



POUVOIR JUDICIAIRE

A/1285/2019

ATAS/898/2019

COUR DE JUSTICE
Chambre des assurances sociales

Arrêt du 1^{er} octobre 2019

9^{ème} Chambre

En la cause

A_____ SA, sise M. B_____, à MEYRIN, représentée par CAP
Compagnie d'assurance de protection juridique SA

recourante

contre

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

intimé

**Siégeant : Eleanor McGREGOR, Présidente; Maria COSTAL et Andres PEREZ, Juges
assesseurs**

EN FAIT

1. A_____ SUISSE SA (ci-après : l'employeur) est une entreprise dont le but est le commerce, la création et l'exportation de tous produits en matière de ferronnerie, serrurerie, construction métallique, clôture et forge. B_____ en est administrateur, avec signature individuelle.
2. Le 6 avril 2017, A_____ SA a déposé auprès de l'office cantonal de l'emploi (ci-après : OCE) une demande d'allocation de retour en emploi (ci-après : ARE) en faveur de Monsieur C_____ (ci-après : l'employé) pour une activité de sableur/peintre à 100 % dès le 1^{er} mai 2017, au salaire mensuel brut de CHF 5'866.-.

Selon le formulaire de demande d'ARE, l'employeur s'engageait notamment à :

- conclure avec l'employé un contrat de travail à durée indéterminée ;
- rembourser l'allocation de retour en emploi, pour autant qu'il ne s'agisse pas d'un licenciement pour justes motifs au sens de l'art. 337 CO : si le contrat de travail d'essai est résilié après la période d'essai mais avant la fin de la durée totale de la mesure, si la résiliation du contrat de travail est notifiée à l'employé avant le début du 4^{ème} mois qui suit la fin de la mesure ;
- informer l'OCE de toute modification du contrat de travail et/ou de sa résiliation ;
- verser le salaire mensuel convenu contractuellement.

A_____ SA et C_____ ont tous deux cosigné le formulaire de demande.

3. Le contrat de travail était conclu le même jour, pour une durée indéterminée, dès le 1^{er} mai 2017. Le temps d'essai était de trois mois.
4. Par décision du 2 mai 2017, l'OCE, suite au préavis favorable de la commission tripartite, a admis la demande précitée et octroyé une ARE pour la période du 1^{er} mai 2017 au 31 octobre 2018. Les montants de l'ARE étaient détaillés dans un tableau de répartition mensuelle. Il était en outre mentionné que l'employeur s'engageait à rembourser l'allocation de retour en emploi sur décision de l'OCE, si le contrat de travail était résilié après la période d'essai mais avant la fin de la durée totale de la mesure ou dans les trois mois suivants pour autant qu'il ne s'agisse pas d'un licenciement pour justes motifs au sens de l'art. 337 CO.
5. Par courrier du 28 juin 2018, l'employeur a résilié le contrat de travail de l'employé avec effet au 31 août 2018. La relation de travail ne pouvait plus continuer, dès lors qu'aucune évolution n'avait été constatée dans le travail de peintre de l'employé. Le comportement inadéquat de ce dernier envers ses collègues de travail était également mentionné.
6. Par décision du 24 octobre 2018, l'OCE a révoqué l'ARE et requis de l'employeur le remboursement de la somme de CHF 40'872.95, au motif que celui-ci avait licencié l'employé durant l'ARE sans que de justes motifs n'aient été invoqués.

