

# **GE\_GERICHTE ATAS/376/2016 vom 17. Mai 2016**

GE Cour de justice, 2016-05-17, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_376\\_2016](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_376_2016)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/376/2016 du 17 mai 2016

IT: GE\_GERICHTE ATAS/376/2016 del 17 maggio 2016

## **Erwägungen**

### **E. 1**

La chambre des assurances sociales est compétente pour connaître des contestations prévues à l'art. 49 al. 3 de la loi en matière de chômage du 11 novembre 1983 (LMC - J 2 20) en matière de prestations cantonales complémentaires (art. 134 al. 3 let. b de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05), donc pour statuer sur le présent recours, dès lors que celui-ci est dirigé contre une décision sur opposition révoquant une ARE – soit une prestation complémentaire cantonale de chômage – et faisant obligation de la rembourser. Le présent recours a été interjeté en temps utile (art. 49 al. 3 LMC ; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10), compte tenu de la suspension du délai de recours du 18 décembre au 2 janvier inclusivement (art. 63 al. 1 let. c et art. 89A LPA), dans le respect des exigences légales de forme et de contenu (art. 64 s. LPA), par une personne (ici morale) ayant qualité pour recourir (art. 60 al. 1 let. a et b LPA). Il est donc recevable.

A/38/2016 - 10/18 -

### **E. 2**

a. Pour l'établissement des faits pertinents, il y a lieu d'appliquer les principes ordinaires régissant la procédure en matière d'assurances sociales, à savoir, en particulier, la maxime inquisitoire, ainsi que les règles sur l'appréciation des preuves et le degré de la preuve. b. La maxime inquisitoire signifie que l'assureur social et, en cas de litige, le juge, établissent d'office les faits déterminants, avec la collaboration des parties, sans être lié par les faits allégués et les preuves offertes par les parties, en s'attachant à le faire de manière correcte, complète et objective afin de découvrir la réalité matérielle (art. 19 s., 22 ss, 76 et 89A LPA ; cf. aussi art. 43 LPGA ; Ghislaine FRÉSARD- FELLAY / Bettina KAHIL-WOLFF / Stéphanie PERRENOUD, Droit suisse de la sécurité sociale, vol. II, 2015, p. 499 s.). Les parties ont l'obligation d'apporter, dans la mesure où cela peut être raisonnablement exigé d'elles, les preuves commandées par la nature du litige et des faits invoqués ; à défaut, elles s'exposent à devoir supporter les conséquences de l'absence de preuve (art. 28 LPGA ; ATF 125 V 193 consid. 2 ; 122 V 157 consid. 1a ; 117 V 261 consid. 3b et les références). c. Comme l'administration, le juge apprécie librement les preuves administrées, sans être lié par des règles formelles (art. 19, 76 et 89A LPA ; cf. aussi art. 61 let. c LPGA). Il lui faut examiner de manière objective tous les moyens de preuve, quelle qu'en soit la provenance, puis décider si les pièces du dossier et autres preuves recueillies permettent de porter un jugement valable sur le droit litigieux. d. Une preuve absolue n'est pas requise en matière d'assurances sociales. L'administration et le juge fondent leur 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 prépondérant. Il ne suffit donc pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une

hypothèse possible. Parmi tous les éléments de fait allégués ou envisageables, le juge doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables (ATF 130 III 321 consid. 3.2 et 3.3 ; 126 V 353 consid. 5b ; 125 V 193 consid. 2 et les références). Il n'existe 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 319 consid. 5a ; Ghislaine FRÉSARD- FELLAY / Bettina KAHIL-WOLFF / Stéphanie PERRENOUD, op. cit., p. 517 s.).

### **E. 3**

Les ARE sont des prestations cantonales complémentaires à celles qu'institue la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982 (LACI - RS 837.0). Elles sont régies par la LMC, sans renvoi à la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA - RS 830.1), qui ne leur est donc pas applicable.

