

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1721/2019

ATAS/717/2019

COUR DE JUSTICE
Chambre des assurances sociales

Arrêt du 15 août 2019

5^{ème} Chambre

En la cause

A_____ SA, sise à GENEVE, représenté par FER - SAJEC

recourante

contre

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

intimé

**Siégeant : Maya CRAMER, Présidente; Toni KERELEZOV et Monique STOLLER
FÜLLEMANN, Juges assesseurs**

EN FAIT

1. Le 21 mai 2018, A_____ SA (ci-après: l'employeur ou la recourante) a signé un contrat de travail avec Monsieur B_____ pour une durée indéterminée avec une entrée en fonction le 18 juin 2018 comme responsable des commandes et comptable à 100 %.
2. Le 12 juin 2018, l'employeur et l'employé ont signé une demande d'allocation d'initiation au travail (ci-après: AIT). L'employeur s'est engagé dans cette demande notamment d'informer au préalable l'office cantonal de l'emploi (ci-après : OCE) d'un possible échec de l'initiation, afin d'envisager ensemble des solutions visant à maintenir le rapport de travail, et de rembourser les AIT si le contrat de travail devait être résilié pendant la période d'initiation ou dans les trois mois suivants, à moins qu'il ne s'agisse d'un licenciement pour justes motifs au sens de la loi.
3. Par décision du 14 juin 2018, l'OCE a octroyé à l'assuré les AIT pour une durée de sept mois, du 18 juin 2018 au 17 janvier 2019. Il est mentionné dans cette décision que la restitution des allocations versées pourrait être demandée si le contrat était résilié en dehors du temps d'essai et sans justes motifs pendant la période d'initiation ou dans les trois mois qui suivent.
4. Par courrier du 28 janvier 2019, l'employeur a mis fin au contrat de travail de l'assuré pour des raisons de restructuration avec effet au 28 février 2019.
5. Par courriel du 4 février 2019, l'employeur a informé l'OCE avoir mis fin au contrat de l'assuré en raison d'une restructuration complète de son administration et plus particulièrement des tâches liées au service des commandes et au secteur de la comptabilité. L'employeur avait pris la décision mi-janvier d'externaliser sa comptabilité pour le 1^{er} mars 2019 et avait commencé à réfléchir à une solution d'externalisation en décembre, dans le but de mettre plus de compétences dans ses points de ventes et de se décharger de ces secteurs en administration. Dans un premier temps, une mise en place pour juillet 2019 avait été envisagée, mais la démission de la comptable l'avait contraint à accélérer sa démarche. L'assuré ne serait pas capable de gérer la comptabilité du groupe et n'avait pas les compétences de prendre la place de la personne qui allait partir fin février. Il s'occupait aujourd'hui de réconcilier les factures avec les bulletins de commandes et de passer les commandes de divers produits dans les magasins, tâches qui étaient déjà délicates pour lui.
6. Sur le formulaire relatif au bilan de fin de mesure de l'office régional de placement (ci-après : ORP), l'employeur a confirmé le 7 février 2019 le motif de résiliation. L'employé était par ailleurs en arrêt de travail depuis le 4 février pour une durée indéterminée.
7. Par décision du 7 février 2019, l'OCE a révoqué l'AIT au motif que le contrat de travail avait été résilié sans justes motifs en dehors du temps d'essai et dans les trois mois suivant la période d'initiation.