7. Par courriel du 5 novembre 2018 adressé à Monsieur D_____, gestionnaire administratif du Service des emplois de solidarité (ci-après : SEDS), l'employeur, soit pour lui Monsieur B_____, a contesté la décision précitée. Il s'est référé à une conversation téléphonique tenue avec M. D_____ avant le licenciement de l'employé. Il lui avait demandé comment il fallait procéder compte tenu de la situation, ce à quoi M. D_____ avait répondu qu'il « compren[ait] et que ça ne posait aucun problème ».
8. Le 19 novembre 2018, l'employeur a formé opposition à la décision du 24 octobre 2018, faisant valoir que les motifs du licenciement avaient été précisés dans la lettre de licenciement. Malgré plusieurs entretiens avec l'employé au sujet de son travail de peintre, l'employeur a dû constater que la volonté d'apprendre de l'intéressé n'était pas au rendez-vous. Au vu de la situation, l'employeur avait pris contact avec l'OCE, en la personne de M. D_____, lequel l'avait informé de son droit de licencier l'employé.
9. Par courriel du 25 février 2019 adressé au service juridique de l'OCE, M. D_____ a indiqué qu'il ne se souvenait pas avoir eu contact avec l'employeur avant que le licenciement n'ait été prononcé. Il avait en revanche retrouvé des traces d'échanges téléphoniques et de courriels entre Madame E_____, du SEDS, et l'employeur datant du mois de juillet 2018, et dans lequel ce dernier évoquait un licenciement. Il se souvenait également avoir reçu le courriel de M. B_____ du 5 novembre 2018 suite à la décision de révocation du 24 octobre 2018. Il avait répondu à M. B_____ par téléphone, l'informant qu'en cas de licenciement non immédiat, la procédure voulait que la révocation soit accompagnée d'une demande de remboursement. Il lui avait toutefois indiqué que s'il estimait que le licenciement répondait aux critères de l'art. 36B al. 2 LMC, il lui appartenait de former opposition.
10. Par décision du 27 février 2019, l'OCE a rejeté l'opposition formée par l'employeur. Il a considéré en substance que ce dernier avait mis fin au contrat de travail pendant la mesure d'ARE sans avoir usé de la voie du licenciement immédiat au sens de l'art. 337 CO. Il a souligné que, vu les renseignements obtenus auprès du SEDS, l'employeur avait effectivement pris contact avec l'OCE, mais après avoir notifié le licenciement à l'employé. Il n'était pas établi que l'employeur avait reçu un renseignement erroné de la part du SEDS. Les conditions auxquelles l'octroi de l'ARE était subordonné et les conséquences en cas de résiliation du contrat de travail avant le terme de la mesure ressortaient du reste clairement du point 5 de la demande d'ARE signée le 6 avril 2017.
11. L'employeur a interjeté recours le 28 mars 2019, concluant, sous suite de frais, à l'annulation de la décision entreprise. Il a requis à titre préalable l'audition de M. D_____. Sur le fond, il a repris les arguments déjà invoqués dans son opposition. Il a ajouté que la restitution du montant réclamé par l'OCE était susceptible de mettre en péril l'existence de l'employeur.

12. Dans sa réponse du 16 avril 2019, l'OCE a conclu au rejet du recours, persistant dans les termes de sa décision sur opposition.
13. Par réplique du 15 mai 2019, l'employeur a rappelé qu'avant de licencier son employé, il avait pris contact avec l'OCE afin d'obtenir des conseils quant au licenciement. M. D_____ lui aurait alors indiqué qu'il pouvait mettre fin aux relations de travail « sans prendre de risque ». Il avait cependant omis de demander une confirmation écrite de cette déclaration, de sorte qu'il n'avait pas de document à produire. Enfin, rembourser un montant de CHF 40'872.- pouvait mettre la société dans une situation périlleuse. Il priait ainsi la chambre de céans de réduire le montant réclamé par l'OCE et d'accepter un remboursement de manière échelonnée.
14. Par duplique du 3 juin 2019, l'OCE a persisté dans ses conclusions, précisant qu'elle ne s'opposait pas à l'audition de M. D_____.
15. Par observations du 25 juin 2019, l'employeur a persisté dans ses conclusions.
16. Une audience de comparution personnelle et d'enquête s'est tenue le 17 septembre 2019. L'employeur a maintenu ses conclusions en annulation de la décision entreprise. Il a confirmé avoir pris contact avec l'OCE, soit pour lui M. D_____, avant de licencier son employé. Il a précisé n'avoir pas vérifié les termes de la décision de l'OCE du 2 mai 2017 avant de contacter M. D_____. Lors de cet entretien téléphonique, il avait exposé les raisons qui le poussaient à licencier son employé. M. D_____ lui avait répondu qu'il comprenait sa position et qu'il « n'y avait aucun souci ». Il a indiqué n'avoir ni note téléphonique, ni confirmation écrite des déclarations de M. D_____. Il a précisé avoir déjà bénéficié d'ARE à deux reprises par le passé et qu'il n'avait jamais eu de problème. S'agissant des motifs du licenciement, il a indiqué que l'employé n'était pas motivé par son activité de peintre. Après s'être entretenu cinq ou six fois avec lui à ce sujet, il avait décidé de le licencier. Il n'avait jamais envisagé de le licencier de manière immédiate et ne l'avait pas libéré de son obligation de travailler durant le délai de congé. Suite au licenciement, il avait envoyé le courrier de licenciement ainsi que les dernières factures à l'OCE. Sur question de la représentante de l'OCE, il a précisé que ces documents avaient été envoyés à une adresse générique du service de comptabilité.

