

GE_GERICHTE ATAS/755/2018 vom 3. September 2018

GE Cour de justice, 2018-09-03, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_755_2018

FR: GE_GERICHTE ATAS/755/2018 du 3 septembre 2018

IT: GE_GERICHTE ATAS/755/2018 del 3 settembre 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) en vigueur dès le 1er 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.

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). Sur le plan cantonal, la procédure est régie par les art. 89A et suivants de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA-GE - E 5 10), conformément à l'art. 49 LMC.

E. 3

Selon l'art. 49 al. 3 LMC, les décisions sur opposition, ainsi que celles contre lesquelles la voie de l'opposition n'est pas ouverte, peuvent faire l'objet d'un recours auprès de la chambre des assurances sociales de la Cour de justice, dans un délai de trente jours à partir de leur notification. Interjeté dans les forme et le 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 la contestation de la décision de l'OCE d'avoir révoqué l'octroi de l'ARE, suite au licenciement de l'employé par l'employeur, et sur la demande de remboursement de la participation au salaire versé par l'État, qui en découle, et singulièrement de la question de savoir si l'employeur était en droit de résilier les

A/1325/2018 - 7/16 - rapports de travail au moment où il l'a fait, sans que l'intimé puisse prétendre au remboursement des prestations d'ARE versées.

E. 5

Sur le plan matériel, le point de savoir quel droit s'applique doit être tranché à la lumière du principe selon lequel les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 130 V 229 consid. 1.1 et les références).

La LMC a subi plusieurs modifications (1er juin 2017) entrées en vigueur au 1er octobre 2017, notamment les dispositions du chapitre IV régissant l'allocation de retour en emploi. Selon l'art. 55A al. 7 LMC, disposition transitoire relative à la modification du 1er juin 2017, les mesures cantonales octroyées avant l'entrée en vigueur de la loi 11'804, du 1er juin 2017, modifiant la loi en matière de chômage du 11 novembre 1983, continuent à être régies, jusqu'à leur échéance, par les dispositions du droit en vigueur au moment de leur attribution. C'est donc l'ancienne teneur de la loi (aLMC) – et la jurisprudence y relative – qui s'appliquent au cas d'espèce, et en particulier l'art. 32 al. 2 aLMC dont la teneur était alors la suivante : « 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'État 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 du code des obligations ». Ceci dit, nombre de dispositions de cette loi n'ont pas été modifiées, et en particulier celles qui régissent la demande de restitution, respectivement la demande de remise de cette obligation, de sorte qu'elles sont citées selon l'abréviation légale en cours (LMC).

E. 6

a. Il y a violation de la LMC, fondant la révocation d'une ARE et la demande de restitution des allocations versées (art. 32 al. 2 aLMC, art. 19 et 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). b. L'art. 32 al. 2 aLMC 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 bénéficier des prestations versées en leur faveur mais aussi de les accompagner dans un processus de retour à l'emploi, pouvant comporter l'apprentissage ou le 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 prolongée du délai ordinaire de résiliation de son

A/1325/2018 - 8/16 - contrat, mais cela suppose aussi que l'employeur ne bénéficie pas simplement d'une main-d'œuvre à bon compte, mais 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 qu'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). c. Dans un arrêt récent (ATAS/1097/2017 du 5 décembre 2017), la chambre de céans a rappelé qu'elle avait déjà jugé (ATAS/376/2016 du 17 mai 2016 consid. 5b), que les art. 32 al. 2 aLMC et 48B al. 1 LMC sont de rang légal, poursuivent un intérêt public et respectent le principe de la proportionnalité. Les restrictions qu'ils apportent à des droits fondamentaux, comme la liberté économique, satisfont aux conditions de validité de telles restrictions (art. 36 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 - Cst. - RS 101). 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. d. La chambre de céans a jugé à plusieurs reprises que lorsque l'employeur ne licencie pas son employé concrètement sur la base de l'art. 337 CO, il renonce à se prévaloir d'un licenciement pour justes motifs, de sorte que des justes motifs au sens de l'art. 337 ne peuvent pas être retenus (ATAS/505/2016 du 28 juin 2016 consid. 6c ; ATAS/376/2016 du 17 mai 2016 consid. 6a ; ATAS/61/2016 du 26 janvier 2016 consid. 11 ; ATAS/102/2016 du 4 février 2016 consid. 7 ; ATAS/158/2016 du 1er mars 2016 consid. 13). Par un arrêt du 30 mars 2017 (ATAS/255/2017), rendu en plénum, elle a maintenu cette jurisprudence sur le plan du principe, parce que la révocation ex tunc d'une ARE et, partant, l'obligation de restituer les montants reçus, en cas de résiliation sans justes motifs, résulte de la loi elle-même (art. 32 al. 2 LMC), en plus de figurer