A/38/2016 - 11/18 - Avec d'autres prestations cantonales complémentaires de chômage, les ARE ont été introduites dans la LMC par la loi 9922 du 28 juin 2007, entrée en vigueur le 1er février 2008, pour remplacer un système d'emplois temporaires cantonaux permettant la reconstitution de droits aux indemnités de chômage, critiqué par la Confédération, par un dispositif cantonal répondant aux exigences fédérales, et visant par ailleurs prioritairement le retour à l'emploi ainsi que l'élévation du niveau de compétence professionnelle des chômeurs (MGC 2005-2006/XII A – 11429 ; MGC 2006-2007/X A - 7884 s.). Les chômeurs domiciliés dans le canton de Genève ayant épuisé leur droit aux indemnités fédérales peuvent ainsi bénéficier d'une ARE s'ils retrouvent un travail salarié auprès d'une entreprise active en Suisse ou sur proposition faite par l'autorité compétente de sa propre initiative (art. 30 al. 1 LMC). La mesure se déroule en priorité au sein d'une entreprise privée, laquelle doit offrir des conditions d'engagement conformes aux usages professionnels de la branche, subsidiairement au sein de l'État ou d'une autre collectivité ou entité publique (art. 34 al. 1 LMC). Selon l'art. 32 al. 1 LMC, l'octroi d'une ARE 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, il est tenu de restituer à l'État la participation au salaire reçue, sous réserve des cas de résiliation immédiate du contrat de travail pour justes motifs au sens de l'art. 337 CO (al. 2). Le chômeur doit en outre avoir épuisé son droit aux indemnités fédérales; être apte au placement; ne pas avoir subi, pendant le délai-cadre d'indemnisation fédérale, de suspension du droit à l'indemnité de 31 jours et plus pour les motifs énumérés à l'art. 30 al. 1 let. c, d, e, f et g LACI, ne pas avoir fait l'objet d'une condamnation pénale ou administrative en raison d'une infraction réprimée aux art. 105, 106, 107 LACI et 47 et 48 LMC (al. 3). L'ARE est versée pendant une durée de douze mois consécutifs au maximum pour les chômeurs de moins de 50 ans au moment du dépôt de la demande, et de vingt-quatre mois consécutifs au maximum pour les chômeurs de 50 ans et plus au moment du dépôt de la demande (art. 35 al. 1 LMC). D'après l'art. 36 LMC, l'autorité compétente verse l'ARE sous forme d'une participation dégressive au salaire, par l'intermédiaire de l'employeur, lequel doit payer les cotisations usuelles aux assurances sociales sur l'intégralité du salaire et prélever la part du travailleur ainsi qu'une participation au salaire, qui est déterminée par le Conseil d'État et correspondant en moyenne à 50 % du salaire brut. Le salaire déterminant pour le versement de l'allocation est plafonné au montant maximum du gain mensuel assuré dans l'assurance-accidents obligatoire. L'ARE

correspond à 80% du salaire mensuel brut pendant le premier quart de la

A/38/2016 - 12/18 - mesure, puis est réduite de 20% par quart suivant (art. 27 du règlement d'exécution de la loi en matière de chômage du 23 janvier 2008 - RMC - J 2 20.01).

L'autorité compétente pour appliquer les dispositions régissant l'ARE est l'OCE (art. 3 al. 1 RMC).

#### **E. 4**

al. 2 OPGA). c. Les deux conditions matérielles que prévoit l'art. 48B al. 2 LMC, sur le modèle de l'art. 25 al. 1 phr. 2 LPGA, à savoir la bonne foi et l'exposition à une situation difficile, sont cumulatives (ATF 126 V 48 consid. 3c p. 53 ; DTA 2001 p. 160, C 223/00 consid. 5 ; ATAS/14/2016 du 12 janvier 2016 consid. 5a).

#### **E. 5**

a. Il y a violation de la LMC, fondant la révocation et la demande de restitution d'une ARE (art. 48B al. 1 LMC), lorsque l'employeur met un terme au contrat de travail avant la fin de la durée totale de la mesure, sauf lorsque la résiliation du contrat de travail intervient avec effet immédiat pour justes motifs au sens de l'art. 337 CO (art. 32 al. 2 LMC). Cette règle s'inscrit parfaitement dans les prévisions visées par les ARE. En effet, de tels emplois doivent favoriser le retour à l'emploi ; ils n'ont pas pour but d'être des emplois temporaires déguisés, permettant de reconstituer un droit de retourner au chômage dès l'année suivante (MGC 2006-2007/X A - 7912). Tant les chômeurs que les employeurs en bénéficiant doivent s'engager dans une relation de travail durable, sans terme prédéfini mais avec l'objectif affirmé et authentiquement recherché de permettre aux premiers de quitter le chômage et aux seconds, en contrepartie d'un soutien financier substantiel de l'État, de les accompagner dans un processus de retour à l'emploi, pouvant comporter l'apprentissage ou le

