RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4015/2021 **ATAS/218/2022**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 10 mars 2022

5ème Chambre

En la cause

A_____ SA, sise _____, 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_____ SA (ci-après : la société ou la recourante) a déposé, le 18 août 2020, une demande d'allocation d'initiation au travail (ci-après : AIT) en faveur de Monsieur B_____ (ci-après : l'assuré), engagé en tant que spécialiste en marketing, pour une activité à 100 %, du 1er septembre 2020 au 31 août 2021. Le formulaire de demande d'AIT, rempli par Monsieur C_____, administrateur de la société, mentionnait, notamment, « formation nécessaire à la prise du poste ».

b. Par décision du 28 août 2020, le service d'aide au retour à l'emploi (ci-après : le SARE) a admis la demande de la société, pour une durée de douze mois, soit du 1er septembre 2020 au 31 août 2021, mentionnant expressément que le respect du contrat de travail du 11 août 2020, signé entre l'assuré et la société, était une condition essentielle dont dépendait le versement des AIT.

c. Par courriel du 11 décembre 2020 adressé au SARE, la société a invoqué des difficultés conjoncturelles et un chiffre d'affaires en baisse, ne cadrant pas avec les budgets de fonctionnement de l'année 2021, et a demandé un soutien supplémentaire, sous la forme d'une augmentation des AIT ou de la prolongation du délai de versement des AIT. Par courriel du même jour, le SARE a informé la société qu'aussi bien la participation financière que la durée de l'AIT ne pouvaient être augmentées.

d. Par courrier du 30 mars 2021, la société a informé l'assuré qu'elle résiliait son contrat de travail à compter du 30 avril 2021 pour des raisons économiques, en raison de la situation « catastrophique » qui ruinait « tous les efforts d'investissements ».

B. **a**. Par décision du 2 septembre 2021, le SARE a révoqué sa décision du 28 août 2020 et invité la caisse cantonale genevoise de chômage à réclamer à la société le remboursement des allocations perçues à tort, celle-ci ayant licencié l'assuré sans invoquer de motifs sérieux et justifiés, avant la fin de la période d'initiation.

b. La société a formé opposition le 23 septembre 2021, expliquant qu'elle avait dû se séparer de l'assuré pour des raisons économiques et qu'elle avait préalablement informé le SARE de cette situation en décembre 2020, ledit service n'ayant pas pris de mesure afin de lui venir en aide.

c. Par décision du 26 octobre 2021, l'office cantonal de l'emploi (ci-après : l'OCE) a rejeté l'opposition. Il a rappelé que dans la décision du 28 août 2020, il était expressément mentionné que les AIT devaient être remboursées en cas de résiliation du contrat pendant la mesure ou dans les trois mois suivant celle-ci. Il a précisé que les AIT n'avaient pas pour but de favoriser économiquement la société et que le contexte économique difficile était déjà connu de la société au moment où elle avait déposé sa demande d'AIT, ajoutant que la société n'avait pas licencié l'assuré pour des raisons liées au respect du contrat de travail, mais pour des raisons économiques.

C. **a**. Par courrier posté le 24 novembre 2021, la société a interjeté recours contre ladite décision sur opposition, concluant à son annulation. Elle a notamment fait valoir qu'elle avait rempli toutes ses obligations à l'égard de l'autorité et de l'assuré alors que ce dernier n'avait pas atteint les objectifs chiffrés mentionnés dans son contrat de travail, soit un chiffre d'affaires minimal de CHF 130'000.- pour l'année 2020 et de CHF 362'500.- pour l'année 2021. De plus, l'OCE n'avait pas réagi au courrier de la société du 6 avril 2021, l'informant, après résiliation du contrat de travail, de ce que le chiffre d'affaires convenu avec l'assuré n'était pas atteint et que, ce faisant, le « contrat de travail n'était pas respecté et ne pouvait être maintenu ».

b. Dans sa réponse du 17 décembre 2021, l'OCE a conclu au rejet du recours.

c. Par réplique du 8 février 2022, la société a maintenu ses conclusions et repris l'argumentation déjà développée dans son recours, ajoutant encore que la société était un employeur responsable, se souciant de ses salariés et qu'elle regrettait qu'aucun effort n'ait été fait par l'autorité pour entendre les parties afin d'arriver, éventuellement, à maintenir cet emploi.

d. Par courrier du 18 février 2022, l'OCE a maintenu sa position.

e. Sur ce, la cause a été gardée à juger.

f. Les autres faits seront repris - en tant que de besoin - dans la partie « en droit » du présent arrêt.

