

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3643/2016

ATAS/79/2017

COUR DE JUSTICE
Chambre des assurances sociales

Arrêt du 6 février 2017

6^{ème} Chambre

En la cause

A _____ SA, sise à CAROUGE

recourante

contre

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

intimé

**Siégeant : Valérie MONTANI, Présidente; Teresa SOARES et Jean-Pierre WAVRE,
Juges assesseurs**

EN FAIT

1. Le 23 mars 2015, A_____ SA, placement fixe et temporaire (ci-après : la recourante) a déposé auprès de l'office cantonal de l'emploi (ci-après : OCE) une demande d'allocation de retour en emploi pour Madame B_____ (ci-après : l'assurée), pour un poste de responsable d'agence depuis le 1^{er} avril 2015 pour une durée de douze mois, avec un taux de travail de 80 % et un salaire mensuel de CHF 4'600.- (x13). Le formulaire indique qu' « à l'issue de la période d'essai, si le contrat de travail est résilié avant la fin de la durée totale de la mesure ou dans les 3 mois suivants, rembourser les allocations sur décision de l'autorité compétente, pour autant qu'il ne s'agisse pas d'un licenciement pour juste motifs au sens de l'art. 337 CO ».
2. Le 19 mars 2015, la recourante et l'assurée ont signé un contrat de travail d'une durée indéterminée, depuis le 1^{er} avril 2015, à 80 %.
3. Le 8 avril 2015, l'OCE a informé la recourante que la Commission tripartite avait rendu un avis favorable, sous réserve de l'administration fiscale cantonale (ci-après : AFC) car elle n'était pas à jour avec l'impôt à la source.
4. Le 27 avril 2015, l'AFC a levé la réserve pour la recourante.
5. Par décision du 28 avril 2015, l'OCE a alloué à la recourante une ARE du 27 avril 2015 au 26 avril 2016.
6. Le 11 mars 2016, la recourante a résilié le contrat de travail de l'assurée pour le « 31 avril 2016 » (sic), compte tenu d'une période de préavis d'un mois.
7. Par décision du 22 juin 2016, l'OCE a révoqué la décision du 28 avril 2015 d'octroi de l'ARE et réclamé à la recourante le remboursement de CHF 29'899.80 correspondant à l'ARE versée d'avril 2015 à avril 2016, au motif que la recourante avait résilié le contrat de travail de l'assurée durant la période de trois mois suivant l'ARE, sans justes motifs.
8. Le 4 août 2016, la recourante a formé opposition à l'encontre de la décision précitée en faisant valoir que l'assurée n'avait effectué que très peu de placements en une année et présentait, au printemps 2016, un portefeuille clients décroissant, que le maintien de l'assurée en emploi aurait ainsi conduit à la fermeture de l'agence et que le remboursement requis la mettait dans une situation financière très difficile.
9. Par décision du 27 septembre 2016, l'OCE a rejeté l'opposition de la recourante, au motif que la recourante avait licencié l'assurée avant le terme de la mesure.
10. Le 14 octobre 2016, C_____ SA, organe de révision de la recourante, a annoncé au Tribunal de première instance le surendettement manifeste de la recourante.
11. Le 20 octobre 2016, la recourante a requis du Tribunal de première instance l'ajournement de la faillite.

12. Le 25 octobre 2016, la recourante a recouru auprès de la chambre des assurances sociales de la Cour de justice à l'encontre de la décision de l'OCE du 27 septembre 2016 en concluant à son annulation.

L'assurée avait apporté durant son engagement une marge de CHF 7'171.75 et perçu un salaire de CHF 75'916.15 dont CHF 29'899.20 d'ARE et CHF 46'016.35 de salaire ; elle avait été incapable de s'améliorer malgré les mesures mises en place.

Le licenciement avait pris effet le 30 avril 2016, soit après le terme de la mesure le 26 avril 2016 ; le licenciement avait respecté le délai de congé mais il aurait pu être donné avec effet immédiat pour justes motifs, l'assurée n'ayant pas apporté un chiffre d'affaires suffisant ; le remboursement ne pouvait lui être imputé car elle était de bonne foi et dans une situation financière difficile.

13. Le 21 novembre 2016, l'OCE a conclu au rejet du recours.
14. Le 8 décembre 2016, la recourante a observé que son dépôt de bilan était directement lié à l'absence d'affaires apportées par l'assurée et qu'elle n'avait pas été informée du fait que la résiliation du contrat de travail de l'assurée ne pouvait intervenir qu'après trois mois dès le terme de la mesure.
15. Le 19 décembre 2016, les parties ont été entendues par la chambre de céans en audience de comparution personnelle.