A/38/2016 - 14/18 - réapprentissage des contraintes et compétences liées à l'exercice d'un emploi. Non seulement il importe que le chômeur engagé à la faveur d'une ARE dispose à cette fin d'un temps suffisant lui ouvrant même la perspective de conserver son emploi au-delà de la durée de l'ARE – à savoir au-delà de douze mois pour les chômeurs de moins de 50 ans et de vingt-quatre mois pour les chômeurs de 50 ans et plus (art. 35 al. 1 LMC) –, mais encore cela suppose que l'employeur ne bénéficie pas simplement d'une main-d'œuvre à bon compte mais aussi accepte les servitudes dudit accompagnement. On ne saurait en revanche attendre d'un employeur s'engageant dans le processus considéré qu'il s'expose à devoir rembourser les ARE qu'il aura perçues lorsqu'il aurait de justes motifs de résilier le contrat de travail avec effet immédiat et le ferait effectivement (MGC 2006-2007/X A – 7930). Mais seuls des motifs – généralement des manquements – d'une gravité particulière justifient un licenciement avec effet immédiat, ou alors des manquements répétés malgré un ou plusieurs avertissements ; contrairement à une violation de l'obligation de fidélité ou de loyauté, une exécution négligente ou insatisfaisante du travail ne justifie en général pas une résiliation avec effet immédiat, sauf avertissements préalables ; il ne suffit pas que les rapports de confiance entre les parties soient subjectivement détruits, mais il faut encore que, objectivement, selon les règles de la bonne foi, on ne puisse plus attendre de la partie qui donne le congé la continuation des rapports de travail jusqu'à l'échéance du contrat (ATF 127 III 310 consid. 3 ; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_60/2014 du 22 juillet 2014 consid. 3.1 ; Gabriel AUBERT, Commentaire romand du CO, vol. I, 2ème éd., 2012, n. 1 à 7 ad art. 337). b. Il est admis, en Suisse, que les autorités

judiciaires, voire les autorités administratives, peuvent être appelées à écarter l'application des règles de droit qui ne seraient pas conformes au droit supérieur, et donc à en contrôler la validité à titre préjudiciel, selon le système diffus et concret de la juridiction constitutionnelle, l'art. 190 Cst. leur commandant toutefois d'appliquer les lois fédérales et le droit international (Andreas AUER / Giorgio MALINVERNI / Michel HOTTELIER ; Droit constitutionnel suisse, 3ème éd., 2013, vol. I, n. 1879 ss, 1903, 1908 s., 1919 ss, 1926 ss, 1937 ss, 1952 ss, 1961 ss ; Pascal MAHON, Droit constitutionnel, 3ème éd., vol. I, 2014, n. 242 ss, 249, 252, 253, 262, 276 ss, 284 ss ; ATAS/1235/2013 précité consid. 5c). La constitutionnalité de l'art. 32 al. 2 LMC peut donc être examinée dans le cadre du présent recours. Selon la recourante, il est contraire à la liberté contractuelle et à la liberté de licencier un employé que la seule exception que l'employeur puisse utiliser pour mettre fin à un rapport de travail soit le licenciement immédiat pour justes motifs au sens de l'art. 337 CO, et qu'ainsi un employé ait le droit absolu et inattaquable de rester à son poste jusqu'à la fin de la mesure. Les art. 32 al. 2 et 48B al. 1 LMC ne

A/38/2016 - 15/18 - limitent toutefois pas le droit de l'employeur de se séparer d'un employé qui ne lui donnerait pas ou plus satisfaction ou pour d'autres motifs ; ils prévoient en revanche qu'en dehors des cas de licenciement avec effet immédiat pour de justes motifs au sens de l'art. 337 CO, le remboursement des ARE perçues peut être exigé. La limitation indirecte qui en résulte, non du droit de l'employeur de mettre fin à une relation contractuelle, mais de la possibilité pratique de la faire effectivement en l'absence de circonstances justifiant un licenciement immédiat du fait du risque d'avoir à rembourser les ARE perçues se justifie – comme déjà indiqué – par la finalité de favoriser la réinsertion de chômeurs dans le marché du travail tout en évitant que les employeurs bénéficient simplement d'une main-d'œuvre à bon compte sans accepter les servitudes de l'accompagnement qu'ils s'engagent à effectuer à cette fin. Il ne s'agit jamais que d'une restriction indirecte aux dispositions régissant le contrat de travail, valable à titre de règle de droit public cantonal réservée par l'art. 6 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC - RS 210). Lesdites normes sont de rang légal, satisfont à l'intérêt public poursuivi et respectent le principe de la proportionnalité ; elles remplissent les conditions de validité de telles restrictions. Il s'impose d'autant plus de l'admettre qu'il faut en outre réserver d'une part le cas d'une résiliation du contrat de travail pendant le temps d'essai (à tout le moins durant le premier mois du contrat de travail, durée de temps d'essai que préconise l'OCE), et d'autre part l'hypothèse dans laquelle l'employeur était de bonne foi et se trouverait exposé à une situation financière difficile du fait de l'obligation de rembourser les ARE perçues. Le grief de non-conformité desdites dispositions au droit supérieur, en particulier à la liberté contractuelle, doit être rejeté.

