

## GE\_GERICHTE A/62/2018 vom 14. Juni 2018

GE Cour de justice, 2018-06-14, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_A\\_62\\_2018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_62_2018)

FR: GE\_GERICHTE A/62/2018 du 14 juin 2018

IT: GE\_GERICHTE A/62/2018 del 14 giugno 2018

### Erwägungen

#### E. 5

ème Chambre En la cause A \_\_\_\_\_ SA, sise c/o M. B \_\_\_\_\_, à LAUSANNE recourante contre OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI, sis rue des Gares 16, GENEVE intimé EN FAIT 1. Par demande signée les 27 et le 28 octobre 2016, Monsieur C \_\_\_\_\_ (ci-après : l'employé) et A \_\_\_\_\_ SA (ci-après : l'employeur ou la recourante) ont déposé une demande d'allocations d'initiation au travail (AIT) pour l'employé durant la période de novembre 2016 à avril 2017. Il est spécifié dans cette demande que l'employeur s'engage notamment à conclure avec l'employé un contrat de travail à durée indéterminée, à informer au préalable l'office cantonal de l'emploi (OCE) d'un possible échec de l'initiation, afin d'envisager ensemble des solutions visant à maintenir les rapports de travail, et si le contrat de travail devait être résilié pendant la période d'initiation ou dans les trois mois suivants, à rembourser les allocations sur l'ordre de la caisse de chômage compétente, sauf s'il s'agit d'un licenciement pour justes motifs au sens du Code des obligations. 2. Par contrat signé le 27 octobre 2016, l'employeur a engagé l'employé pour une durée indéterminée. 3. Par décision du 23 décembre 2016, l'OCE a octroyé à l'employeur et à l'employé l'AIT pendant la durée précitée. Il y est mentionné que « Les allocations versées pourront être demandées en remboursement si le contrat est résilié en dehors du temps d'essai, et sans justes motifs, pendant la période d'initiation ou dans les 3 mois qui suivent ». 4. Par courrier du 29 juin 2017, remis en mains propre, l'employeur a licencié l'employé pour le 31 juillet 2017 « suite aux motifs évoqués lors de votre entretien de ce jour ». 5. Selon une note du 28 août 2017 figurant dans le dossier de l'OCE, l'employé a été en incapacité de travail du 8 juin au 31 juillet 2017. Lors de l'entretien téléphonique avec l'employeur, ce dernier a déclaré qu'il appliquait l'échelle de Berne. La décision de licenciement était intervenue trois semaines après le début de l'incapacité de travail. 6. Selon une note de l'OCE du 9 octobre 2017, l'employé se trouvait en incapacité de travail pour cause de maladie depuis le 8 juin 2017, si bien que le congé signifié le 29 suivant ne devait pas déployer d'effets juridiques. Dès lors que le chômage commençait non pas à la cessation juridique mais à la cessation définitive et effective du rapport de travail, et que l'employé n'avait pas contesté son congé, le contrat de travail avait pris fin le 1<sup>er</sup> août 2017. Il convenait ainsi de révoquer l'AIT sans tenir compte de la nullité du congé. 7. Par décision du 10 octobre 2017, l'OCE a révoqué la décision d'octroi de l'AIT du 23 décembre 2016, au motif que l'employeur avait mis fin aux rapports de travail durant les trois mois suivant la fin de la mesure. L'employeur ayant licencié l'employé moyennant le respect du délai de congé d'un mois, il n'avait formulé aucun reproche susceptible de justifier un licenciement pour justes motifs. Au demeurant, même s'il disposait d'un juste motif, ce qui n'était pas établi, il avait choisi la voie du licenciement ordinaire et ainsi renoncé à se prévaloir d'un juste motif de licenciement. Enfin, l'employeur avait été dûment informé des conditions

