

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/600/2016

ATAS/1060/2016

COUR DE JUSTICE
Chambre des assurances sociales

Arrêt du 8 décembre 2016

3^{ème} Chambre

En la cause

A_____ SÀRL, sis à DUILLIER, comparant avec élection
dedomicile en l'étude de Maître Emmanuel HOFFMANN

recourante

contre

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

intimé

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

EN FAIT

1. La société A_____ SARL (ci-après: la société) a déposé en date du 24 juin 2014 une demande d'allocation de retour en emploi (ci-après : ARE) d'une durée de 24 mois en vue de l'engagement de Monsieur B_____ (ci-après : l'employé) à un poste de responsable administratif et commercial à plein temps dès le 1^{er} août 2014, moyennant un salaire mensuel brut de CHF 11'000.-.
2. Le formulaire de demande d'ARE rempli et signé par la société précisait 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 (...) ».
3. Par décision du 28 août 2014, le service des emplois de solidarité de l'office cantonal de l'emploi a, sur préavis favorable de la commission tripartite, accordé à l'employeur une ARE pour une durée de vingt-quatre mois, soit du 5 août 2014 au 4 août 2016.
4. Par pli du 29 mai 2015, reçu par l'employé le 1^{er} juin 2015, la société a mis fin aux rapports de travail avec effet au 30 septembre 2015.
5. Par décision du 27 août 2015, l'Office cantonal de l'emploi (ci-après : l'OCE) a révoqué sa décision du 28 août 2014 et exigé la restitution du montant de CHF 87'266.15, correspondant aux montants perçus par la société au titre de l'ARE. Cette décision était motivée par le licenciement de l'employé avant la fin de l'ARE sans que de justes motifs aient été invoqués.
6. Le 28 septembre 2015, la société s'est opposée à cette décision. L'employeur a allégué n'avoir jamais été informé de l'obligation qui lui incomberait de rembourser l'ARE en cas de licenciement de son employé avant le terme de la mesure. Selon lui, Monsieur C_____, conseiller en personnel en charge du dossier, aurait au contraire clairement laissé entendre que si l'employé ne lui convenait pas, il pourrait le licencier sans risque. L'employeur ajoutait avoir mis fin aux rapports de travail en raison de l'incompétence de l'intéressé et de sa mauvaise entente avec les autres

employés, qui créait un climat de travail insupportable. Enfin, la société soutenait que le remboursement requis la placerait dans une situation financière difficile.

7. Par décision sur opposition du 20 janvier 2016, l'OCE a confirmé sa décision du 27 août 2015. L'OCE a constaté qu'il n'était pas contesté que l'employé avait été licencié par la voie ordinaire et que la société avait été dûment informée par le biais du formulaire de demande d'ARE signé le 24 juin 2014, de son obligation de rembourser les prestations perçues en cas de licenciement sans justes motifs.
8. Par acte du 22 février 2016, la société a interjeté recours contre cette décision.

Le recourant répète que le conseiller en charge du dossier lui aurait clairement assuré, à plusieurs reprises, qu'une cessation des rapports de travail restait possible, si l'employé ne convenait pas. Considérant qu'il a agi de bonne foi en licenciant l'assuré, il estime qu'on ne saurait lui réclamer la restitution des prestations perçues au titre de l'ARE. Il ajoute qu'il serait injuste et contraire au droit du travail d'obliger un employeur à continuer les rapports de travail jusqu'à l'échéance de la mesure, d'une part, que le remboursement exigé le mettrait dans une situation financière difficile et donc précariserait l'emploi de ses autres employés, d'autre part.

9. Invité à se déterminer, l'intimé, dans sa réponse du 8 mars 2016, a conclu au rejet du recours.
10. Par écriture du 8 avril 2016, le recourant a persisté dans ses conclusions, en alléguant que le procès-verbal de suivi d'entretien téléphonique versé au dossier (pièce 8 intimé) n'était pas conforme à la réalité, puisqu'il n'avait pas été consigné qu'il s'était plaint du fait que le conseiller en personnel lui avait promis qu'un licenciement de l'employé restait possible s'il ne convenait pas, explications à la lumière desquelles il a lu le formulaire de demande d'ARE.
11. Une audience d'enquête et de comparution personnelle s'est tenue le 28 avril 2016.

Madame D_____, employée de l'intimé, a confirmé avoir eu un entretien téléphonique durant l'été 2015 avec Monsieur E_____, représentant de la société. Celui-ci lui avait relaté les difficultés rencontrées avec l'employé et s'était plaint de n'avoir pas été averti des conséquences d'un licenciement. M. E_____ avait ajouté que M. C_____ lui avait pourtant indiqué qu'il pourrait se séparer sans problèmes de son employé.

Mme D_____ a indiqué avoir également reçu M. E_____ en entretien le 17 août 2015. Au cours de cet entretien, M. E_____ lui avait dit avoir licencié l'employé quelques jours plus tôt, information qu'elle ne possédait pas lors de l'entretien téléphonique précité. C'est alors qu'elle avait averti M. E_____ de l'obligation de rembourser l'ARE.

