

# **GE\_GERICHTE ATAS/1039/2018 vom 8. November 2018**

GE Cour de justice, 2018-11-08, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_1039\\_2018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_1039_2018)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/1039/2018 du 8 novembre 2018

IT: GE\_GERICHTE ATAS/1039/2018 del 8 novembre 2018

## **Erwägungen**

### **E. 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 (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.

### **E. 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).

### **E. 3**

Interjeté dans les forme et délai prévus par la loi, le recours est recevable (cf. art. 49 al. 3 LMC et art. 89B de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 [LPA - E 5 10]).

### **E. 4**

Le litige porte sur le remboursement par le recourant des ARE dans son principe, la quotité des prestations à restituer n'étant quant à elle pas contestée. En revanche, la demande de remise ne fait pas l'objet de la présente procédure.

### **E. 5**

Les ARE ont été introduites dans la LMC le 1er février 2008. Elles faisaient partie des mesures visant à remplacer le système d'emplois temporaires cantonaux en vigueur jusqu'alors et critiqué par la Confédération (Mémorial du Grand Conseil MGC 2005-2006/XII A – 11429). Dans sa teneur en force jusqu'au 30 septembre 2017, l'art. 30 al. 1 a LMC prévoyait que les chômeurs ayant épuisé leur droit aux indemnités fédérales pouvaient bénéficier d'une allocation de retour en emploi s'ils retrouvaient un travail salarié auprès d'une entreprise active en Suisse. L'autorité compétente pouvait également proposer une telle mesure de sa propre initiative. Conformément à l'art. 32 a LMC, l'octroi de la mesure était subordonné à la production, avant la prise d'emploi, d'un contrat de travail à durée indéterminée. Si l'employeur mettait un terme au contrat de travail avant la fin de la durée totale de la mesure au sens de l'article 35, il était tenu de restituer à l'Etat la participation au salaire reçue. Etaient réservés les cas de résiliation immédiate du contrat de

travail pour justes motifs au sens de l'article 337 du code des obligations (CO – RS 220).

A/2346/2017 - 8/13 - Le projet de loi modifiant la loi en matière de chômage (PL) 11804, entré en vigueur le 1er octobre 2017, a apporté plusieurs modifications au régime des ARE. Selon l'exposé des motifs relatif au PL 11804, qui peut être consulté en ligne à l'adresse <http://ge.ch/grandconseil/data/texte/PL11804.pdf>, cette nouvelle visait à combler les lacunes de l'ancienne loi, dont les dispositions, notamment celles relatives aux employeurs, étaient beaucoup trop succinctes. Les conditions imposées aux employeurs étaient en outre insuffisantes. Dans le cadre des travaux préparatoires, le Conseil d'État a proposé au législateur de remplacer la notion de « justes motifs au sens de l'art 337 CO » prévue à l'art. 32 a LMC par celle de « cas de résiliation pour des motifs sérieux et justifiés ». Cette nouvelle formulation devait permettre à l'autorité d'examiner ces motifs de manière plus large et visait à ne pas pénaliser l'employeur (rapport de la Commission de l'économie chargée d'étudier le projet de loi du Conseil d'État modifiant la loi en matière de chômage PL 11804-A, p. 76ss, publié en ligne à l'adresse <http://ge.ch/grandconseil/data/texte/PL11804A.pdf>). Le législateur s'est rallié à cette proposition et a adopté l'art. 36B al. 2 LMC, qui dispose désormais que la décision relative à l'ARE 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'État 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 loi en matière de chômage (RMC - J 2 20.01), entré en vigueur le 1er 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).

## **E. 6**

S'agissant du droit applicable *ratione temporis*, 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 ; ATF 127 V 309 consid. 3b). L'art. 1 al. 1 du Titre final du code civil (CC – RS 210) consacre le principe de non-rétroactivité des lois. Selon ce principe, en l'absence de dispositions transitoires particulières, l'interdiction de la rétroactivité fait obstacle à l'application d'une nouvelle disposition légale à des faits entièrement révolus avant son adoption (rétroactivité proprement dite) (ATF 140 V 154 consid. 6.3.2). Le principe de la *lex mitior* - soit l'application de la loi la plus favorable au justiciable - est une exception au principe de la non-rétroactivité des lois. Il est soumis aux conditions auxquelles la doctrine et la jurisprudence subordonnent l'admissibilité de la rétroactivité des dispositions légales, soit notamment que cette rétroactivité soit expressément prévue par la loi ou qu'elle découle clairement de

A/2346/2017 - 9/13 - son sens. Le principe de la *lex mitior* est admis principalement en droit pénal, dès lors qu'il a été explicitement consacré par le législateur à l'art. 2 al. 2 du Code pénal (CP – RS 311.0) (ATF 102 Ib 335 consid. 2b). Il s'applique également en cas de sanctions disciplinaires (ATF 130 II 270 consid. 1.2.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C\_66/2013 du 7 mai 2013 consid. 5). En l'espèce, les dispositions transitoires ancrées à l'art. 55A LMC disposent 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). Dès l'entrée en vigueur de la loi 11804 modifiant la LMC, l'octroi de nouvelles mesures cantonales est régi exclusivement par le nouveau droit (al. 8).

