

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1209/2009

ATAS/1268/2009

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 5

du 14 octobre 2009

En la cause

Monsieur M _____, domicilié Restaurant X _____ à
GENEVE

recourant

contre

OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI, service juridique, sis rue
des Glacis-de-Rive 6, GENEVE

intimé

**Siégeant : Maya CRAMER, Présidente; Christine BULLIARD MANGILI et Monique
STOLLER FÜLLEMANN, Juges assesseurs**

EN FAIT

1. Monsieur M_____ (ci-après l'employeur, puis le recourant) exploite le restaurant X_____.
2. Par lettre du 26 août 2008, il a licencié Mme M_____, son épouse, pour le 30 septembre 2008 au motif qu'il n'avait pas assez de clients pour faire tourner le restaurant et qu'il lui était dès lors difficile de garantir le paiement de son salaire.
3. Dès le 1^{er} septembre 2008, l'employeur a engagé Mme N_____ en tant que serveuse pour une durée indéterminée.
4. Le 3 octobre 2008, cette dernière a requis une allocation de retour en emploi (ci-après: ARE) pour une durée de douze mois du 1^{er} septembre 2008 au 31 août 2009 dans le restaurant de l'employeur.
5. A la même date, l'employeur a rempli et signé le formulaire "Proposition de l'employeur relative à l'allocation de retour en emploi" pour Mme N_____, en précisant qu'il sollicitait une ARE de douze mois du 1^{er} septembre 2008 au 31 août 2009 pour l'engagement de cette dernière en tant que serveuse dans son restaurant. Sur ce formulaire, il est relevé que l'entrée en fonction est subordonnée à la réception de la décision d'octroi de l'ARE. Par ailleurs, l'employeur déclare avoir reçu la "documentation des conditions générales" y relatives.
6. Le 7 octobre 2008, l'épouse de l'employeur a informé le Service des mesures cantonales (ci-après: SMC) qu'elle avait été licenciée pour des raisons économiques et a demandé à ce qu'on lui explique les démarches à suivre pour pouvoir à nouveau bénéficier des mesures cantonales.
7. Par lettre du 31 octobre 2008, l'employeur a résilié le contrat de travail de Mme N_____ avec effet au 30 novembre 2008, au motif que le restaurant ne fonctionnait pas et qu'il était dans l'obligation de le fermer définitivement à fin novembre 2008.
8. Par décision du 10 novembre 2008, le SMC a informé l'employeur qu'il ne pouvait pas entrer en matière sur la demande d'ARE de Mme N_____ dès lors qu'il avait licencié Mme M_____ pour des raisons économiques, pour pouvoir engager la première.
9. Par courrier du 17 novembre 2008, l'employeur s'est opposé à cette décision. Il a expliqué que le dossier n'avait pas été très clair dès le départ. M. O_____ du SMC lui avait présenté le dossier de Mme N_____ à la fin du mois d'août 2008 et l'employeur avait alors accepté d'engager cette dernière dès le 1^{er} septembre, après que M. O_____ lui ait fait la promesse que le SMC l'aiderait à hauteur de 50% du salaire pendant une année. Par la suite, l'employeur avait fait

signer à sa serveuse un contrat de durée indéterminée que celle-ci avait envoyé à M. O _____. Le 14 octobre 2008, celui-ci s'était présenté dans son établissement pour signer avec lui "le contrat qui donne le droit à l'aide des mesures cantonales". L'employeur a par ailleurs exposé que, déjà pendant le premier mois de l'engagement, il avait eu beaucoup de peine à payer le salaire dû, son restaurant ne fonctionnant pas. Il s'est étonné à cet égard n'avoir reçu une réponse de la part du SMC qu'après avoir envoyé une lettre de licenciement à son employée. Il a en outre relevé qu'il avait également licencié son cuisinier pour fin novembre 2008. Ces deux employés l'avaient quitté le 31 octobre à 10h00 du matin, en plein service, en lui indiquant par téléphone qu'ils étaient partis parce que M. O _____ leur avait dit de le faire. Concernant le licenciement de son épouse, l'employeur a expliqué avoir résilié le contrat de travail en raison du fait qu'il ne pouvait lui garantir son salaire et qu'il n'y avait pas de place pour trois employés dans son établissement. Enfin, il a affirmé qu'il n'aurait jamais engagé du personnel, sans la promesse du SMC de l'aider à hauteur de 50% des salaires pendant une année, mais aurait travaillé seul avec son épouse, comme il le faisait maintenant.