8. Par courrier du 22 février 2019, l'employeur a formé opposition à cette décision. Il a expliqué avoir constaté que les compétences de l'assuré étaient limitées et que, malgré la formation dont il avait bénéficié, il n'avait pas le savoir requis pour le poste de comptable. La décision de le licencier avait été prise en raison de l'externalisation d'une grande partie de ses départements administratifs et en raison des compétences insuffisantes de l'assuré pour lui confier un poste de comptable. Le 5 février, en récupérant l'accès à ses mails, l'employeur avait en outre découvert que l'assuré s'était envoyé le 23 janvier les états financiers de ses deux sociétés à son adresse électronique privée. L'employeur lui avait écrit le même jour pour lui demander des explications, courrier qui était resté sans réponse. Cela constituait une faute grave, la confiance étant rompue et le secret professionnel bafoué, dans la mesure où les informations en cause constituaient des documents sensibles et précieux indicateurs pour ses concurrents. L'assuré n'avait aucune autorisation de les sortir de l'entreprise. La transmission de ces informations à des tiers pourrait mettre en péril l'activité professionnelle de l'employeur. Cela étant, le serveur de l'assuré avait été bloqué et il lui avait été demandé de restituer la clé du bureau. Le 18 février, l'assuré avait contesté son licenciement et prié l'employeur de revenir sur sa décision et de le réintégrer dans la société pour continuer les rapports de travail au-delà du terme du délai de congé. Certains termes de sa demande ressemblaient à du chantage. En tout état de cause, la continuation des rapports de travail était devenue impossible après la découverte du vol d'informations, pour lequel plainte pénale avait été déposée.
9. Par décision du 20 mars 2019, l'OCE a rejeté l'opposition, au motif que l'employeur avait mis fin aux rapports de travail dans les trois mois suivant la période d'initiation. Il aurait pu résilier le contrat de travail avec effet immédiat, s'il estimait disposer d'un juste motif, mais n'avait pas fait usage de cette possibilité.
10. Par acte du 6 mai 2019, l'employeur a recouru contre cette décision, par l'intermédiaire de son conseil, en concluant à son annulation, sous suite de dépens. Préalablement, il a conclu à « reconnaître » l'effet suspensif du recours. Il a fait valoir que la restructuration de l'administration n'était pas le seul motif ayant conduit au licenciement de l'assuré. Toutefois, il n'avait pas jugé bon de lister dans la lettre de licenciement les multiples raisons de résiliation, notamment afin d'éviter des conflits inutiles. Dans son opposition, il avait expliqué en détail les problèmes rencontrés avec l'assuré qui l'avait conduit à le licencier, notamment son manque de compétences en comptabilité, son incapacité à se former sur les logiciels avec lesquels il devait travailler, ainsi que les nombreuses erreurs commises dans le cadre de l'accomplissement de son travail. L'ensemble de ces manquements avait eu raison de la confiance placée dans l'employé. Ces motifs devaient être considérés comme de justes motifs de licenciement. Par la suite, la recourante avait constaté le 4 février 2019, que l'assuré avait transféré des fichiers de l'entreprise sur son adresse électronique privée, ce qui avait conforté la décision de le licencier. Dès lors que l'assuré était absent pour cause de maladie et que son délai de congé

n'était que d'un mois, elle avait cependant renoncé à lui confirmer par écrit qu'il était licencié avec effet immédiat. Il n'en demeurait pas moins qu'elle avait fait bloquer ses accès informatiques et l'avait prié de restituer les clés du bureau, ce qui pouvait être considéré comme l'expression de sa volonté de le licencier avec effet immédiat. La situation de fait revenant au même que si la recourante avait formellement licencié par écrit l'assuré avec effet immédiat, la recourante a sollicité de juger la cause en équité sur la base de sa bonne foi. L'intimé, en ne prenant pas en compte les justes motifs de licenciement invoqués, avait violé la loi et abusé de son pouvoir d'appréciation.

11. Dans ses écritures du 21 mai 2019, l'intimé a fait observer qu'il n'avait pas ordonné l'exécution de ses décisions nonobstant opposition ou recours. Il ne s'opposait donc pas à ce que le recours fût assorti de l'effet suspensif.
12. Dans sa réponse du 3 juin 2019, l'intimé a conclu au rejet du recours, la recourante n'apportant aucun élément nouveau permettant de revoir sa décision.
13. Sur ce, 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). Elle connaît également, conformément à l'art. 134 al. 3 let. b LOJ, des contestations prévues à l'art. 49 de la loi en matière de chômage du 11 novembre 1983 (LMC - J 2 20) en matière de prestations cantonales complémentaires de chômage.

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

2. Interjeté dans les délai et forme prescrits par la loi, le recours est recevable (art. 56 ss LPGA).
3. Est litigieuse en l'occurrence la question de savoir si l'intimé était fondé de révoquer l'octroi des AIT.
4. Selon l'art. 65 LACI, 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 (let. b) et 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).

