut de renseignement dans une situation où une obligation de renseigner est prévue par la loi, ou lorsque les circonstances concrètes du cas particulier auraient commandé une information de l'assureur, est assimilé à une déclaration erronée qui peut, sous certaines conditions, obliger l'autorité (en l'espèce l'assureur) à consentir à un administré un avantage auquel il n'aurait pu prétendre, en vertu du principe de la protection de la bonne foi découlant de l'art. 9 Cst. (ATF 131 V 472 consid. 5). Ce principe protège le citoyen dans la confiance légitime qu'il met dans les assurances reçues des autorités lorsqu'il a réglé sa conduite d'après des décisions, des déclarations ou un comportement déterminé de l'administration (ATF 141 V 530). D'après la jurisprudence, un renseignement ou une décision erronés de l'administration peuvent obliger celle-ci à consentir à un administré un avantage contraire à la réglementation en vigueur, à condition que (a) l'autorité soit intervenue dans une situation concrète à l'égard de personnes déterminées, (b) qu'elle ait agi ou soit censée avoir agi dans les limites de ses compétences et (c) que l'administré n'ait pas pu se rendre compte immédiatement de l'inexactitude du renseignement obtenu. Il faut encore qu'il se soit fondé sur les assurances ou le comportement dont il se prévaut pour (d) prendre des dispositions auxquelles il ne saurait renoncer sans subir de préjudice, et (e) que la réglementation n'ait pas changé depuis le moment où l'assurance a été donnée (ATF 131 II 627 consid. 6.1 et les références citées). Ces principes s'appliquent par analogie au défaut de renseignement, la condition (c) devant toutefois être formulée de la façon suivante : que l'administré n'ait pas eu connaissance du contenu du renseignement omis ou que ce contenu était tellement évident qu'il n'avait pas à s'attendre à une autre

information (ATF 131 V 472 consid. 5; arrêt du Tribunal fédéral 8C_601/2009 du 31 mai 2010 consid. 4.2).

c. En l'occurrence, malgré l'information peu claire donnée par le référent AIT à la recourante, celle-ci a néanmoins été avertie d'une obligation de restituer l'AIT en cas de licenciement ordinaire et d'une contestation possible de celle-ci, dont l'issue dépendrait de l'avis du service juridique de l'intimé. On ne saurait, dans ces conditions, considérer que la recourante a reçu des assurances de la part de l'autorité quant au fait que ce service juridique annulerait la demande de remboursement des AIT.

A cet égard, l'attention de l'intimé est néanmoins attirée sur le fait que les renseignements donnés par les référent-es AIT aux employeurs concernés, qui s'adressent précisément à eux afin de déterminer leurs possibilités concrètes d'action dans une situation donnée, se doivent d'être parfaitement clairs, alors qu'il a déjà été constaté que tel n'était pas le cas (à cet égard ATAS/272/2019 du 1^{er} avril 2019) et que tel n'est pas le cas non plus en l'espèce, même si la recourante ne peut en tirer aucun droit.

9. La décision litigieuse ne peut ainsi qu'être confirmée.

La recourante ayant fait valoir, dans ses écritures, sa difficulté à rembourser la somme réclamée ainsi que sa bonne foi, la cause sera transmise à l'intimé au titre de demande de remise.

Il incombera à l'intimé d'examiner la bonne foi de la recourante en tenant compte du fait que l'AIT n'a été versée que le 20 juin 2019 par la Caisse cantonale genevoise de chômage, alors que la recourante avait clairement indiqué à celle-ci que l'employé avait été licencié en janvier 2019, soit pendant la mesure d'initiation.

**PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :**

Statuant

À la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. Le rejette.
3. Transmet la demande de remise à l'intimé comme objet de sa compétence.
4. Dit que la procédure est gratuite.
5. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110); le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière

La présidente

Julia BARRY

Valérie MONTANI

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