Entendu à son tour, Monsieur C_____, en charge du dossier auprès de l'intimé, a quant à lui déclaré n'avoir eu qu'un seul entretien avec M. E_____, au cours

duquel les éventuelles conséquences d'un licenciement n'avaient pas été abordées. Il a expliqué ne donner ce type d'information que sur question des employeurs.

A celle de savoir s'il avait affirmé à M. E_____ qu'il pourrait licencier son employé sans problèmes, le témoin a répondu que, dans un contrat de travail, les deux parties sont libres de rompre leur collaboration, en dépit d'une ARE.

Quant à M. E_____, représentant du recourant, il a avoué ne pas avoir lu le formulaire de demande d'ARE et l'avoir signé après que l'employé lui a assuré que tout était en ordre. Il a une nouvelle fois reproché à M. C_____ de ne pas l'avoir prévenu des risques encourus.

12. Par écriture du 3 mai 2016, l'intimé a persisté dans ses conclusions en rejet du recours.

Selon l'intimé, aucun mauvais renseignement n'a été donné à l'employeur quant aux conséquences d'un licenciement. C'est l'employeur qui a fait preuve de négligence en signant un document sans en prendre connaissance. En aucun cas il n'a reçu l'assurance qu'il pourrait licencier l'employé, en tout temps et sans conséquence, s'il ne convenait pas.

13. Par écriture du 20 mai 2016, le recourant a également persisté dans ses conclusions.

Le recourant considère que M. C_____ n'a pas nié l'avoir conforté dans la possibilité de licencier l'employé s'il ne donnait pas satisfaction. Selon lui, l'intimé et l'assuré ont abusé de sa confiance en lui vantant les bénéfices d'une ARE sans attirer son attention sur les risques.

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 depuis 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 (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 consiste à déterminer si l'intimé est fondé à réclamer à la recourante la restitution de la somme de CHF 87'266.15 perçue au titre de l'ARE.
5. a. 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'Etat 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).

b. 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). 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).

c. 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).

Selon la jurisprudence, la procédure de restitution de prestations sociales comporte trois étapes en principe distinctes, à savoir une première décision sur le caractère indu des prestations, une seconde décision sur la restitution en tant que telle des prestations (comportant l'examen de la réalisation des conditions d'une révision ou d'une reconsidération, dans la mesure où les prestations fournies à tort l'ont été en exécution d'une décision en force), et, le cas échéant, une troisième décision sur la remise de l'obligation de restituer (arrêt du Tribunal fédéral 9C_678/2011 du 4 janvier 2012 consid. 5.2 ; ATAS/82/2016 du 2 février 2016 consid. 2 ; Ueli KIESER, ATSG-Kommentar, 3^{ème} éd., 2015, n. 9 ad art. 25, p. 383). Cette procédure en plusieurs temps s'explique – et se justifie aussi en matière de prestations complémentaires cantonales de chômage, dont font parties les ARE – par le fait que l'obligation de restituer des prestations sociales indûment touchées et son étendue dans le temps sont indépendantes de la bonne foi du bénéficiaire des prestations, car il s'agit simplement de rétablir l'ordre légal, après la découverte d'un fait nouveau (arrêt du Tribunal fédéral des assurances P 61/2004 du 23 mars 2006 consid. 5 in fine ; ATAS/505/2016 du 28 juin 2016 consid. 4 ; ATAS/513/2015 du 30 juin 2015 consid. 3 ; ATAS/107/2014 du 23 janvier 2014 consid. 6a in fine).

C'est une fois qu'est entrée en force la décision portant sur la restitution elle-même des prestations perçues indûment – donc en principe dans un troisième temps seulement (à tout le mois dans un deuxième temps, la décision sur la restitution en tant que telle étant susceptible d'être rendue en même temps que la décision sur le caractère indu des prestations [arrêt du Tribunal fédéral 9C_496/2014 du 22 octobre 2014 consid. 2 ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances P 62/04 du 6 juin 2005 consid. 1.2]) – que sont examinées les deux conditions cumulatives faisant le cas échéant obstacle à une restitution, à savoir la bonne foi et l'exposition à une situation difficile, à moins qu'il soit manifeste que ces deux conditions sont remplies, auquel cas il doit être renoncé à la restitution déjà au stade de la prise de la décision sur la restitution. Le moment déterminant pour apprécier s'il y a une situation difficile est d'ailleurs le moment où la décision de restitution est exécutoire (cf. art. 3 al.3 et 4 al. 2 OPGA).

6. En l'espèce, il n'est pas contesté que le recourant a résilié le contrat de travail de son employé par courrier du 29 mai 2015 avec effet au 30 septembre 2015, soit avant la fin de la mesure d'ARE, qui intervenait le 4 août 2016. L'intimé a eu connaissance de ce licenciement en date du 17 août 2015. La demande en restitution porte sur la période d'août 2014 à juillet 2015.

Ainsi, en rendant sa décision de révocation et de restitution le 27 août 2015, l'intimé a respecté les délais d'un an et de cinq ans prévus par l'art. 48 B al. 3 RMC.