Le représentant de la recourante a déclaré : « Je suis le directeur de l'agence A_____. Nous avons une agence principale à Genève et un bureau de recrutement à Lausanne. J'ai embauché Mme B_____ et je me suis mis dans la tête que le contrat devait durer une année. Je n'ai pas fait attention au fait que je devais garder l'employée encore trois mois après l'échéance d'une année. Elle devait développer le secteur du bâtiment, avec des objectifs précis. Je me suis rendu compte en décembre 2015 qu'elle ne remplissait pas les objectifs fixés. J'ai discuté avec Mme B_____ de ses objectifs laquelle m'a fait comprendre qu'elle n'y arriverait pas. Je l'ai alors changé de secteur, mais cela n'a pas été mieux. En décembre 2015 je me suis rendu compte qu'on perdait de l'argent avec l'engagement de Mme B_____. Le contrat avait trois mois d'essais mais c'est une durée trop courte pour juger des prestations d'une employée. Pour moi il y a un juste motif de licenciement car la société ne pouvait pas se permettre de continuer à perdre de l'argent. J'aurais dû discuter avec l'OCE pour savoir comment mettre fin au contrat, mais je ne l'ai pas fait. La société est dans une situation financière difficile, en surendettement, et la demande d'ajournement de faillite est en cours ».

La représentante de l'intimé a déclaré : « Je confirme que le dossier complet a été transmis à la Cour et que la décision litigieuse n'a pas retiré l'effet suspensif au recours. Une demande de remise peut toujours être déposée après l'entrée en force de la décision litigieuse et des arrangements de paiements sont aussi envisageables ».

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) en vigueur dès le 1^{er} janvier 2011, 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. 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 droit de l'intimé d'exiger la restitution de l'ARE versée à la recourante d'avril 2015 à avril 2016 pour un montant de CHF 29'899.80.
5. 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).

Les chômeurs ayant épuisé leur droit aux indemnités fédérales peuvent ainsi bénéficier d'une allocation de retour en emploi (ARE), s'ils retrouvent un travail salarié auprès d'une entreprise active en Suisse (art. 30 LMC).

A teneur de l'art. 32 LMC, l'octroi de la mesure est subordonné à la production, avant la prise d'emploi, d'un contrat de travail à durée indéterminée (al.1). Si l'employeur met un terme au contrat de travail avant la fin de la durée totale de la mesure au sens de l'art. 35, il est tenu de restituer à l'État la participation au salaire reçue. Sont réservés les cas de résiliation immédiate du contrat de travail pour justes motifs au sens de l'art. 337 CO (al.2).

L'allocation de retour en emploi est versée pendant une durée de 12 mois consécutifs au maximum pour les chômeurs de moins de 50 ans au moment du dépôt de la demande (art. 35 al. 1 let. a LMC).

6. 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.

Selon l'al. 2 de cette disposition, 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.

Selon l'al. 3 de cette disposition, le juge apprécie librement s'il existe de justes motifs, mais en aucun cas il ne peut considérer comme tels le fait que le travailleur a été sans sa faute empêché de travailler.

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). 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). A 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 A4_137/2014 du 10 juin 2014).

Les justes motifs doivent être invoqués sans tarder sous peine de forclusion (ATF 112 II 41; ATF 123 III 86).

Dans la mesure où le droit des assurances sociales fait référence à des notions du droit civil, celles-ci doivent en principe être comprises en fonction de ce droit (cf. ATF 121 V 127 consid. 2c/aa et les arrêts cités). Sauf disposition contraire, on présume que, lorsqu'il fixe des règles relatives, par exemple, aux effets du mariage, de la filiation ou aux droits réels, le législateur, en matière d'assurances sociales, a en vue des institutions organisées par les divers domaines du droit civil à considérer (ATFA non publié du 25 avril 2002, P 41/9, consid. 2).

7. Aux termes de l'art. 48B al. 1 LMC, en cas de violation de la présente 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.
8. En l'espèce, la recourante a résilié le contrat de travail le 11 mars 2016 pour le 30 avril 2016, soit avant l'échéance de la période d'ARE, qui intervenait le 27 avril 2016.

En effet, Selon la jurisprudence, le terme « résilier » est sans équivoque : résilier un contrat de travail, c'est mettre fin aux rapports de travail ou donner le congé. La résiliation est l'exercice d'un droit formateur et prend la forme d'une déclaration de volonté soumise à réception ; elle déploie ses effets dès qu'elle parvient dans la sphère de puissance du destinataire. L'exercice de ce droit ne peut être confondu avec la survenance du terme ou l'écoulement du délai pour lequel le congé est donné (arrêt du Tribunal fédéral du 16 février 2005 C 55/04). La chambre de céans a ainsi jugé que seule la date de résiliation est déterminante (arrêt du 20 janvier 2015 ATAS/40/2015 ; arrêt du 7 septembre 2016 ATAS/705/2016).