M. D_____, gestionnaire administratif du SEDS, a été entendu en qualité de témoin. Il a confirmé avoir été l'interlocuteur de l'employeur dans le cadre de sa demande d'allocation de retour en emploi. Il a indiqué avoir un doute sur le fait d'avoir eu un échange téléphonique ou par courrier avec l'employeur avant le licenciement de son employé du 28 juin 2018. Il n'avait pas pour habitude de rédiger des notes téléphoniques. Il se souvenait toutefois avoir pris contact avec M. B_____ après avoir reçu un courriel de sa part. À cette occasion, l'employeur l'avait informé que le travail de son employé n'était pas satisfaisant. Il se souvenait avoir dit lors de cet entretien que si un licenciement avait lieu pendant

la période fixée dans la décision d'ARE, il y aurait une demande de remboursement par l'OCE. M. B_____ avait répondu que le licenciement était justifié. Il lui avait alors indiqué que, dans ce cas, il pouvait toujours faire opposition à la demande de remboursement. Il s'agissait du seul échange qu'il avait eu avec l'employeur au sujet du licenciement de son employé. Il ne se souvenait pas avoir dit qu'un licenciement ne posait aucun problème. De manière générale, il demandait toujours aux employeurs de l'informer d'un éventuel licenciement et il leur indiquait systématiquement qu'ils pouvaient s'exposer à une demande de remboursement si le licenciement avait lieu en dehors de la période d'essai et durant les trois mois suivant le délai fixé dans la décision de l'OCE.

À l'issue de l'audience, les parties ont indiqué qu'elles ne sollicitaient pas d'autres actes d'instruction. 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. La décision querellée a trait aux prestations cantonales complémentaires de chômage prévues par la LMC. Cette dernière ne contenant aucune norme de renvoi, la LPGA n'est pas applicable (cf. art. 1 et 2 LPGA).
3. Interjeté dans les forme et le délai prévus par la loi, le recours est recevable (cf. art. 49 al. 3 LMC et art. 89B de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 [LPA - E 5 10]).
4. Le litige porte sur le principe du remboursement des ARE par la recourante.
5. a. La loi genevoise en matière de chômage vise à favoriser le placement rapide et durable des chômeurs dans le marché de l'emploi et à renforcer leurs compétences par l'octroi de mesures d'emploi, de formation et de soutien à la réinsertion. Elle institue pour les chômeurs des prestations cantonales complémentaires à celles prévues par l'assurance-chômage fédérale (art. 1 let. b à d LMC). La LMC a subi plusieurs modifications (1^{er} juin 2017) entrées en vigueur au 1^{er} octobre 2017, notamment les dispositions du chapitre IV régissant l'allocation de retour en emploi. Selon l'art. 55A al. 7 LMC, disposition transitoire relative à la modification du 1^{er} juin 2017, les mesures cantonales octroyées avant l'entrée en vigueur de la loi 11'804 du 1^{er} juin 2017, modifiant la loi en matière de chômage du 11 novembre 1983, continuent à être régies, jusqu'à leur échéance, par les dispositions du droit en vigueur au moment de leur attribution. Dans la mesure où

la décision d'octroi de l'ARE date du 2 mai 2017, c'est l'ancienne teneur de la loi (aLMC) – et la jurisprudence y relative - qui s'appliquent au cas d'espèce.

Il y a violation de la LMC, fondant la révocation d'une ARE et la demande de restitution des allocations versées (art. 32 al. 2 aLMC ; art. 19 et 48B al. 1 LMC), lorsque l'employeur met un terme au contrat de travail avant la fin de la durée totale de la mesure, sauf lorsque la résiliation du contrat de travail intervient avec effet immédiat pour justes motifs au sens de l'art. 337 CO (art. 32 al. 2 aLMC). D'après cette disposition, 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).

La chambre de céans a jugé à plusieurs reprises que lorsque l'employeur ne licencie pas son employé concrètement sur la base de l'art. 337 CO, il renonce à se prévaloir d'un licenciement pour justes motifs, de sorte que des justes motifs au sens de l'art. 337 ne peuvent pas être retenus (ATAS/505/2016 du 28 juin 2016 consid. 6c ; ATAS/376/2016 du 17 mai 2016 consid. 6a ; ATAS/61/2016 du 26 janvier 2016 consid. 11 ; ATAS/102/2016 du 4 février 2016 consid. 7 ; ATAS/158/2016 du 1^{er} mars 2016 consid. 13).