### **E. 7**

L'art. 337 CO dispose que 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). Le juge apprécie librement s'il existe de justes motifs, mais en aucun cas il ne peut considérer comme tel le fait que le travailleur a été sans sa faute empêché de travailler (al. 3). En règle générale, seule une violation particulièrement grave des obligations contractuelles peut justifier une telle résiliation ; si le manquement est moins grave, il ne peut entraîner une résiliation immédiate que s'il a été répété malgré un avertissement. Les manquements doivent objectivement être de nature à détruire le lien de confiance essentiel dans des rapports de travail, ou à tout le moins de l'ébranler si sérieusement que la poursuite du contrat ne peut pas être exigée. Ils doivent en outre avoir concrètement conduit à une telle érosion des liens de confiance (ATF 130 III 213 consid. 3.1). Selon la jurisprudence, la résiliation immédiate pour justes motifs, qui constitue une mesure exceptionnelle, doit être admise de manière restrictive. Elle n'est pas destinée à sanctionner un comportement isolé et à procurer à l'employeur une satisfaction (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_60/2014 du 22 juillet 2014 consid. 3.1). Une prestation du travailleur mauvaise ou insuffisante n'est pas à elle seule un motif de licenciement immédiat. Un renvoi immédiat ne peut se justifier que si les carences sont si graves qu'elles empêchent de satisfaire même les exigences minimales du poste (Christian FAVRE / Charles MUNOZ / Rolf A. TOBLER, *Le contrat de travail*, Lausanne 2001, art. 337 CO n. 1.11). Selon la jurisprudence, l'employeur doit notifier le licenciement immédiat dès qu'il a connu le juste motif dont il entend se prévaloir, ou au plus tard après un bref délai de réflexion. S'il tarde à réagir, il est présumé avoir renoncé au licenciement

A/2346/2017 - 10/13 - immédiat ; à tout le moins, il donne à penser que la continuation des rapports de travail est possible jusqu'à la fin du délai de congé (ATF 127 III 310 consid. 4b). Lorsqu'une résiliation est signifiée en raison d'un simple soupçon (Verdachts- kündigung) - par exemple d'un acte punissable commis au préjudice de l'entreprise - ce soupçon doit être grave. Le licenciement n'est justifié que si l'employeur est en mesure de prouver que les soupçons sont fondés (Jürg BRÜHWILER, *Einzelarbeitsvertrag: Kommentar*, 3ème éd. 2014, n. 13 ad art. 337 CO). Dans de tels cas, la situation diverge selon que des clarifications sont nécessaires ou non afin d'établir les manquements de l'employé et leur ampleur. Le délai de réflexion ne débute qu'une fois le résultat de ces investigations connu. Lorsqu'il existe un soupçon concret, qui conduirait l'employeur à envisager la résiliation du contrat de travail s'il était avéré, celui-ci doit immédiatement prendre toutes les mesures exigibles pour clarifier la situation (arrêt du Tribunal fédéral 8C\_294/2011 du 29 décembre 2001 consid. 6.3.3).

### **E. 8**

Le juge a la compétence d'exercer un contrôle concret de normes réglementaires de droit cantonal (cf. Pierre MOOR / Alexandre FLÜCKIGER / Vincent MARTENET, *Droit*

administratif, vol. I, 3ème éd., Berne 2012, p. 346). A la demande des justiciables, les tribunaux sont tenus de contrôler à titre préjudiciel la conformité du droit cantonal à la Constitution et au droit fédéral dans son ensemble, et de ne pas l'appliquer lorsqu'ils arrivent à la conclusion que cette conformité n'est pas réalisée. Cette obligation découle du principe de la primauté du droit fédéral, ancré à l'art. 49 al. 1 Cst (ATF 127 I 185 consid. 2 ; Andreas AUER / Giorgio MALINVERNI / Michel HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, vol. 1, Berne 2013, p. 376 n. 1095 ss). Une norme réglementaire viole l'interdiction de l'arbitraire ou le principe de l'égalité de traitement, consacrés aux art. 9 et 8 al. 1 Cst., lorsqu'elle n'est pas fondée sur des motifs sérieux et objectifs, qu'elle est dépourvue de sens et d'utilité ou qu'elle opère des distinctions juridiques que ne justifient pas les faits à régler (arrêt du Tribunal fédéral des assurances I 675/03 du 31 août 2004 consid. 5).