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 dans les forme et délai prévus par la loi, le recours est recevable (art. 56 ss LPGA).

3. Le litige porte sur le droit du SARE de révoquer sa décision d'octroi de l'AIT du 28 août 2020, au motif que la société a résilié le contrat de travail de l'assuré le 30 mars 2021, avec effet au 30 avril 2021.

4. Aux termes de l'art. 7 LACI, pour prévenir et combattre le chômage, l'assurance fournit des contributions destinées au financement :

a. d'un service efficace de conseil et de placement ;

b. de mesures relatives au marché du travail en faveur des assurés ;

c. d'autres mesures régies par la présente loi.

Elle fournit les prestations suivantes, à savoir l'indemnité de chômage (let. a), l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail (let. c), l'indemnité en cas d'intempéries (let. d) et l'indemnité en cas d'insolvabilité de l'employeur (let. e).

Le chapitre 6 de la LACI institue des mesures relatives au marché du travail (MMT). Selon l'art. 59 al. 1 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.

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).

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).

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).

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'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.

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).

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 la 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).

5.

5.1 Selon l'art. 337 al. 1 de la loi fédérale du 30 mars 1911, complétant le Code civil suisse (CO, Code des obligations - RS 220), 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. Conformément à 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 (art. 337 al. 2 CO).

5.2 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 du Code civil suisse du 10 décembre 1907

(CC - RS 210), 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). Les justes motifs doivent être invoqués sans tarder sous peine de forclusion (ATF 112 II 41 ; ATF 123 III 86).

5.3 Eu égard à la diversité des situations envisageables, le Tribunal fédéral a refusé de poser des règles rigides sur le nombre et le contenu des avertissements qui doivent précéder un licenciement immédiat, lorsque le manquement imputable au travailleur n'est pas assez grave pour justifier une telle mesure sans avertissement. Il a rappelé que ce n'est pas l'avertissement en soi, fût-il assorti d'une menace de résiliation immédiate, qui justifie un tel licenciement, mais bien le fait que l'attitude du travailleur ne permet pas, selon les règles de la bonne foi, d'exiger de l'employeur la continuation des rapports de travail jusqu'à l'expiration du délai de congé. Ce comportement pourra certes résulter de la réitération d'actes contraires aux obligations contractuelles, mais savoir s'il y a gravité suffisante à cet égard restera toujours une question d'appréciation (cf. ATF 127 III 153 consid. 1c). Le Tribunal fédéral a conclu, dans cet arrêt, que les griefs d'arrivées tardives, formés à l'encontre de l'employé n'étaient pas propres à rompre le rapport de confiance entre les parties jusqu'à l'issue du délai de préavis de congé de deux mois (arrêt du Tribunal fédéral 4C.403/2004 du 1er février 2005).

Ainsi, la partie qui résilie un contrat de travail en invoquant de justes motifs ne dispose que d'un court délai de réflexion pour signifier la rupture immédiate des relations, à défaut de quoi on peut admettre que la continuation des rapports de travail est possible jusqu'au terme ordinaire du contrat (ATF 130 III 28 consid. 4.4 ; 123 III 86 consid. 2a). Un délai général de réflexion d'une durée de deux à trois jours ouvrables est présumé approprié. Une prolongation de quelques jours n'est admissible qu'à titre exceptionnel, selon les circonstances particulières du cas concret (ATF 130 III 28 ibidem ; arrêt du Tribunal fédéral 4C.291/2005 du 13 décembre 2006).

5.4 La mesure extrême qu'est le licenciement immédiat suppose que la continuation des rapports de travail soit inexigible de l'employeur (arrêt du Tribunal fédéral 4A_228/2015 du 29 septembre 2015). Ainsi, lorsque l'employeur communique une résiliation extraordinaire pour justes motifs (art. 337 CO), les rapports de travail cessent en fait et en droit le jour-même où le congé est communiqué, peu importe qu'il soit justifié ou injustifié, que son exercice soit jugé tardif par la suite en procédure (arrêts du Tribunal fédéral 4C.291/2005 du 13 décembre 2005 consid. 3 et 4 et 4C.348/2003 du 24 août 2004 consid. 3.3) ou qu'il ait été donné pendant une période de protection contre les licenciements en temps inopportun (WYLER/HEINZER, Droit du travail, 3ème éd. 2014, p. 596 ; cf. consid. 5.4 ci-dessous). Le travailleur n'a ni à protester contre le licenciement injustifié, ni à

continuer à offrir ses services (arrêt du Tribunal fédéral 4A_372/2016 du 2 février 2017).