Par un arrêt du 30 mars 2017 (ATAS/255/2017), rendu en plénum, la chambre de céans a maintenu cette jurisprudence sur le plan du principe. Elle a cependant réservé les cas, *a priori* rares, dans lesquels il est manifeste que l'employé a été licencié matériellement en raison d'un juste motif, immédiatement après le manquement reproché, quoiqu'à terme mais en étant libéré de l'obligation de travailler pendant le délai de congé. Dans une telle hypothèse (comme au demeurant dans celle inverse, dans laquelle un licenciement immédiat formellement présenté comme tel apparaîtrait manifestement abusif), il pourrait se justifier que la chambre de céans vérifie, à titre préjudiciel, l'existence de justes motifs de licenciement pour juger de la validité d'une révocation *ex tunc* de l'ARE et de l'obligation de principe faite à l'employeur de restituer les ARE perçues.

b. Aux termes de l'art. 48B LMC, en cas de violation de la loi, de son règlement d'exécution ou des obligations contractuelles mises à charge du bénéficiaire de la mesure, de l'entité utilisatrice ou de l'employeur, l'autorité compétente peut révoquer sa décision d'octroi et exiger la restitution des prestations touchées indûment (al. 1). L'autorité compétente peut renoncer à exiger la restitution sur demande de l'intéressé, lorsque celui-ci est de bonne foi et que la restitution le mettrait dans une situation financière difficile (al. 2). Le droit de demander la restitution s'éteint un an après le moment où l'autorité compétente a eu

connaissance du fait, mais au plus tard cinq ans après le versement de la prestation (al. 3).

6. Aux termes de l'art. 5 al. 3 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), les organes de l'État et les particuliers doivent agir de manière conforme aux règles de la bonne foi. Cela implique notamment qu'ils s'abstiennent d'adopter un comportement contradictoire ou abusif (ATF 136 I 254 consid. 5.3 et les arrêts cités). De ce principe général découle notamment le droit fondamental du particulier à la protection de sa bonne foi dans ses relations avec l'État, consacré à l'art. 9 *in fine* Cst. (ATF 138 I 49 consid. 8.3.1 et les arrêts cités).

Le principe de la bonne foi protège le citoyen, à certaines conditions, dans la confiance légitime qu'il met dans les assurances reçues des autorités, notamment lorsqu'il a réglé sa conduite d'après des décisions, des déclarations ou un comportement déterminé de l'administration et qu'il a pris sur cette base des dispositions qu'il ne saurait modifier sans subir de préjudice (ATF 139 V 21 consid. 3.2 ; 137 I 69 consid. 2.5.1). L'administration doit s'abstenir de tout comportement propre à tromper l'administré et elle ne saurait tirer aucun avantage des conséquences d'une incorrection ou insuffisance de sa part. Le citoyen peut ainsi exiger de l'autorité qu'elle se conforme aux promesses ou assurances qu'elle lui a faites et ne trompe pas la confiance qu'il a légitimement placée dans celles-ci. De la même façon, le droit à la protection de la bonne foi peut aussi être invoqué en présence, simplement, d'un comportement de l'administration susceptible d'éveiller chez l'administré une attente ou une espérance légitime (ATF 129 II 381 consid. 7.1 et les références citées).

Pour cela, les conditions cumulatives suivantes doivent être réunies :

1. il faut que l'autorité soit intervenue dans une situation concrète à l'égard de personnes déterminées ;
 2. qu'elle ait agi ou soit censée avoir agi dans les limites de sa compétence ;
 3. que l'administré n'ait pu se rendre compte immédiatement de l'inexactitude du renseignement obtenu ;
 4. qu'il se soit fondé sur celui-ci pour prendre des dispositions qu'il ne saurait modifier sans subir un préjudice ;
 5. que la loi n'ait pas changé depuis le moment où le renseignement a été donné (ATF 121 V 66 consid. 2a et les références).
7. Il y a lieu en outre de rappeler que, dans le domaine des assurances sociales notamment, la procédure est régie par le principe inquisitoire, selon lequel les faits pertinents de la cause doivent être constatés d'office par le juge. Mais ce principe n'est pas absolu. Sa portée est restreinte par le devoir des parties de collaborer à l'instruction de l'affaire. Celui-ci comprend en particulier l'obligation des parties d'apporter, dans la mesure où cela peut être raisonnablement exigé d'elles, les preuves commandées par la nature du litige et des faits invoqués, faute de quoi elles

risquent de devoir supporter les conséquences de l'absence de preuves (ATF 125 V 195 consid. 2 et les références).