En l'occurrence, la résiliation du contrat de travail est intervenue le 11 mars 2016, soit avant la fin de la mesure ARE, de sorte que la recourante est tenue de restituer à l'Etat la participation au salaire reçue, en application de l'art. 32 al. 2 LMC. La question qui pourrait se poser de savoir si le délai de trois mois invoqué par l'intimé respecte le principe de la légalité peut ainsi rester ouverte.

9. La recourante invoque le fait qu'elle avait de justes motifs pour résilier le contrat de l'employée avant l'échéance de l'ARE et qu'elle ne serait, de ce fait, pas tenue de restituer les allocations touchées.

Le comportement reproché à l'employée, soit celui de ne pas atteindre les objectifs fixés, n'apparaît pas assez grave pour constituer un juste motif au sens de l'art. 337 CO. A cet égard, l'insuffisance liée à la qualité du travail fournie par l'employé ne constitue pas un manquement grave pouvant conduire à une résiliation immédiate (arrêt du Tribunal fédéral du 16 février 2005 C 55/04). Aucun juste motif n'a d'ailleurs été invoqué par la recourante dans son courrier de résiliation du contrat de travail du 11 mars 2016.

10. Le recourante a demandé à ce que la restitution des allocations ne soit pas exigée.
11. Selon l'art. 48B al. 2 LMC, 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).

S'agissant de la bonne foi, la jurisprudence constante considère que l'ignorance, par le bénéficiaire, du fait qu'il n'avait pas droit aux prestations ne suffit pas pour admettre qu'il était de bonne foi. Il faut bien plutôt qu'il ne se soit rendu coupable, non seulement d'aucune intention malicieuse, mais aussi d'aucune négligence grave. En revanche, l'intéressé peut invoquer sa bonne foi lorsque l'acte ou l'omission fautif ne constitue qu'une violation légère de l'obligation d'annoncer ou de renseigner (ATF 112 V 103 consid. 2c ; DTA 2003 n° 29 p. 260 consid. 1.2 et les références ; RSAS 1999 p. 384). Il y a négligence grave quand un ayant droit ne se conforme pas à ce qui peut raisonnablement être exigé d'une personne capable de discernement dans une situation identique et dans les mêmes circonstances (ATF 110 V 181 consid. 3d ; cf aussi arrêt du Tribunal fédéral 9C_41/2011 du 16 août 2011 consid. 5.2). Il faut ainsi en particulier examiner si, en faisant preuve de la vigilance exigible, il aurait pu constater que les versements ne reposaient pas sur

une base juridique. Il n'est pas demandé à un bénéficiaire de prestations de connaître dans leurs moindres détails les règles légales. En revanche, il est exigible de lui qu'il vérifie les éléments pris en compte par l'administration pour calculer son droit aux prestations. On peut attendre d'un assuré qu'il décèle des erreurs manifestes et qu'il en fasse l'annonce à la caisse (arrêt du Tribunal fédéral 9C_498/2012 du 7 mars 2013 consid. 4.2). On ajoutera que la bonne foi doit être niée quand l'enrichi pouvait, au moment du versement, s'attendre à son obligation de restituer, parce qu'il savait ou devait savoir, en faisant preuve de l'attention requise, que la prestation était induue (art. 3 al. 2 CC; ATF 130 V 414 consid. 4.3, arrêt du Tribunal fédéral 8C_385/2011 du 13 février 2012 consid. 3). On signalera enfin, que, de jurisprudence constante, la condition de la bonne foi doit être réalisée dans la période où l'assuré concerné a reçu les prestations indues dont la restitution est exigée (arrêt du Tribunal fédéral 8C_766/2007 du 17 avril 2008 consid. 4.1 et les références citées).

12. En l'occurrence, l'intimé n'a pas pris expressément position, dans sa décision sur opposition, sur la question de la renonciation éventuelle à exiger la restitution des prestations, en application de l'art. 48B al. 2 LMC, alors que la recourante a fait valoir que le remboursement demandé la mettrait dans une situation financière délicate.

Il se justifie, en conséquence, de renvoyer la cause à l'intimé pour qu'il se prononce sur la demande de la recourante de remise de l'obligation de restituer.

13. Au vu de ce qui précède, l'intimé était fondé à exiger de l'employeur la restitution des allocations versées.

En conséquence, le recours sera rejeté et la cause renvoyée à l'intimé dans le sens des considérants.

14. La procédure est gratuite.

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

Statuant

À la forme :

1. Déclare de recours recevable ;

Au fond :

2. Le rejette ;
3. Renvoie la cause à l'intimé, dans le sens des considérants ;
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