10. Par décision sur opposition du 3 mars 2009, l'Office cantonal de l'emploi (ci-après : OCE) a rejeté l'opposition, en précisant que si l'employeur mettait un terme au contrat de travail avant la fin de la durée totale de la mesure, il était tenu de restituer à l'Etat la participation au salaire reçue. Les directives du SMC précisait par ailleurs que lorsqu'une entreprise avait licencié une personne dans le but d'engager une autre par le biais de l'ARE, elle ne pouvait pas bénéficier de cette prestation. Or, l'employeur avait licencié Mme M _____ pour pouvoir engager Mme N _____. De surcroît, il avait mis fin au contrat de travail de cette dernière prématurément.
11. Par lettre du 2 avril 2009, l'employeur recourt contre cette décision, en concluant implicitement à son annulation et à l'octroi de l'ARE. Il explique qu'il n'avait pas besoin d'une serveuse à 100% en septembre 2008, dès lors que son établissement ne fonctionnait pas. Cependant, lorsque M. O _____ lui a proposé Mme N _____ et lui a promis une aide de 50% du salaire pendant une année, il a accepté de l'engager. Plus d'un mois s'était passé entre le début du contrat de travail et la signature du contrat pour cette allocation. Le recourant estime que ce n'est pas normal et que le retard pour lui faire signer la demande d'ARE était prémédité. Il allègue en outre que l'octroi de l'ARE avait été accepté et que le SMC avait donné un avis favorable le 14 octobre 2008. Toutefois, M. O _____ s'était opposé à cet avis favorable lorsqu'il a appris le licenciement de sa serveuse. Le recourant explique ensuite qu'il a donné le congé à cette dernière pour des raisons économiques, mais que celle-ci n'était de plus ni rentable, ni aimable avec la clientèle. De surcroît, elle était encore en période d'essai. Maintenant, il est tenu de payer deux mois de salaire, voire trois, puisque l'employée lui réclame également un mois de salaire pendant la période de résiliation. Enfin, le licenciement de son épouse n'avait rien à voir avec l'engagement de l'employée en cause.

12. Dans son préavis du 12 mai 2009, l'intimé conclut au rejet du recours, en se référant à sa décision sur opposition, en ce qui concerne la motivation.
13. Entendu le 26 août 2009 en audience de comparution personnelle des parties, le recourant déclare ce qui suit :

"J'ai ouvert mon restaurant le 1^{er} juillet 2008. J'ai dû me séparer de Mme M_____, car mon restaurant marche mal et elle avait un salaire élevé (5'000 fr. par mois). Néanmoins, j'ai engagé pour le 1^{er} septembre Mme P_____. C'est M. O_____ qui me l'avait présentée autour du 27/28 août. Il m'a dit que je pourrais bénéficier d'une ARE pour cette employée à raison de 50% de son salaire. Je n'ai pas dit à M. O_____ que je venais de licencier Mme M_____.

Plus d'un mois après, j'ai seulement signé le formulaire pour l'obtention de l'ARE, probablement le 3 octobre, date qui figure sur ce formulaire.

Comme M. O_____ m'avait assuré que je pourrais bénéficier de l'ARE pour Mme P_____, j'ai accepté de l'engager avant même de recevoir la décision formelle y relative. Je précise à cet égard que je connaissais déjà M. O_____ et que j'avais bénéficié précédemment de l'ARE pour deux cuisiniers (l'un a remplacé l'autre). Le premier cuisinier avait été engagé le 2 juillet et j'ai signé le formulaire pour l'obtention de l'ARE une semaine après, soit le 10 juillet 2008. j'étais donc en confiance.

J'ai reçu les conditions, auxquelles on peut bénéficier de l'ARE, lors de l'engagement du premier cuisinier. A l'époque c'était Mme Q_____ qui m'avait présenté cet employé."