5. Selon l'art. 66 LACI, les AIT couvrent la différence entre le salaire effectif et le salaire normal auquel 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).
6. Pendant le délai-cadre, les allocations sont versées pour six mois au plus, dans des cas exceptionnels pour douze mois au plus (al. 2). Les allocations sont versées par l'intermédiaire de l'employeur, en complément du salaire convenu. L'employeur doit payer les cotisations usuelles aux assurances sociales sur l'intégralité du salaire et prélever la part du travailleur (al. 4).
7. 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'allocations d'initiation au travail sont remplies. Elle peut exiger que les conditions selon l'art. 65 let. b et c LACI fassent l'objet d'un contrat écrit.
8. Bien que les assurés soient eux-mêmes titulaires du droit aux allocations d'initiation au travail, celles-ci sont versées par la caisse à l'employeur et ce dernier les verse à son tour à l'assuré avec le salaire convenu (art. 90 al. 4 OACI).
9. 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.
10. 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).
11. a. Selon l'art. 337 al. 1 CO, 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.

Sont notamment considérés 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.

L'art. 337 al. 1 CO est une mesure exceptionnelle. La résiliation immédiate pour justes motifs doit être admise de manière restrictive. 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).

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).

b. Le juge apprécie librement, au regard des principes du droit et de l'équité déterminants selon l'art. 4 CC, si le congé abrupt répond à de justes motifs (art. 337 al. 3 CO). À cette fin, il prend en considération tous les éléments du cas particulier, notamment la position du travailleur, la nature et la durée des rapports contractuels, et la nature et l'importance des manquements (ATF 130 III 28 consid. 4.1 p. 32 ; 127 III 351 consid. 4a p. 354 ; arrêt du Tribunal fédéral 4A_137/2014 du 10 juin 2014).

c. 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).

12. a. En l'espèce, en signant le formulaire de demande des AIT, la recourante s'est valablement engagée à rembourser les AIT, sur ordre de la caisse de chômage compétente, si le contrat de travail devait être résilié pendant la période d'initiation ou dans les trois mois suivants, dans la mesure où il ne s'agissait pas d'un

licenciement pour justes motifs au sens de l'art. 337 CO. Il sera en outre relevé que la décision d'octroi des AIT prévoit la possibilité pour l'intimé de demander la restitution des AIT en cas de licenciement sans justes motifs pendant la période d'initiation ou dans les trois mois suivants.

b. Il n'est par ailleurs pas contesté que la recourante a résilié le contrat de travail de l'assuré dans les trois mois suivant la fin de l'initiation.

Cette résiliation n'est pas intervenue avec effet immédiat pour des justes motifs, dès lors qu'elle ne mentionne qu'une restructuration de l'entreprise et donne un préavis d'un mois.

S'agissant des motifs qui auraient également motivé la résiliation, à savoir le manque de compétences en comptabilité de l'assuré, son incapacité à se former sur les logiciels avec lesquels il devait travailler et les nombreuses erreurs commises dans le cadre de l'accomplissement de son travail, ils ne sauraient être considérés comme des justes motifs de résiliation au sens de la loi, ne s'agissant pas de fautes graves susceptibles de rompre la confiance entre les parties.

Quant au transfert des fichiers de la société par l'assuré sur son adresse électronique privée, ces faits sont intervenus postérieurement à la résiliation. Or, seul un événement qui s'est produit avant le prononcé de licenciement avec effet immédiat peut être invoqué comme juste motif, comme exposé ci-dessus.

Enfin, il n'y a pas une étroite corrélation entre les motifs figurant dans la lettre de licenciement et ceux invoqués par la recourante ultérieurement, condition nécessaire aux termes de la jurisprudence de notre Haute Cour, pour considérer une résiliation comme étant intervenue pour justes motifs, alors que cela n'est pas mentionné dans la lettre de licenciement. En effet, la recourante n'a fait état que d'une restructuration pour motiver le congé et non de la qualité insuffisante du travail de l'employé.

Cela étant, il ne peut être admis que la recourante ait mis fin au contrat de travail pour de justes motifs. Partant, la décision de révocation des AIT est fondée.

13. Par conséquent, le recours sera rejeté.

14. La procédure est gratuite.

**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

Diana ZIERI

Maya CRAMER

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