7. Le recourant allègue n'avoir pas été conscient des conséquences d'un licenciement avant terme. Il reconnaît n'avoir pas lu le formulaire de demande d'ARE que l'assuré lui a soumis pour signature. Il ajoute avoir reçu l'assurance qu'il était possible de mettre fin aux rapports de travail, sans risques et se prévaut de sa bonne foi.

Aux termes de l'art. 5 al. 3 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), les organes de l'Etat et les particuliers doivent agir de manière conforme aux règles de la bonne foi. Cela implique notamment qu'ils s'abstiennent d'adopter un comportement contradictoire ou abusif (ATF 136 I 254 consid. 5.3 p. 261 et les références citées). De ce principe général découle notamment le droit fondamental du particulier à la protection de sa bonne foi dans ses relations avec l'Etat, consacré à l'art. 9 in fine Cst. (ATF 138 I 49 consid. 8.3.1 p. 53 et les références citées). Le principe de la bonne foi protège le citoyen, à certaines conditions, dans la confiance légitime qu'il met dans les assurances reçues des autorités, notamment lorsqu'il a réglé sa conduite d'après des décisions, des déclarations ou un comportement déterminé de l'administration et qu'il a pris sur cette base des dispositions qu'il ne saurait modifier sans subir de préjudice (ATF 139 V 21 consid. 3.2 p. 27 ; ATF 137 I 69 consid. 2.5.1 p. 73).

Une décision ne peut être qualifiée d'arbitraire (art. 9 Cst.) que si elle est manifestement insoutenable, méconnaît gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté, ou heurte de manière choquante le sentiment de la

justice et de l'équité; il ne suffit pas qu'une autre solution paraisse concevable, voire préférable; pour que cette décision soit annulée, encore faut-il qu'elle se révèle arbitraire non seulement dans ses motifs, mais aussi dans son résultat (ATF 138 I 49 consid. 7.1; ATF 137 I 1 consid. 2.4; ATF 136 I 316 consid. 2.2.2; arrêt du Tribunal fédéral 2C_406/2013 du 23 septembre 2013 consid. 5.1).

En l'occurrence, l'employeur ne saurait se prévaloir d'une protection de sa bonne foi. En effet, il lui appartenait de prendre connaissance du formulaire de demande qu'il signait. Or, celui-ci précisait clairement en son chiffre 5 que le contrat de travail ne pouvait être résilié « avant la fin de la durée totale de la mesure ou dans les 3 mois suivants ». Les termes employés ne laissent aucune place à l'ambiguïté. Dès lors, peu importe de savoir si, au moment de demander une ARE, l'employeur se serait vu affirmer le contraire par M. C_____. En effet, il n'en demeure pas moins que, par la suite, obligation était faite à l'employeur d'informer l'autorité compétente avant un éventuel licenciement, obligation à laquelle le recourant ne s'est pas plié. Or, s'il avait agi conformément aux instructions, l'autorité compétente aurait pu lui indiquer la marche à suivre pour éviter tout problème en termes d'ARE (ATAS/1258/2014). En l'occurrence, force est de constater que ce n'est qu'en août 2015 que M. E_____ a contacté Mme D_____.

Le recourant soutient par ailleurs que les motifs de licenciement étaient nombreux : l'employé était incompetent pour le poste et n'avait amené aucune affaire, il faisait preuve d'un comportement inadapté et ne s'entendait guère avec les autres employés de la société, créant ainsi un mauvais climat de travail. Ce faisant, le recourant invoque implicitement qu'il aurait eu de justes motifs pour résilier le contrat de l'employé avant l'échéance de l'ARE et qu'il ne devrait, de ce fait, pas être tenu de restituer les allocations touchées.

Cependant, les reproches formulés à l'encontre de l'employé, au demeurant non vérifiés, n'apparaissent clairement pas assez graves pour constituer un juste motif au sens de l'art. 337 CO.

Qui plus est, peu importe qu'il existe ou non de justes motifs 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. En effet, seuls les justes motifs justifiant une résiliation immédiate du contrat de travail au sens de l'art. 337 CO peuvent être pris en considération selon l'art. 32 al. 2 LMC. Or, tel n'est pas le cas en l'occurrence vu le contenu de la lettre de résiliation du 29 mai 2015. 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'il doit être invoqué sans retard sous peine de forclusion.

Eu égard aux considérations qui précèdent, c'est à juste titre que la restitution de l'ARE a été réclamée, étant précisé que la question de la remise de l'obligation de restituer fait l'objet d'une procédure distincte. L'intimé prendra soin de faire suivre la demande d'ores et déjà formulée par le recourant à l'autorité compétente afin que cette dernière se détermine une fois la décision en restitution entrée en force. En

effet, il faut considérer que le recourant, en invoquant le fait que la restitution des ARE mettrait la société dans une situation financière difficile, demande implicitement la remise de l'obligation de restituer.

Au vu de ce qui précède, le recours est rejeté.

La procédure est gratuite (art. 89H al. 1 LPA).

**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 SECHAUD

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