auxquelles l'octroi de l'AIT était subordonné et des conséquences en cas de résiliation du contrat de travail avant le terme prévu ou dans les trois mois suivant la fin de la mesure.![endif]>![if> 8. Par courrier du 6 novembre 2017, l'employeur a formé opposition à cette décision, en faisant valoir que l'employé avait reçu plusieurs avertissements oraux. Son comportement n'ayant pas changé, l'employeur avait dû prendre la décision de le licencier. L'entreprise avait passé du temps à former l'employé pour qu'il fût opérationnel et autonome, si bien que le fait de le licencier était aussi un échec, ainsi qu'une perte d'argent et de temps considérable pour l'entreprise. L'employeur avait bénéficié de plusieurs AIT et cela s'était toujours très bien déroulé. La plupart des personnes engagées et sous contrat d'AIT travaillaient encore pour les sociétés respectives (sic).![endif]>![if> 9. Par décision du 29 novembre 2017, l'OCE a rejeté l'opposition pour les motifs déjà évoqués.![endif]>![if> 10. Par acte posté le 3 janvier 2018, l'employeur a formé recours contre cette décision, en concluant à son annulation. Il a mis en exergue qu'un licenciement immédiat pouvait aussi être justifié par des manquements réitérés de l'employé (retards répétés, non-respect des horaires, absences injustifiées, annonces tardives d'empêchement de travailler ou de remise des certificats médicaux, non-respect des instructions). Il était alors recommandé d'adresser des avertissements à l'employé. En l'occurrence, au vu de la personnalité et des troubles de l'employé, l'entreprise n'avait pas voulu lui apporter encore plus de tort en le licenciant avec effet immédiat. L'employé avait fourni plusieurs certificats médicaux entre mai et juillet 2017. La recourante ne comprenait par ailleurs pas la décision de révocation de l'AIT, dès lors que cette allocation n'avait été octroyée que jusqu'au 30 avril 2017 et que le contrat de travail avait pris fin seulement trois mois après la fin de cette mesure. ![endif]>![if> 11. Dans sa réponse du 8 février 2018, l'OCE a conclu au rejet du recours. Il a relevé que la recourante avait été informée des conditions auxquelles était subordonné l'octroi de l'AIT. Par ailleurs, peu importait si elle disposait d'un juste motif de licenciement, du moment qu'elle ne s'en était pas prévalu dans la résiliation.![endif]>![if> 12. Entendus par la chambre de céans le 3 mai 2018, les représentants de la recourante ont déclaré ce qui suit:![endif]>![if> M. D \_\_\_\_\_ : " Au début, le travail avec M. C \_\_\_\_\_ s'était bien passé. Plutôt vers la fin de son emploi, nous avons dû l'avertir oralement à trois reprises en raison d'arrivées tardives sans avertissement et de mensonges. En effet, M. C \_\_\_\_\_ nous avait fait croire qu'il était en train d'intervenir pour la réparation des écrans, alors même qu'il était rentré à la maison. Cela a beaucoup ébranlé le lien de confiance." M. B \_\_\_\_\_ : "Lorsque nous l'avons convoqué pour le licencier, il était d'accord qu'on mette fin au contrat, au vu des irrégularités dans son travail constatées. Il faut dire aussi qu'il a été souvent absent pour cause de maladie, ce qui a posé beaucoup de problèmes à l'entreprise, car il travaillait en binôme." "Si on nous avait dit en août que le congé était nul, nous l'aurions bien évidemment répété. J'aurais également repris M. C \_\_\_\_\_ à mon service, pour autant qu'il ait accepté. En effet, lors de notre dernier entretien, c'est lui qui a exprimé qu'il voulait arrêter le travail. C'était une entrevue très émotionnelle. Je voulais trouver une solution pour cet employé, mais il n'était plus motivé pour continuer à travailler avec mon entreprise." M. D \_\_\_\_\_ : "Je n'ai pas eu le réflexe de téléphoner à l'OCE, lorsque nous avons rencontré des problèmes avec M. C \_\_\_\_\_. Nous ne sommes pas des spécialistes en RH." M. B \_\_\_\_\_ : "M. C \_\_\_\_\_ ne voulait vraiment pas revenir travailler. Il ne se voyait pas de travailler en équipe ni en atelier. Déjà avant qu'on le licencie et qu'il soit « officiellement » malade à partir du 8 juin, il venait très irrégulièrement, voire sporadiquement. On ne pouvait pas compter sur lui. Quand on lui téléphonait, il ne

