RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1823/2021 **ATAS/1307/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 16 décembre 2021

5ème Chambre

En la cause

A_____ Sàrl, sise à GENÈVE recourante

contre

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

Siégeant : Philippe KNUPFER, Président; Pierre-Bernard PETITAT et Monique STOLLER FÜLLEMANN, Juges assesseurs

EN FAIT

A. **a.** La société A_____ Sàrl (ci-après : la société ou la recourante) exploite le café-restaurant à l'enseigne « D_____ » à Genève. Monsieur B_____ est associé gérant de la société.

b. Par contrat de durée indéterminée signé en date du 14 juillet 2020, Monsieur C_____ (ci-après : l'employé), né en juillet 1978, a été engagé en qualité de chef de cuisine par la société. L'employé a débuté le travail en date du 15 juillet 2020.

c. La société a rempli un formulaire de demande d'allocation d'initiation au travail (ci-après : AIT) pour l'employé, qu'elle a déposé auprès de l'office régional de placement (ci-après : ORP). La motivation donnée par la société à l'appui de sa demande était que l'employé souhaitait s'initier ou se perfectionner à des tâches dans le cadre de sa profession de chef cuisinier. La société ne pouvait pas se payer les services de l'employé sans une mesure d'AIT compte tenu de la situation économique actuelle dans le domaine de la restauration. L'initiation devait durer du 15 juillet 2020 au 15 janvier 2021 à un taux d'activité de 100 %. L'employeur s'engageait 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. Restaient 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).

d. Par décision du 17 juillet 2020, le service d'aide au retour à l'emploi (ci-après : SARE) de l'office cantonal de l'emploi (ci-après : l'OCE ou l'intimé) a partiellement accepté la demande de la société et lui a octroyé une AIT pour une période de trois mois, soit du 15 juillet au 14 octobre 2020. Il était rappelé dans le texte de la décision l'obligation de l'employeur de rembourser les allocations versées au cas où le contrat serait résilié en dehors du temps d'essai et sans justes motifs, pendant la période d'initiation ou dans les trois mois qui suivaient.

e. Par courrier du 30 novembre 2020, la société a notifié à l'employé la résiliation du contrat de travail en précisant que la fin des rapports de travail prendrait effet le 31 décembre 2020. Le même jour, l'employé a signé un double de la lettre de résiliation, valant accusé de réception.

B. **a.** Par décision du 23 mars 2021, le SARE a rendu une décision de révocation d'AIT à l'encontre de la société au motif que cette dernière avait mis fin aux rapports de travail la liant avec l'employé, par courrier du 30 novembre 2020, soit moins de trois mois après la fin de la période d'initiation.

b. En date du 8 avril 2021, la société a fait opposition à la décision du 23 mars 2021 au motif que l'employé avait été licencié en raison de son comportement, car il était fréquemment ivre et intoxiqué au travail, arrivait en retard, s'asseyait souvent au bar en fin de service, tenait des propos décousus à des clients ce qui avait entraîné une dégradation de l'ambiance en cuisine et, plus généralement, dans le restaurant. En début de contrat, la collaboration s'était bien déroulée mais peu à peu, le

comportement de l'employé avait conduit à une dégradation progressive des rapports de travail, malgré plusieurs avertissements donnés par oral. De surcroît, la société avait dû engager un nouveau chef de cuisine en date du 1er décembre 2020, ce qui l'avait conduite à payer deux salaires de chef de cuisine pendant le mois de décembre 2020. La société ajoutait encore qu'elle souhaitait que l'employé ne soit pas sanctionné en raison de son comportement car il souffrait de dépendance, ce qui était une maladie que le sujet ne maîtrisait pas et qu'en dehors de cette dernière, il possédait par ailleurs les qualités techniques et les compétences de sa fonction.