## E. 9

a) En l'espèce, il convient tout d'abord de souligner que c'est l'art. 32 aLMC qui est applicable, et non les dispositions légales dans leur teneur depuis le 1er octobre 2017. En effet, les dispositions transitoires ne dérogent pas au principe de non-rétroactivité des lois. En outre, l'état de fait déterminant s'est entièrement déroulé sous l'empire de l'ancien droit. Ainsi, les arguments du recourant quant à l'application de la lex mitior ne lui sont d'aucun secours, étant souligné que la révocation d'une décision d'octroi d'ARE ne relève à l'évidence ni d'une mesure disciplinaire, ni d'une sanction pénale. b) Quant à l'existence de justes motifs, la Chambre de céans retient ceci. En premier lieu, les soupçons de malversations du recourant ne sont nullement avérés et paraissent reposer uniquement sur les apparentes discrédances observées entre l'occupation du parking et l'activité de la femme de chambre, d'une part, et

A/2346/2017 - 11/13 - les nuitées enregistrées, d'autre part. Ces soupçons ne sont ainsi étayés par aucun élément concret. Or, il appartenait au recourant de procéder aux investigations nécessaires afin de confirmer les doutes qu'il nourrissait à l'encontre de l'assuré s'il entendait se prévaloir de justes motifs pour s'en séparer. Conformément à la jurisprudence, une simple suspicion ne suffit pas. En outre, force est de constater que ces éléments remontent selon les déclarations du recourant à décembre 2015 ou janvier 2016. Or, le congé n'a été signifié qu'une année plus tard environ. Compte tenu de ce délai, force est de constater que les malversations alléguées, fussent-elles réelles, n'ont pas entamé le lien de confiance au point de rendre la poursuite des relations de travail insupportable. En d'autres termes, la poursuite des relations de travail était exigible du recourant. Eu égard à cet élément, il est inutile d'entendre l'assuré, si bien que la chambre de céans ne donnera pas suite à la requête du recourant, par appréciation anticipée des preuves (ATF 140 I 285 consid. 6.3.1). Quant à l'argumentation du recourant, selon laquelle la loi n'exige pas un licenciement effectif mais seulement l'existence de justes motifs, elle ne peut être suivie. La chambre de céans a déjà tranché cette question, considérant qu'il ne suffit pas qu'un bénéficiaire d'ARE ait donné à son employeur des motifs de le licencier avec effet immédiat, encore faut-il que ce dernier ait formellement procédé à un tel licenciement, de surcroît de façon matériellement fondée (ATAS/376/2016 du 17 mai 2016 consid. 6a). c) Le recourant soutient encore que l'exigence de restitution des ARE porterait atteinte à sa liberté économique, garantie par l'art. 27 Cst. Cette liberté protège toute activité économique privée, exercée à titre professionnel et tendant à la production d'un gain ou d'un revenu. La garantie de la liberté contractuelle, consacrée explicitement aux art. 1 et 19 CO, fait partie intégrante de la liberté économique (ATF 131 I 333 consid. 4). Aux termes de

l'art. 36 Cst, toute restriction d'un droit fondamental doit être fondée sur une base légale. Les restrictions graves doivent être prévues par une loi. Les cas de danger sérieux, direct et imminent sont réservés (al. 1). Toute restriction d'un droit fondamental doit être justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui (al. 2). Toute restriction d'un droit fondamental doit être proportionnée au but visé (al. 3). En l'espèce, l'art. 32 aLMC est une norme de rang légal. L'octroi d'ARE n'a pas pour but de subventionner la main d'œuvre des entreprises mais vise la réinsertion de personnes au chômage, ce qui relève d'un intérêt public. Prévoir la restitution des prestations perçues lorsque le licenciement n'intervient pas pour justes motifs permet à la fois de contribuer au succès de la réinsertion professionnelle grâce à un engagement de durée en principe indéterminée, tout en évitant le recours abusif aux ARE par les entreprises. Les exigences de l'existence d'un intérêt public et de la proportionnalité de l'entrave à la liberté contractuelle sont ainsi respectées. Enfin,

A/2346/2017 - 12/13 - s'agissant du grief d'arbitraire résultant de l'inégalité de traitement qu'entraînerait l'art. 32 aLMC, il tombe à faux. En effet, contrairement à ce que le recourant prétend, la loi distingue bel et bien entre les différents cas de licenciement, puisqu'elle prévoit précisément que l'ARE n'a pas à être remboursée lorsqu'un employé est limogé pour de justes motifs. Le seul fait que le législateur aurait également pu exclure le remboursement lorsque les rapports de travail ont pris fin pour des motifs ayant trait à la capacité économique de l'employeur - comme il l'a fait par la suite - ne suffit pas à qualifier d'arbitraire la solution adoptée dans l'ancienne loi. En effet, l'arbitraire ne résulte pas du seul fait qu'une autre solution pourrait entrer en considération ou même qu'elle serait préférable (ATF 129 I 8 consid. 2.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C\_498/2009 du 16 mars 2010 consid. 3.1). Partant, l'art. 32 aLMC est conforme à la Constitution. b) Compte tenu de ces éléments, l'obligation de remboursement doit être confirmée, étant rappelé que l'intimé devra statuer sur la demande de remise du recourant.

## **E. 10**

Le recours est rejeté. Le recourant, qui succombe, n'a pas droit à des dépens (art. 89H al. 1 LPA). Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 89H al. 1 LPA).

A/2346/2017 - 13/13 - 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.