Le juge fonde sa décision, sauf dispositions contraires de la loi, sur les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent comme les plus vraisemblables, c'est-à-dire qui présentent un degré de vraisemblance prépondérante. Il ne suffit donc pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible. Parmi tous les éléments de fait allégués ou envisageables, le juge doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables (ATF 126 V 360 consid. 5b ; 125 V 195 consid. 2 et les références). 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).

8. En l'espèce, il n'est pas contesté que la recourante a résilié le contrat de l'employé avec effet au 31 août 2018, soit avant l'échéance du délai de la mesure ARE, prévue le 31 octobre 2018.

Ainsi que l'admet la recourante, la résiliation du contrat de travail de l'employé n'est pas intervenue pour de justes motifs, ni formellement ni matériellement. Non seulement la recourante n'a pas évoqué, dans sa lettre de résiliation, de justes motifs de résiliation immédiate du contrat de travail, mais encore elle a donné le congé à l'employé pour le prochain terme du délai de congé, étant précisé qu'il n'a pas été libéré de son obligation de travailler jusqu'à l'échéance du délai de congé. Il n'est pas non plus manifeste, au vu du dossier, que la recourante aurait eu de justes motifs de licencier l'employé. L'intéressée ne le prétend du reste pas. La demande de restitution est donc en principe justifiée.

La recourante invoque la protection de sa bonne foi dans ses relations avec l'État. Elle allègue avoir pris contact avec son interlocuteur auprès du SEDS, M. D_____, avant de licencier son employé, pour s'assurer qu'elle pouvait mettre un terme anticipé à l'ARE sans subir de préjudice. Ce dernier lui aurait alors affirmé qu'elle pouvait procéder au licenciement « sans problème ».

Les enquêtes n'ont cependant pas permis d'établir de tels faits. Le témoin D_____ a certes affirmé avoir eu un entretien téléphonique avec la recourante, mais il a précisé que celui-ci faisait suite au courriel de son administrateur M. B_____ du 5 novembre 2018, soit après la décision de révocation de l'ARE du 24 octobre 2018. D'après le témoin, il s'agissait du seul échange qu'il avait eu avec la recourante au sujet du licenciement de son employé. Il ne se souvenait pas, sans toutefois être catégorique sur ce point, avoir eu d'échange avec la recourante avant le courrier de licenciement du 28 juin 2018. Aucune pièce au dossier ne permet d'ailleurs de le retenir. Or, au vu de l'ampleur des conséquences financières pour la société recourante, il est difficilement concevable que celle-ci n'ait pas pensé à demander une confirmation écrite d'un tel entretien.

Quoi qu'il en soit, même à considérer qu'un tel échange ait eu lieu, le témoin a souligné qu'il informait systématiquement les employeurs qui entendaient licencier des employés avant la fin de la durée de la mesure, ou dans les trois mois suivants, de ce qu'ils pouvaient s'exposer à une demande de remboursement des ARE de la part de l'OCE. Il se souvenait d'ailleurs l'avoir dit lors de l'échange téléphonique avec la recourante. La version de l'intéressée, selon laquelle le témoin lui aurait simplement signalé qu'un licenciement ne posait « aucun problème », n'emporte pas la conviction. Il serait du reste surprenant que, sur la base de cette seule déclaration, la recourante ait cru pouvoir procéder à un licenciement sans s'exposer à une demande de remboursement. L'existence d'un renseignement erroné n'est ainsi pas établie au degré de la vraisemblance prépondérante. Le grief tiré de la protection de la bonne foi en raison d'assurances qui auraient été données par l'autorité doit ainsi être écarté.

Eu égard aux considérations qui précèdent, c'est à juste titre que la restitution de l'ARE a été réclamée, étant précisé que la question de la remise de l'obligation de restituer fait l'objet d'une procédure distincte. L'intimé prendra soin de faire suivre la demande d'ores et déjà formulée par la recourante à l'autorité compétente afin que cette dernière se détermine une fois la décision en restitution entrée en force. En effet, il faut considérer que la recourante, en invoquant le fait que la restitution des ARE mettrait la société dans une situation financière difficile, demande implicitement la remise de l'obligation de restituer.

9. Au vu de ce qui précède, le recours est rejeté.

La procédure est gratuite (art. 89H LPA).

* * * * *

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

Statuant

À la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

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

La greffière

La présidente

Marie NIERMARÉCHAL

Eleanor McGREGOR

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