

L'octroi d'allocations de retour à l'emploi n'a pas pour but de subventionner l'engagement de salariés par les entreprises, mais **visé la réinsertion de personnes au chômage**. Par conséquent, **la demande de restitution en cas d'échec de la réinsertion ne constitue pas une sanction administrative mais une mesure destinée à éviter le recours abusif à de telles allocations**. Sous l'angle restreint de l'arbitraire, le TF confirme l'absence d'application de la *lex mitior*, entrée en vigueur après l'admission de la demande et après le licenciement intervenu ensuite (c. 4).

En l'absence de circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, auraient permis à l'employeur de mettre fin au contrat avec effet immédiat (justes motifs de l'art. 337 CO), le TF confirme la décision de restitution des allocations perçues. Le TF renonce à examiner si le fait d'exiger que l'employeur ait de surcroît formellement procédé à un licenciement avec effet immédiat a pour effet de restreindre la liberté économique de façon contraire au principe de la proportionnalité (c. 5.3).

**Auteure : Tiphonie Piaget, avocate à La Chaux-de-Fonds**

Note : la notion de « justes motifs au sens de l'art. 337 CO » de l'art. 32 a LMC a été remplacée par celle de « cas de résiliation pour des motifs sérieux et justifiés » de l'art. 36B al. 2 LMC avec effet au 1<sup>er</sup> octobre 2017.

Recours contre le jugement de la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice de la République et canton de Genève du 8 novembre 2018 (A/2346/2017 ATAS/1039/2018).

#### Faits :

##### A.

A. est propriétaire du Motel B. Le 2 septembre 2015, il a déposé une demande d'allocations de retour en emploi auprès de l'Office cantonal de l'emploi de la République et canton de Genève (ci-après: l'OCE). Cette requête portait sur l'engagement de C. en qualité de directeur de l'établissement à compter du 26 septembre 2015. Selon la formule de demande, signée par l'employeur, celui-ci "s'engage[ait] à conclure avec l'employé un contrat de travail à durée indéterminée [...]. A l'issue de la période d'essai, si le contrat de travail [était] résilié avant la fin de la durée totale de la mesure ou dans les trois mois suivants, [il s'engageait à] 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". Par décision du 5 novembre 2015, l'OCE a admis la demande et a indiqué notamment que les allocations seraient versées pour la période du 5 novembre 2015 au 4 novembre 2017.

Par courrier du 25 novembre 2016, l'employeur a résilié les rapports de travail avec effet au 31 décembre suivant, en invoquant "les difficultés actuellement rencontrées par [son] établissement". Par décision du 3 février 2017, confirmée sur opposition le 26 avril suivant, l'OCE a révoqué la décision d'allocations de retour en emploi et a réclamé à l'employeur le remboursement d'un montant de 69'913 fr. 10 correspondant aux allocations perçues. En résumé, il a considéré que l'employeur avait contrevenu à son obligation de ne pas licencier C. pendant la durée de la mesure et que le motif invoqué à l'appui de la résiliation des rapports de travail ne constituait pas un juste motif de licenciement au sens de la loi.

**B.**

Saisie d'un recours contre la décision sur opposition, la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice de la République et canton de Genève l'a rejeté par jugement du 8 novembre 2018.

**C.**

L'employeur forme un recours en matière de droit public contre ce jugement, dont il demande la réformation en ce sens que la décision de l'OCE du 8 mars 2017 (sic) est annulée. Subsidiairement, il conclut à l'annulation du jugement attaqué et au renvoi de la cause à la cour cantonale ou à l'OCE, pour nouvelle instruction et nouvelle décision dans le sens des considérants.

L'OCE conclut au rejet du recours, tandis que la juridiction cantonale et le Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) ont renoncé à se déterminer.