5.5 Selon la jurisprudence de la chambre de céans, 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 1er mars 2016 consid. 13).

5.6 Le Tribunal fédéral a jugé qu'il n'est pas exclu de considérer une résiliation comme étant survenue pour de justes motifs, même si cela n'était 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, il n'est pas contesté que la société a résilié le contrat de travail, pour des raisons économiques, pendant la période d'initiation de l'assuré.

Le SARE, constatant que la société avait licencié l'assuré alors que la période d'initiation n'était pas terminée, a révoqué sa décision du 28 août 2020. Il était fondé à agir de la sorte, pour autant que la société n'ait pas invoqué de justes motifs (ATF 126 V 42).

Il convient à ce stade d'examiner si les motifs économiques allégués par l'employeur constituent de justes motifs de résiliation au sens de l'art. 337 CO. À

cet égard, celui-ci fait valoir la « situation catastrophique actuelle » ruinant tous ses efforts, un « marché très dur » et une « visibilité du futur complètement inexistante ».

L'employeur et le travailleur peuvent résilier immédiatement le contrat en tout temps pour de justes motifs (art. 337 al. 1 1ère phrase CO). Doivent notamment être 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 (art. 337 al. 2 CO).

Selon la jurisprudence, la résiliation immédiate pour justes motifs est une mesure exceptionnelle qui doit être admise de manière restrictive. Les faits invoqués à l'appui d'un renvoi immédiat doivent avoir entraîné la perte du rapport de confiance qui constitue le fondement du contrat de travail. Seul un manquement particulièrement grave du travailleur justifie son licenciement immédiat ; si le manquement est moins grave, il ne peut entraîner une résiliation immédiate que s'il a été répété malgré un avertissement. Par manquement du travailleur, on entend en règle générale la violation d'une obligation découlant du contrat de travail, mais d'autres incidents peuvent aussi justifier une résiliation immédiate (ATF 130 III 28 consid. 4.1 p. 31 et les arrêts cités). En particulier, un manquement au devoir de fidélité du travailleur peut constituer un juste motif de congé. En revanche, des motifs économiques invoqués par l'employeur pour mettre fin aux rapports de travail ne constituent pas des justes motifs au sens de l'art. 337 CO (cf. arrêts C 15/05 du 23 mars 2006, C 14/02 du 10 juillet 2002).

La loi ne prévoit toutefois aucune exception au principe susmentionné, même lorsque l'employeur doit renoncer aux services d'un employé pour des raisons économiques (ATAS/1268/2009).

Au vu de ce qui précède, force est de constater, d'une part, que la résiliation n'est pas intervenue avec effet immédiat et, d'autre part, que les difficultés économiques de l'entreprise ne constituent pas de justes motifs au sens de l'art. 337 CO.

8. L'obligation de restituer les AIT en cas de résiliation du contrat avant la fin de la mesure, ou dans les trois mois suivants, est par ailleurs expressément rappelée dans le formulaire de la demande d'AIT, dûment signé par l'employeur le 20 janvier 2020 et dans la décision d'octroi d'AIT du 28 août 2020.

Selon la jurisprudence, cette disposition de la formule de confirmation de l'employeur relative à l'initiation au travail est une clause accessoire au contrat de travail, laquelle prime tout accord contenant des clauses contraires. L'employeur a ainsi été dûment informé des conditions auxquelles l'octroi de l'AIT était subordonné (ATF 126 V 42).

L'employeur s'est engagé, en signant le formulaire « demande AIT » du 18 août 2020, à employer l'assuré pendant une durée minimale correspondant à la durée de l'AIT plus un délai de trois mois, sous réserve d'une résiliation pour justes motifs au sens de l'art. 337 CO.

On peut, certes, comprendre que les expectatives de la société quant à l'augmentation de son chiffre d'affaires ne se sont pas concrétisées, il n'en demeure pas moins qu'il s'agit d'un risque qui est indissociable de la qualité d'entrepreneur et qu'il n'appartient pas à la collectivité de l'assumer.

9. Aussi la chambre de céans n'a-t-elle d'autre choix que de rejeter le recours.

10. 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