

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3939/2015

ATAS/183/2016

COUR DE JUSTICE
Chambre des assurances sociales

Arrêt du 3 mars 2016

3^{ème} Chambre

En la cause

A_____ SA, sis à COINTRIN

recourant

contre

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

intimé

**Siégeant : Karine STECK, Présidente; Michael BIOT et Claudiane CORTHAY, Juges
assesseurs**

EN FAIT

1. Le 26 août 2014, la société A_____ SA (ci-après : l'employeur) a demandé à bénéficier d'une allocation de retour à l'emploi (ci-après : ARE) en faveur de Monsieur B_____ (ci-après : l'employé) pour une activité de serveur exercée durant 24 mois et rémunérée CHF 4'875.- par mois.

Le formulaire de demande signé par l'employeur le 26 août 2014 soulignait, en son point 5 :

« L'employeur s'engage à

- conclure avec l'employé un contrat de travail à durée indéterminée et, dans le cas où une période d'essai est prévue, à la limiter si possible à un mois. A 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 justes motifs au sens de l'art. 337 CO.
- informer l'autorité compétente de toute modification du contrat ARE et de l'échec de l'ARE avant un éventuel licenciement (...).

2. Par décision du 12 septembre 2014, le service des emplois de solidarité de l'office cantonal de l'emploi (ci-après : OCE), sur préavis favorable de la commission tripartite, a admis la demande et octroyé l'ARE demandée pour une durée de 24 mois, du 9 septembre 2014 au 8 septembre 2016.
3. Par courrier du 24 juillet 2015, l'employeur a résilié le contrat de travail de l'employé pour le 31 août 2015, pour raisons économiques.
4. Le service des emplois de solidarité de l'OCE, par décision du 14 septembre 2015, a révoqué sa décision du 12 septembre 2014 et demandé la restitution de CHF 40'193.05, montant correspondant au total versé à l'employeur au titre de l'ARE.
5. Le 21 septembre 2015, l'employeur s'est opposé à cette décision en expliquant, en substance, que la motivation et la qualité du travail de l'employé avaient fortement diminué début 2015, qu'il avait été nécessaire de lui adresser des avertissements oraux à deux reprises et qu'aucun changement n'étant intervenu, il avait été décidé de le licencier « pour raisons économiques », ceci afin de ne pas porter préjudice à l'intéressé.

En annexe à son opposition, l'employeur produisait une copie de la lettre de licenciement remise en mains propres à son employé le 29 avril 2015. Ce pli revenait sur les reproches faits à l'employé (accueil froid réservé à la clientèle du

restaurant, manque de collaboration et d'entraide, attitude nonchalante), relevait que de nombreux avertissements avaient été donnés, précisait qu'aucune amélioration n'avait été observée et signifiait à l'intéressé son congé, en raison des manquements reprochés.

6. Par décision sur opposition du 12 octobre 2015, l'OCE a rejeté l'opposition et confirmé la décision du 14 septembre 2015.

En substance, l'OCE a constaté que, même si l'employeur disposait d'un juste motif de résiliation immédiate du contrat de travail - ce qui n'était pas démontré -, il avait quoi qu'il en soit choisi la voie du licenciement ordinaire.

7. Par écriture du 11 novembre 2015, l'employeur a interjeté recours contre cette décision.

Il explique en substance qu'il est titulaire d'une autorisation cantonale de location de services, qu'il n'agit qu'en qualité d'intermédiaire, qu'en cette qualité, il a placé l'employé comme serveur dans une autre entreprise, la société C_____ SA, et que lui-même n'en a retiré ni avantage, ni bénéfice, puisque les services de l'employé ont été facturés au prix coûtant.

Pour le reste, le recourant expose que la décision de l'entreprise de mission, à savoir C_____ SA, de se séparer de l'employé, était justifiée par le comportement inadéquat de celui-ci, qui portait gravement préjudice à la bonne marche du restaurant.

En définitive, le recourant demande qu'il soit renoncé à la restitution de la somme réclamée, eu égard à sa bonne foi et à la situation financière difficile dans laquelle cette restitution le mettrait : il faudrait licencier une ou deux personnes pour pouvoir éviter la faillite de la société A_____ SA.

8. Invité à se déterminer, l'intimé, dans sa réponse du 23 novembre 2015, a conclu au rejet du recours.

Il rappelle que l'employeur a choisi la voie du licenciement ordinaire en toute connaissance de cause.