**Considérant en droit :**

**1.**

Le recours est dirigé contre un arrêt final (art. 90 LTF) rendu en matière de droit public (art. 82 ss LTF) par une autorité cantonale de dernière instance (art. 86 al. 1 let. d LTF). Il a été déposé dans le délai (art. 100 LTF) et la forme (art. 42 LTF) prévus par la loi. Il est donc recevable.

**2.**

Sauf dans les cas cités expressément à l'art. 95 LTF, le recours ne peut pas être formé pour violation du droit cantonal en tant que tel. En revanche, il est toujours possible de faire valoir que la mauvaise application du droit cantonal constitue une violation du droit fédéral, en particulier qu'elle est arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. ou contraire à d'autres principes constitutionnels (ATF 138 I 143 consid. 2 p. 149; 137 V 143 consid. 1.2 p. 145). Appelé à revoir l'application ou l'interprétation d'une norme cantonale ou communale sous l'angle de l'arbitraire, le Tribunal fédéral ne s'écarte de la solution retenue par l'autorité cantonale de dernière instance que si celle-ci apparaît insoutenable, en contradiction manifeste avec la situation effective, adoptée sans motif objectif et en violation d'un droit certain (ATF 139 I 57 consid. 5.2 p. 61). En revanche, si l'application de la loi défendue par l'autorité cantonale n'est pas déraisonnable ou manifestement contraire au sens et au but de la législation en cause, elle sera confirmée, même si une autre solution éventuellement plus judicieuse paraît possible; en outre, il ne suffit pas que les motifs de la décision critiquée soient insoutenables; encore faut-il que cette dernière soit arbitraire dans son résultat (ATF 140 III 167 consid. 2.1 p. 168).

**3.**

**3.1.** Aux termes de l'art. 30 al. 1, première phrase, de la loi [de la République et canton de Genève] du 11 novembre 1983 en matière de chômage (LMC; RSG J 2 20), les chômeurs ayant épuisé leur droit aux indemnités fédérales peuvent bénéficier d'une allocation de retour en emploi s'ils retrouvent un travail salarié auprès d'une entreprise active en Suisse. Selon l'art. 32 aLMC, dans sa teneur en vigueur jusqu'au 30 septembre 2017, l'octroi de la mesure était subordonné à la production, avant la prise d'emploi, d'un contrat de travail à durée indéterminée (al. 1); si l'employeur mettait un terme au contrat de travail avant la fin de la durée totale de la mesure au sens de l'art. 35 LMC, il était tenu de restituer à l'Etat la participation au salaire reçue; étaient réservés les cas de résiliation immédiate du contrat de travail pour justes motifs au sens de l'article 337 CO (al. 2).

**3.2.** Le projet de loi modifiant la loi en matière de chômage (PL) 11804, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2017, a apporté plusieurs modifications au régime des allocations de retour en emploi. Dans le cadre des travaux préparatoires, le Conseil d'Etat a proposé au législateur de remplacer la notion de "justes motifs au sens de l'art. 337 CO" prévue à l'art. 32 aLMC par celle de "cas de résiliation

pour des motifs sérieux et justifiés". Le législateur s'est rallié à cette proposition et a adopté l'art. 36B al. 2 LMC, en vigueur dès le 1<sup>er</sup> octobre 2017, lequel a la teneur suivante: la décision relative à l'allocation de retour en emploi est révoquée si, après la période d'essai, l'employeur notifie la résiliation du contrat de travail avant la fin de la mesure ou dans les trois mois qui suivent; l'employeur est tenu de restituer à l'Etat la participation au salaire reçue; sont réservés les cas de résiliation pour des motifs sérieux et justifiés.

L'art. 30 du règlement d'exécution de la LMC (RMC; RSG J 2 20.01), entré en vigueur le 1<sup>er</sup> novembre 2017, dispose que sont notamment considérés comme des motifs sérieux et justifiés au sens de l'art. 36B al. 2 LMC un licenciement pour des motifs économiques avérés (let. a); des prestations durablement insuffisantes du travailleur, malgré les efforts d'encadrement et de formation qu'on était raisonnablement en droit d'attendre de l'employeur (let. b).