C. **a.** Par acte du 26 mai 2021, la société a interjeté recours contre la décision sur opposition du 26 avril 2021 auprès de la chambre de céans. Elle concluait à l'annulation de la décision querellée pour les motifs déjà invoqués dans l'opposition, notamment le fait qu'en raison du comportement de l'employé, elle n'avait eu d'autre choix que de le licencier, tout en précisant que c'était par bienveillance qu'elle avait évité de le licencier avec effet immédiat compte tenu de sa situation personnelle difficile et du fait qu'il était chômeur de longue date. La recourante demandait encore un délai pour pouvoir consulter un avocat et compléter son recours.

b. Par réponse du 24 juin 2021, l'OCE a considéré que la recourante n'amenait aucun élément permettant de revoir la décision querellée si bien que l'office persistait intégralement dans les termes de celle-ci.

c. La recourante a demandé plusieurs délais successifs pour compléter son recours et répliquer, qui lui ont été accordés par la chambre de céans. Un dernier délai lui a été fixé au 6 septembre 2021 pour produire d'éventuelles pièces ou écritures complémentaires.

d. La recourante n'a pas réagi.

e. Sur ce, la cause a été gardé 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 26 avril 2021 confirmant la révocation de la décision d'octroi de l'AIT, pour la période allant du 15 juillet au 14 octobre 2020.

4.

4.1 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 de l'ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 31 août 1983 (ordonnance sur l'assurance-chômage, OACI - RS 837.02), 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.

4.2 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/ 02du 10 juillet 2002; GRISEL, Traité de droit administratif, vol. I, p. 408 sv.; Ulrich HÄFELIN/Georg MÜLLER, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3ème 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).

4.3 Selon le Bulletin LACI/MMT J 27, janvier 2019, du secrétariat d'État à l'économie, 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 de la loi fédérale du 30 mars 1911, complétant le Code civil suisse [CO, Code des obligations - RS 220]) 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.

5.1 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).

5.2 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. En l'espèce, la décision d'octroi de l'AIT du 17 juillet 2020 indique clairement 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'employé a été licencié six semaines après la fin de la période d'initiation, au sens de la décision précitée, moyennant le respect d'un délai de congé d'un mois, en raison de son comportement et de son addiction.

Le licenciement n'a ainsi pas été prononcé de façon immédiate pour justes motifs au sens de l'art. 337 CO.

La recourante allègue que c'est par bienveillance et pour éviter d'aggraver la situation de l'employé qu'elle n'a pas résilié le contrat avec effet immédiat pour justes motifs au sens de l'article 337 CO.

La chambre de céans considère qu'il est établi au niveau de la vraisemblance prépondérante que la recourante s'est effectivement comportée de manière bienveillante envers son employé, allant jusqu'à écrire, dans le cadre de son opposition, qu'elle souhaitait que ce dernier ne soit pas sanctionné dès lors qu'il était victime de sa maladie, soit de son addiction à l'alcool.

Néanmoins, dans l'état actuel du dossier, il n'est pas certain que les conditions d'un renvoi pour justes motifs aient été remplies dès lors que, comme l'expose la recourante, la situation s'est graduellement détériorée, au fil du temps.

Ce d'autant plus que la société a apparemment attendu d'avoir pu engager un autre chef de cuisine, disponible au 1er décembre 2020, avant de résilier le contrat la liant à l'employé. Or, une telle planification du licenciement semble peu compatible avec un licenciement pour justes motifs.

La chambre de céans rappelle à cet égard qu'elle a octroyé plusieurs prolongations de délai à la recourante afin que cette dernière puisse éventuellement compléter ses écritures ou transmettre des pièces complémentaires, en vain.

Dès lors, 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. La décision litigieuse ne peut ainsi qu'être confirmée.

Étant encore précisé qu'au cas où la recourante devait éprouver des difficultés financières pour rembourser les montants réclamés et pour autant qu'elle remplisse la condition de la bonne foi, elle pourrait présenter à l'intimé une demande de remise.

9. Pour le surplus, en l'absence de loi spéciale prévoyant des frais judiciaires, la procédure est gratuite (art. 61 let. fbis LPGA en lien avec l'art. 1 al. 1 LACI).

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	Le président
Véronique SERAIN	Philippe KNUPFER

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