Il relève que le fait que l'employeur soit intervenu en qualité de bailleur de services et n'ait retiré aucun bénéfice de l'engagement de l'employé n'est pas pertinent.

Pour le reste, il fait remarquer qu'à ce stade de la procédure, une demande de remise de l'obligation de restituer est prématurée.

9. Une audience s'est tenue en date du 18 décembre 2015.

Monsieur D_____, représentant A_____ SA, a expliqué que le comportement de l'employé, parfaitement satisfaisant durant le période d'essai, s'est ensuite dégradé au point de n'être plus ni acceptable, ni professionnel : il a commencé à faire preuve d'agressivité envers les clients et avait des difficultés à se soumettre aux instructions données par la direction ; plusieurs clients se sont d'ailleurs plaint sur des sites internet.

Si la société a opté, à son détriment, pour un délai de congé normal, c'est afin de ne pas prêter son employé, âgé de 62 ans au moment des faits, dans sa recherche d'un nouvel emploi.

L'intimé a pour sa part expliqué qu'une première demande d'ARE déposée par la société C_____ SA elle-même avait été refusée par décision du 21 juillet 2014, sur préavis négatif de la commission tripartite, car il semblait que cette société employait des personnes sans les déclarer.

C'est dans ce contexte qu'un mois plus tard, une nouvelle demande d'ARE a été déposée pour Monsieur B_____, cette fois par la société A_____ SA.

L'intimé constate que l'employé a bel et bien travaillé pour la société C_____ SA, dans laquelle Monsieur D_____ est également présent, avec signature collective à deux.

Considérant que la société C_____ SA a ainsi obtenu, sur la base d'un faux contrat de travail et par le biais de A_____ SA, une ARE qui lui avait pourtant déjà été refusée, l'intimé a indiqué envisager une dénonciation pénale pour escroquerie, d'autant que l'OCE n'accorde pas d'ARE aux sociétés de location de services, à moins que ce ne soit pour leurs propres besoins, ceci afin de ne pas fausser le marché du travail.

10. À l'issue de l'audience, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 134 al. 3 let. b de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ ; RS E 2 05) en vigueur depuis le 1er janvier 2011, la chambre des assurances sociales de la Cour de justice connaît, en instance unique, des contestations prévues à l'art. 49 al. 3 de la loi en matière de chômage, du 11 novembre 1983, en matière de prestations cantonales complémentaires (LMC ; J 2 20). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.
2. La LMC ne contenant aucune norme de renvoi à la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA - RS 830.1), cette dernière n'est pas applicable (art. 1 et 2 LPGA).
3. Interjeté dans les forme et délai prévus par la loi, le recours est recevable (art. 49 al. 3 LMC et art. 89B de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 [LPA ; E 5 10]).
4. 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).

5. 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).

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). 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 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).

6. Aux termes de l'art. 48B al. 1 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.

Elle 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 (art. 48B al. 2 LMC).

7. En l'espèce, il est établi que l'employeur a résilié le contrat de travail pour le 31 août 2015, soit avant l'échéance de la période d'ARE, prévue pour le 8 septembre 2016.

Le recourant invoque le fait qu'il avait de justes motifs pour résilier le contrat de l'employé avant l'échéance de l'ARE et qu'il ne serait, de ce fait, pas tenu de restituer les allocations touchées.

Peu importe qu'il existe ou non de justes motifs en l'occurrence, dans la mesure où, quoi qu'il en soit, l'employé n'a concrètement pas été licencié sur la base de l'art. 337 CO. Force est de constater que, dans les faits, l'employeur a renoncé à se prévaloir d'un licenciement pour justes motifs, dont on rappellera qu'ils doivent être invoqués sans tarder sous peine de forclusion.

Eu égard aux considérations qui précèdent, c'est à juste titre que la restitution de l'ARE a été réclamée, de sorte qu'il n'y a pas lieu d'examiner si le fait que l'employé ait travaillé pour une société s'étant vu refuser l'ARE constitue un motif supplémentaire de révocation.

Le recours est donc rejeté, étant précisé qu'il est loisible à l'intimé de saisir la justice pénale s'il le juge nécessaire.

Il y a encore lieu de préciser que la question de la remise de l'obligation de restituer fait l'objet d'une procédure distincte, une fois la décision en restitution entrée en force.

**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-Catherine SÉCHAUD

Karine STECK

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