répondait pas. Ces absences ont commencé à partir de mi-avril 2017. Dans nos avertissements oraux, nous avons bien précisé qu'il risquait un licenciement. Pour l'entretien du 29 juin 2017, nous l'avons convoqué, afin d'examiner quelle suite donner à ce contrat de travail. Je lui ai dit que s'il voulait continuer à travailler avec nous il devait vraiment changer fondamentalement et venir tous les jours. Toutefois, M. C\_\_\_\_\_ n'était pas motivé et disait vouloir arrêter pour travailler dans un tout autre domaine. C'est alors, d'un commun accord, que nous avons mis fin au contrat de travail, même si formellement je l'ai licencié." Quant à l'intimé, il a déclaré que c'était la caisse de chômage qui était compétente pour examiner la validité d'une résiliation et si l'employé avait perdu le travail par sa propre faute. C'est elle aussi qui conseillait l'assuré. Ainsi, c'était en l'occurrence la caisse qui avait constaté que le congé était nul. 13. Le 31 mai 2018, M. C\_\_\_\_\_ a été entendu en tant que témoin et a déclaré ce qui suit:![endif]>![if> "Au début, mes relations avec A\_\_\_\_\_ SA étaient plutôt bonnes. Toutefois, au fil du temps, il y avait énormément de travail et j'ai perdu un peu le moral. Il est vrai aussi que j'avais beaucoup d'arrêts de travail. Aussi, lorsque j'ai arrêté de travailler en juin, c'était pendant une période avec une grande surcharge de travail. Lors de l'entretien du 29 juin 2017 avec mon ex-employeur, celui-ci m'a donné la lettre de congé. J'aurais bien voulu continuer à travailler pour cette entreprise et je n'étais pas d'accord avec ce licenciement. Mon ex-employeur m'a reproché mon manque de motivation. Je ne savais pas que ce congé était nul, même si j'ai trouvé bizarre qu'on puisse me licencier alors que j'étais malade. J'ai reçu deux avertissements sauf erreur pendant la durée de l'emploi. La raison en était qu'une fois j'avais terminé le travail plus tôt avec mon collègue et j'étais rentré à la maison. Nous avons estimé que nous avons bien travaillé le reste de la semaine avec beaucoup d'heures supplémentaires." "Le licenciement n'était pas en rapport avec l'avertissement que j'avais reçu. Lors de l'entretien du 29 juin 2017, un travail dans les ateliers m'a été proposé que j'ai refusé car j'étais toujours en congé maladie. Par ailleurs, je ne désirais pas changer de travail, mais continuer celui pour lequel j'avais été engagé." "Le 29 juin 2017, j'avais uniquement dit que je ne pouvais pas revenir pour l'instant, étant en congé maladie." Quant aux représentants de la recourante, ils ont déclaré que les heures supplémentaires étaient compensées en principe par les congés supplémentaires. Le lien de confiance avec leur ex-employé était rompu du fait qu'il leur avait fait croire qu'il travaillait, alors qu'il était à la maison, ce qui c'était produit plusieurs fois. Toutefois, selon le témoin, cela n'était arrivé qu'une seule fois. Les représentants de la recourante ont par ailleurs précisé que le collègue du témoin qui était également rentré à la maison, tout en faisant croire qu'il travaillait, avait reçu aussi un avertissement et n'avait pas été licencié pour ce motif. 14. Sur ce, la cause a été gardée à juger.![endif]>![if> 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). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.![endif]>![if> 2. Interjeté dans les délai et forme prescrits par la loi, le recours est recevable, compte tenu de la suspension des délais entre le 18 décembre et le 2 janvier inclusivement (art. 38 al. 4 let. c et 56 ss LPGA).![endif]>![if> 3. Est litigieuse en l'occurrence la question de savoir si l'intimé était en droit de révoquer la décision d'octroi de l'AIT, plus particulièrement si la recourante peut se prévaloir d'un juste motif de

résiliation du contrat de travail.!

4. a. 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).

b. 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 le 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/ 02 du 10 juillet 2002; GRISEL, *Traité de droit administratif*, vol. I, p. 408 sv.; Ulrich HÄFELIN/Georg MÜLLER, *Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, 3e 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 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).

c. Lorsque l'employeur s'est engagé à ne pas résilier le contrat de travail pendant une certaine durée, sauf s'il a un juste motif de licenciement, il n'est pas exigé que la résiliation soit intervenue formellement pour un tel motif, pourvu que cela soit le cas matériellement.