#### **4.**

**4.1.** En ce qui concerne le droit applicable *ratione temporis*, la juridiction cantonale a considéré que le cas d'espèce devait être jugé à l'aune de l'art. 32 al. 2 a LMC en vigueur jusqu'au 30 septembre 2017, motif pris que l'état de fait déterminant s'était entièrement déroulé sous l'empire de l'ancien droit. Elle s'est fondée pour cela sur les dispositions transitoires de l'art. 55A LMC, lequel dispose que les mesures cantonales octroyées avant l'entrée en vigueur de la loi 11804 modifiant la LMC continuent à être régies, jusqu'à leur échéance, par les dispositions du droit en vigueur au moment de leur attribution (al. 7) et que, dès l'entrée en vigueur de la loi 11804, l'octroi de nouvelles mesures cantonales est régi exclusivement par le nouveau droit (al. 8). En outre, elle s'est référée à l'art. 1 al. 1 Titre final CC qui consacre le principe de la non-rétroactivité des lois, ainsi qu'à la jurisprudence selon laquelle on applique, en cas de changement de règles de droit, les dispositions en vigueur lors de la réalisation de l'état de fait qui doit être apprécié juridiquement ou qui a des conséquences juridiques (ATF 138 V 176 consid. 7.1; 127 V 309 consid. 3b). La cour cantonale a ainsi rejeté l'argument de l'employeur qui invoquait l'application du principe de la *lex mitior* (art. 2 al. 2 CP) - soit l'application de la loi la plus favorable au justiciable -, motif pris que la révocation d'une décision d'allocations de retour en emploi ne constituait ni une sanction pénale ni une mesure disciplinaire.

**4.2.** Invoquant à nouveau le principe de la *lex mitior*, le recourant soutient que le cas d'espèce devrait être tranché à l'aune de l'art. 36B al. 2 LMC, lequel aurait assoupli le régime des sanctions administratives par rapport à l'art. 32 al. 2 a LMC. Se référant à un arrêt 2A.448/2003 du 3 août 2004 consid. 1.4, il allègue que le principe de la *lex mitior*, applicable en matière pénale, s'applique également par analogie en matière administrative lorsqu'une décision a le caractère d'une sanction. Or, la décision sur opposition du 26 avril 2017 contient l'indication selon laquelle la révocation de la décision d'allocations de retour en emploi et la demande de restitution des allocations perçues étaient conformes "à l'art. 48B LMC". Cette disposition prévoit qu'"en cas de violation de la [LMC], 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" (al. 1). Comme cette disposition figure au titre IV "dispositions pénales et sanctions administratives et disciplinaires" de la LMC, le recourant soutient que la révocation d'une décision d'octroi de prestations fondées sur la LMC et la demande de restitution des prestations allouées sont, de par la loi et de par la volonté du législateur, des sanctions administratives et/ou disciplinaires, auxquelles le principe de la *lex mitior*, ancré à l'art. 2 al. 2 CP, est applicable par analogie, conformément à la jurisprudence invoquée.

**4.3.** En l'occurrence, le recourant ne démontre pas en quoi l'application de la loi cantonale par la juridiction précédente serait déraisonnable ou manifestement contraire au sens et au but de la législation en cause. En particulier, il ne soutient pas que la solution retenue par les premiers juges est arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. ou contraire à d'autres principes constitutionnels, en tant que

l'application du principe de la lex mitior a été écartée, motif pris que la restitution des allocations de retour en emploi, octroyées avant l'entrée en vigueur du nouveau droit, devait être régie par l'ancien droit, conformément à la disposition transitoire de l'art. 55A al. 7 LMC. Au surplus, il y a lieu de relever, à l'instar de la juridiction précédente, que l'octroi d'allocations de retour en emploi n'a pas pour but de subventionner l'engagement de salariés par les entreprises mais qu'il vise la réinsertion de personnes au chômage. C'est pourquoi la demande de restitution en cas d'échec de la réinsertion ne constitue pas une sanction administrative mais bien plutôt une mesure destinée à éviter le recours abusif à de telles allocations.