L'intimé fait les déclarations suivantes à cette audience :

"Normalement, il convient effectivement d'attendre la décision formelle d'octroi de l'ARE. Cependant, dans la réalité, ça n'arrange souvent pas la personne au chômage qui est en fin de droits ou l'employeur qui a besoin de quelqu'un immédiatement. Cela explique pourquoi les personnes sont parfois engagées avant même cette décision formelle. Je précise par ailleurs que les dossiers pour les ARE doivent être soumis à une commission tripartite.

J'ignore si M. O_____ a attiré l'attention du recourant sur le fait qu'il engageait en l'occurrence Mme P_____ à ses risques et

périls, tant qu'il n'avait pas reçu la décision d'octroi formelle de l'ARE.

J'ignore pourquoi Mme M_____ a informé le SMC qu'elle a été licenciée."

14. Par courrier du 1^{er} septembre 2009, l'intimé transmet au Tribunal de céans les conditions générales de l'ARE remises à l'employeur lors de l'engagement de Mme N_____. Ces conditions reprennent les art. 30 à 41 de la loi cantonale en matière de chômage.
15. Sur ce, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 56V al. 1 let. a ch. 8 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 22 novembre 1941 (LOJ ; RS E 2 05), le Tribunal cantonal des assurances sociales 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) qui sont relatives à la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, du 25 juin 1982 (Loi sur l'assurance-chômage, LACI ; RS 837.0).

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

2. Interjeté dans les délai et forme prescrits par la loi, le recours est recevable (art. 56 ss LPGA).
3. Est litigieuse en l'espèce la question de savoir si le recourant peut bénéficier de l'ARE pour l'employée qu'il a engagée à compter du 1^{er} septembre 2008.
4. Aux termes de l'art. 30 de la loi cantonale en matière de chômage du 11 novembre 1983 (LMC; RS J 2 20), les chômeurs ayant épuisé leur droit aux indemnités fédérales et les personnes à la recherche d'un emploi après avoir exercé une activité indépendante peuvent bénéficier d'une ARE s'ils retrouvent un travail salarié auprès d'une entreprise active dans le canton de Genève. L'autorité compétente intervient par des actions et promotions auprès des entreprises, afin de mettre des places de travail à disposition des chômeurs (al. 3).

Selon l'art. 32 al. 1 et 2 LMC:

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

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

Par ailleurs, l'art. 34 al. 2 let. b LMC, sous le titre "Choix de l'entreprise" prévoit ce qui suit:

"2 Pour être agréée, l'entreprise ne doit pas :

(...)

b) avoir licencié sans motif un travailleur, dans le but d'engager un chômeur pouvant prétendre à l'allocation de retour en emploi".

5. En l'espèce, le recourant a certes licencié Mme M_____, avant d'engager Mme N_____. Toutefois, s'agissant de son épouse, ce licenciement n'est éventuellement pas suffisant pour lui faire perdre de ce fait le droit à l'ARE. En tout état de cause, cette question peut rester ouverte au vu de ce qui suit.

Il appert en effet qu'aux termes de l'art. 32 al. 2 LMC, l'employeur est tenu de restituer à l'Etat la participation aux salaires reçue, s'il résilie le contrat de travail avant la fin de la mesure, laquelle est de douze mois consécutifs pour les chômeurs de moins de 55 ans au moment du dépôt de la demande, selon l'art. 35 al. 1 let. a LMC. Or, en l'espèce, le recourant a précisément résilié le contrat de travail de Mme N_____ deux mois après son engagement pour la fin du mois suivant. Il ne remplit dès lors plus les conditions légales pour bénéficier de l'ARE.

6. Le recourant ne saurait non plus se prévaloir d'une violation du principe de la bonne foi. En effet, il a été dûment informé des conditions auxquelles l'octroi de l'ARE est subordonné, par la communication des dispositions légales applicables. Par ailleurs, il ne le conteste pas. Ainsi, il devait savoir que s'il ne pouvait garder son employée, il perdait le droit à l'ARE. La loi ne prévoit par ailleurs aucune exception à ce principe, même lorsque l'employeur doit renoncer au service d'un employé pour des raisons économiques.
7. Au vu de ce qui précède, le recours sera rejeté.

**PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :**

Statuant

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. Le rejette.
3. Dit que la procédure est gratuite.
4. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF); 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

Claire CHAVANNES

Maya CRAMER

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties par le greffe le