Notre Haute Cour a jugé qu'il n'est pas exclu de considérer une résiliation comme étant survenue pour de justes motifs, même si cela n'est 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 sociales C\_15/05 du 23 mars 2006 consid. 4.3; arrêt du Tribunal fédéral des assurances sociales 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\_14/02 op. cit. 4.2). Dans les arrêts cités, notre Haute Cour n'a cependant pas admis que les motifs invoqués dans les cas particuliers constituaient des justes motifs au sens de l'art. 337 de la loi fédérale du 30 mars 1911, complétant le Code civil suisse (CO, Code des obligations - RS 220). 5. 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). 6. En l'occurrence, la recourante a résilié le contrat de travail avant l'expiration du délai de trois mois suivant la fin de la période d'initiation, fixé par l'intimé dans sa décision du 23 décembre 2016. Se pose ainsi la question de savoir si la recourante peut se prévaloir de justes motifs. a. Aux termes de l'art. 337 CO, l'employeur et le travailleur peuvent résilier immédiatement le contrat en tout temps pour de justes motifs (al. 1). 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 (al. 2). 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). b. En l'espèce, la recourante a reproché à son employé en particulier d'être rentré à la maison, tout en lui faisant croire qu'il était en train d'intervenir pour la réparation d'écrans, ce qui s'était produit à plusieurs reprises. Le témoin a admis ce manquement une seule fois. Toutefois, il a reconnu

parallèlement avoir reçu deux avertissements, dont une fois pour ce motif. Par ailleurs, la recourante lui a reproché également des arrivées tardives sans l'en avoir averti. L'ex-employé reconnaît enfin avoir "perdu un peu le moral" à cause d'une surcharge du travail, au demeurant admise par la recourante, avoir présenté beaucoup d'arrêts de travail et que l'employeur lui avait reproché son manque de motivation. Il appert ainsi que l'employé a menti à la recourante au moins une fois, en lui faisant croire qu'il était en train d'intervenir pour la réparation d'écrans, alors qu'il avait en réalité arrêté de travailler. Néanmoins, la recourante n'a pas considéré pour autant que la continuation des rapports de travail était impossible de ce fait, puisqu'elle n'a résilié pour ce motif ni le contrat de l'employé incriminé ni celui de son collègue qui avait commis le même manquement. Quant aux retards répétés et arrêts de travail fréquents dont on ignore s'ils avaient réellement une cause médicale, ils étaient certes particulièrement gênants pour la recourante du fait que son employé travaillait en binôme. Néanmoins, elle n'a pas mis fin au contrat de travail directement après le dernier retard non excusé, mais a donné le congé à son employé au moment d'une incapacité de travail attestée médicalement. Enfin, la recourante a déclaré qu'elle aurait été d'accord de garder l'employé s'il avait accepté de travailler dorénavant en atelier, ce qui démontre que le lien de confiance n'était pas totalement rompu. Dans ces conditions, les motifs invoqués par la recourante ne peuvent pas être considérés comme justes motifs au sens de la loi. 7. En ce qui concerne la question de l'incidence juridique de la nullité du congé donné par la recourante, ce congé était certes nul au départ, ayant été donné pendant une période de protection (art. 336c al. 1 let. b CO). Toutefois, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, une remise conventionnelle des obligations contractuelles, en application de l'art. 115 CO, doit être admise, lorsque le travailleur n'offre pas ses services à l'employeur (ATF 115 v 437 consid. 4 p. 443 s.). Le caractère relativement impératif de l'art. 336c CO interdit certes aux parties de convenir d'avance que l'employeur pourra résilier le contrat unilatéralement durant une période de protection, mais il ne limite pas leur faculté de rompre en tout temps le contrat d'un commun accord, pour autant qu'elles ne cherchent pas par ce biais à détourner une disposition impérative de la loi (ATF 118 II 58 consid. 2a p. 60). En l'espèce, l'employé ne s'est précisément pas présenté à son travail après la fin de son incapacité de travail en date du 1<sup>er</sup> août 2017, si bien que le contrat de travail a pris fin d'un commun accord. Il n'en demeure pas moins que la recourante a résilié le contrat de travail dans les trois mois suivant la fin de la période d'initiation, même si l'effet de cette résiliation ne s'est produit qu'ultérieurement, par l'accord implicite de l'employé à la fin de son arrêt de travail. La cause de la fin du contrat est le licenciement donné par l'employeur que l'employé a accepté en ignorance de ses droits. Sans cette résiliation, l'employé se serait présenté à son travail une fois rétabli et le contrat n'aurait pas pris fin juillet 2017. Par conséquent, la recourante est tenue de rembourser les AIT reçues, conformément à l'engagement pris à l'égard de l'intimé. Ainsi, l'intimé était fondé de révoquer l'octroi de ces prestations. 8. Au vu de ce qui précède, le recours sera rejeté. 9. La procédure est gratuite. \*\*\* PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant À la forme :