Cela étant, la cour cantonale était fondée à trancher le cas à l'aune de l'art. 32 al. 2 aLMC, en vigueur jusqu'au 30 septembre 2017.

## 5.

**5.1.** Par un deuxième moyen, le recourant soutient que l'art. 32 al. 2 aLMC viole la liberté économique consacrée à l'art. 27 Cst. en tant qu'il restreint ce droit fondamental d'une manière contraire au principe de la proportionnalité (art. 36 al. 3 Cst.). Il fait valoir que cette norme cantonale n'est pas apte à atteindre l'objectif d'intérêt public visé, qui est de sanctionner les licenciements abusifs. Si l'art. 32 al. 2 aLMC a pour objectif d'éviter un recours abusif aux allocations de retour en emploi en sanctionnant les licenciements qui le sont et que l'on se contente d'examiner si le congé a été donné avec effet immédiat au sens de l'art. 337 CO, cette disposition ne serait pas apte à produire le résultat escompté (règle de l'aptitude) puisqu'un licenciement ordinaire n'est pas nécessairement abusif. Le recourant voit dans le cas d'espèce la parfaite illustration de son raisonnement: économiquement il lui aurait été plus favorable de licencier le salarié concerné (sans se poser la question de l'existence ou non d'un juste motif au sens de l'art. 337 CO), plutôt que de respecter les délais et termes de congé imposés par le droit des obligations. Il se serait alors exposé tout au plus à devoir payer à l'intéressé, dans le cadre d'une procédure prudhomme, une indemnité équivalant à six mois de salaire (48'000 fr.), soit nettement moins que le montant réclamé par l'OCE (69'913 fr. 10). De même, il aurait été préférable pour lui de ne pas résilier les rapports de travail, dès lors que le montant réclamé est nettement supérieur au salaire qu'il aurait payé si la mesure avait été menée à son terme (tout au plus 40'000 fr.). Le recourant est d'avis que la réclamation des allocations perçues en vertu de l'art. 32 al. 2 aLMC est contraire au principe de la proportionnalité et que sa liberté économique est ainsi restreinte de manière illicite.

## 5.2.

**5.2.1.** Selon l'art. 337 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 (al. 1); sont notamment 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). En règle générale, seul un manquement particulièrement grave peut justifier une telle mesure (ATF 142 III 579 consid. 4.2). Si le manquement est moins grave, il ne peut entraîner une résiliation immédiate que s'il a été répété malgré un avertissement (ATF 130 III 213 consid. 3.1 p. 220).

**5.2.2.** Le principe de la proportionnalité exige qu'une mesure restrictive soit apte à produire les résultats escomptés (règle de l'aptitude) et que ceux-ci ne puissent être atteints par une mesure moins incisive (règle de la nécessité); en outre, il interdit toute limitation allant au-delà du but visé et il exige un rapport raisonnable entre celui-ci et les intérêts publics ou privés compromis (principe de la proportionnalité au sens étroit, impliquant une pesée des intérêts; ATF 142 I 76 consid. 3.5.1 p. 84; 138 I 331 consid. 7.4.3.1 p. 346; 136 IV 97 consid. 5.2.2 p. 104 et les arrêts cités). Le principe de la proportionnalité n'est pas, comme sa désignation l'indique, un droit fondamental mais uniquement un

principe constitutionnel. Il peut être invoqué dans le cadre d'un recours en matière de droit public directement et indépendamment d'un droit fondamental (cf. ATF 141 I 1 consid. 5.3.2 p. 7; 140 I 257 consid. 6.3.1 p. 267; 134 I 153 consid. 4.1 p. 156). Toutefois, lorsque le recourant s'en prévaut en relation avec le droit cantonal et indépendamment de toute atteinte à un droit fondamental, le Tribunal fédéral ne revoit pas le respect du principe de la proportionnalité librement, mais seulement sous l'angle de l'arbitraire (cf. ATF 141 I 1 consid. 5.3.2 p. 7 s. et les références citées).