## **E. 6**

a. En l'espèce, la recourante fait valoir qu'en réalité, elle a licencié l'employée avec effet immédiat pour de justes motifs, à savoir en raison de l'abandon injustifié de son poste de travail le 23 juin 2015. Force est cependant de lui opposer qu'elle-même, à la suite de l'intervention d'un syndicat, est revenue sur ce licenciement, puisqu'elle a accepté, par courrier du 3 juillet 2015, que l'employée reprenne son poste en juillet 2015 « dès que possible », ce par quoi elle a entendu – selon les explications qu'elle a données notamment en audience – au terme de l'incapacité de travail que le médecin de l'employée qualifiait alors de probable pour le 28 juillet 2015. Quand bien même elle a persisté à dire que l'employée avait abandonné son poste le 23 juin 2015, la recourante a de ce fait annulé son

licenciement immédiat, et c'est ensuite, par courrier recommandé du 28 juillet 2015, un licenciement à terme qu'elle lui a signifié pour le 31 août 2015. L'exception que prévoit l'art. 32 al. 2 LMC à l'obligation de restituer à l'État la participation au salaire suppose que le licenciement immédiat a été non seulement effectivement mais aussi valablement donné au salarié. Il ne suffit pas que ce

A/38/2016 - 16/18 - dernier se soit mis dans une situation dans laquelle l'employeur avait motif de le licencier avec effet immédiat ; encore faut-il que l'employeur l'ait formellement licencié avec effet immédiat, de surcroît de façon matériellement fondée. L'employeur ne saurait, même dans une perspective amiable, se réserver la possibilité de se prévaloir d'un juste motif de résiliation immédiate selon lui survenu pour mettre fin ultérieurement au contrat de travail avec effet immédiat – et échapper à l'obligation de restituer des ARE perçues – pour le cas où il aurait un nouveau motif d'insatisfaction à faire valoir à l'endroit de l'employé concerné, par hypothèse non constitutif de juste motif de licenciement immédiat. En l'occurrence, la situation est la même que si, formellement, il n'y avait pas eu le licenciement immédiat du 24 juin 2015. Il s'impose de retenir que l'employée a été licenciée pour l'échéance du délai de congé d'alors un mois, pendant la première année de service (art. 335c al. 1 CO). Au surplus, bien que la question n'ait pas à être tranchée, il sied d'indiquer qu'il n'apparaît pas démontré, du moins en l'absence d'avertissements préalables, que les insatisfactions que l'employée a suscitées aux yeux de la recourante ont constitué de justes motifs de licenciement immédiat, ni même que les circonstances, contestées, dans lesquelles l'employée a quitté sa place de travail pour se rendre chez le médecin, sans le dire d'emblée à la recourante, ont réalisé les conditions d'un abandon de poste constitutif d'un tel juste motif, dès lors que le médecin a attesté le jour même de l'incapacité de travail de l'employée. b. Il s'ensuit que la recourante se trouve dans la situation explicitement visée par l'art. 32 al. 2 LMC d'avoir à restituer les ARE qu'elle a perçues à l'appui de l'engagement de l'employée, sous réserve qu'elle ne doive être qualifiée comme ayant été de bonne foi et qu'en plus la restitution desdites prestations la mettrait dans une situation financière difficile. Sur le plan du principe, l'intimé n'a pas violé la loi, mais l'a appliquée, en révoquant sa décision d'octroi des ARE et en exigeant le remboursement des CHF 20'987.55 d'ARE qu'il avait versées à la recourante. c. L'intimé ne s'est pas encore prononcé sur la réalisation de ces deux conditions d'une remise de l'obligation de restituer lesdites prestations. Aussi la chambre de céans ne saurait-elle se prononcer à cet égard dans le cadre de la présente procédure, dans la mesure où il n'apparaît pas manifeste que ces deux conditions sont remplies, à tout le moins sous l'angle qu'aucune assurance n'a été donnée à la recourante que les ARE perçues ne lui seraient pas réclamées en retour en dehors du cas d'un licenciement immédiat pour de justes motifs. La question de la bonne foi ne se pose cependant pas sous ce seul angle ; l'absence d'assurances données dans ce cas dans un cas concret n'exclut pas par principe que le bénéficiaire d'ARE perçues à tort ou en trop ne puisse se prévaloir de sa bonne foi, étant rappelé qu'une faute légère n'exclut pas la bonne foi (ATF 112 V 97 consid.

A/38/2016 - 17/18 - 2c p. 103; 110 V 176 consid. 3c p. 180; arrêt du Tribunal fédéral non publié du 23 janvier 2009, 8C\_403/08, consid. 2.2 ; ATAS/61/2015 du 29 janvier 2015 consid. 4e).

## **E. 7**

a. Le recours doit donc être rejeté. b. La procédure est gratuite, la recourante n'ayant pas agi de manière téméraire ni témoigné de légèreté (art. 89H al. 1 LPA). \* \* \* \* \*

A/38/2016 - 18/18 - PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES  
SOCIALES : Statuant À la forme :

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte  
Originaltext. Quellen-URL siehe oben.