### **5.3.**

**5.3.1.** L'argumentation du recourant tombe à faux. Celui-ci ne conteste pas le point de vue de la cour cantonale - auquel il sied de se rallier - selon lequel la réclamation des allocations de retour en emploi en cas d'échec de la réinsertion, soit en cas de licenciement prononcé avant la fin de la durée totale de la mesure ou dans les trois mois suivants, est destinée à lutter contre le recours abusif à des prestations dont le but n'est pas de subventionner l'engagement de salariés par les entreprises. Cette mesure ne respecterait toutefois pas le principe de la proportionnalité dans l'éventualité où elle toucherait également un employeur ayant donné le congé pour de justes motifs, à savoir des circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettraient pas d'exiger de lui la continuation des rapports de travail. Dans ce cas, le licenciement prématuré du salarié concerné ne saurait être considéré comme un comportement abusif de la part de l'employeur.

**5.3.2.** En l'espèce, la cour cantonale a constaté que les soupçons de malversations formulés à l'encontre du salarié concerné n'étaient pas fondés. Les faits reprochés ayant pris fin une année environ avant le licenciement, elle a considéré qu'ils n'avaient du reste pas entamé le lien de confiance au point de rendre la poursuite des relations de travail insupportable. Le recourant ne conteste pas ce point de vue mais il reproche à la cour cantonale d'avoir confirmé la décision de restitution des allocations de retour en emploi au seul motif que le licenciement n'avait pas été prononcé avec effet immédiat. Certes, la juridiction précédente s'est référée à sa jurisprudence concernant l'art. 32 al. 2 aLMC et elle a considéré qu'il ne suffisait pas qu'un bénéficiaire d'allocations de retour en emploi ait donné à l'employeur des motifs de licenciement avec effet immédiat; encore fallait-il que celui-ci ait procédé formellement à un tel licenciement, de surcroît de façon matériellement fondée, pour qu'il soit dispensé de l'obligation de restituer les prestations.

En l'occurrence, il n'est toutefois pas nécessaire d'examiner si cette interprétation d'une norme cantonale a pour effet de restreindre la liberté économique du recourant d'une manière contraire au principe de la proportionnalité consacré à l'art. 36 al. 2 Cst. En effet, il n'existait pas de circonstances - et le recourant n'en fait valoir aucune - qui, selon les règles de la bonne foi, auraient permis de le libérer de son engagement à ne pas mettre un terme aux rapports de travail avant la fin de la durée totale de la mesure. L'existence d'un juste motif de résiliation anticipée des rapports de travail n'étant pas établie, il n'est pas nécessaire de trancher le point de savoir si l'exemption de l'obligation de restituer eût en outre exigé un licenciement avec effet immédiat.

### **6.**

Quant au troisième moyen soulevé par le recourant, à savoir le grief d'arbitraire résultant d'une inégalité de traitement qu'entraînerait l'art. 32 al. 2 aLMC, il doit être écarté, comme le relève pertinemment la cour cantonale. Il suffit à cet égard de renvoyer aux motifs du jugement entrepris.

### **7.**

Vu ce qui précède, le jugement attaqué n'est pas critiquable et le recours se révèle mal fondé.

### **8.**

Le recourant, qui succombe, supportera les frais judiciaires (art. 66 al. 1 LTF). Bien qu'il obtienne gain de cause, l'intimé n'a pas droit à des dépens (art. 68 al. 3 LTF).

**Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :**

**1.**

Le recours est rejeté.

**2.**

Les frais judiciaires, arrêtés à 500 fr., sont mis à la charge du recourant.

**3.**

Le présent arrêt est communiqué aux parties et à la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice de la République et canton de Genève.