A/1325/2018 - 9/16 - dans le formulaire de demande d'une ARE et, depuis récemment, dans les décisions d'octroi de l'ARE. De plus, les justes motifs de licenciement devant être invoqués sans délai, on ne voit pas pourquoi, de façon générale, l'employeur pourrait le faire ultérieurement pour contester la révocation des ARE octroyées et la demande de restitution des ARE versées ; le risque d'invocation abusive ou opportuniste de tels motifs ne serait pas négligeable. En outre, l'employeur requérant des ARE s'engage à contacter l'OCE avant tout licenciement d'un salarié pour lequel des ARE sont versées, ce qui doit lui permettre d'obtenir de l'OCE l'accord de licencier le salarié et, en conséquence, l'assurance de n'avoir pas à restituer les ARE perçues, dans des cas limites et compte tenu des circonstances concrètes. La chambre de céans a cependant réservé les cas, a priori rares, dans lesquels il est manifeste que l'employé a été licencié matériellement en raison d'un juste motif, immédiatement après le manquement reproché, quoiqu'à terme mais en étant libéré de l'obligation de travailler pendant le délai de congé. Dans une telle hypothèse (comme au demeurant dans celle inverse, dans laquelle un licenciement immédiat formellement présenté comme tel apparaîtrait manifestement abusif), il pourrait se justifier que la chambre de céans vérifie, à titre préjudiciel, l'existence de justes motifs de licenciement pour juger de la validité d'une révocation ex tunc de l'ARE et de l'obligation de principe faite à l'employeur de restituer les ARE perçues.

E. 7

a. Aux termes de l'art. 19 LMC - disposition générale de principe, applicable à l'ensemble des prestations complémentaires cantonales de chômage (Titre III) - l'autorité compétente

peut exiger le remboursement des prestations touchées indûment (al. 1). 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 (al. 2). L'art. 25 al. 2 LPGA est applicable par analogie (al. 3). Selon l'art. 48B LMC, (Titre IV dispositions pénales et sanctions administratives et disciplinaires), qui reprend les principes de l'art. 19 LMC : « 1 En cas de violation de la présente 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. 2 L'autorité compétente 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. 3 Le droit de demander la restitution s'éteint un an après le moment où l'autorité compétente a eu connaissance du fait, mais au plus tard cinq ans après le versement de la prestation ». Ces dispositions reprennent pour les prestations complémentaires cantonales de chômage, dont l'ARE, les mêmes principes et règles qu'expriment, dans leur domaine respectif d'application, l'art. 25 LPGA (cf. aussi art. 2 à 5 de l'ordonnance

A/1325/2018 - 10/16 - sur la partie générale du droit des assurances sociales du 11 septembre 2002 - OPGA - RS 830.11) – dans celui des assurances sociales fédérales – et par exemple l'art. 24 al. 1 de la loi cantonale sur les prestations cantonales complémentaires du 25 octobre 1968 (LPCC - J 4 25) – pour les prestations complémentaires cantonales à l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité. Il y a lieu d'interpréter l'art. 48B LMC de la même façon que ces autres dispositions, que ce soit pour la procédure à suivre ou sur le fond (ATAS/376/2016 du 17 mai 2016 consid. 4a), même s'il paraît laisser un pouvoir d'appréciation à l'autorité lorsque les deux conditions d'une remise sont remplies (ATAS/505/2016 du 28 juin 2016 consid. 4a). b. Comme la jurisprudence l'a précisé, 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, 3ème 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 – 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 moins 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 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 (cf. art. 3 al. 3 OPGA ; Ueli KIESER, op. cit., n. 53 ad art. 25, p. 392 s.). 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. 4 al. 2 OPGA).

A/1325/2018 - 11/16 -

E. 8

Il y a lieu en outre de rappeler que, dans le domaine des assurances sociales notamment, la procédure est régie par le principe inquisitoire, selon lequel les faits pertinents de la cause doivent être constatés d'office par le juge. Mais ce principe n'est pas absolu. Sa portée est restreinte par le devoir des parties de collaborer à l'instruction de l'affaire. Celui-ci comprend en particulier l'obligation des parties 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, faute de quoi elles risquent de devoir supporter les conséquences de l'absence de preuves (ATF 125 V 195 consid. 2 et les références). Selon la jurisprudence et la doctrine, l'autorité administrative ou le juge ne doivent considérer un fait comme prouvé que lorsqu'ils sont convaincus de sa réalité (KUMMER, Grundriss des Zivilprozessrechts, 4ème éd., Berne 1984, p. 136 ; GYGI, Bundesverwaltungrechtspflege, 2ème éd., p. 278 ch. 5). Le juge 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. 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). 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). Si l'administration ou le juge, se fondant sur une appréciation consciencieuse des preuves fournies par les investigations auxquelles ils doivent procéder d'office, sont convaincus que certains faits présentent un degré de vraisemblance prépondérante et que d'autres mesures probatoires ne pourraient plus modifier cette appréciation, il est superflu d'administrer d'autres preuves (appréciation anticipée des preuves ; ATF 122 II 469 consid. 4a ; 122 III 223 consid. 3c). Une telle manière de procéder ne viole pas le droit d'être entendu selon l'art. 29 al. 2 Cst. (SVR 2001 IV n. 10 p. 28 consid. 4b), la jurisprudence rendue sous l'empire de l'art. 4 aCst. étant toujours valable (ATF 124 V 94 consid. 4b ; 122 V 162 consid. 1d).

E. 9

En l'espèce, l'employeur qui était au bénéfice d'une ARE de vingt-quatre mois du 1er novembre 2015 au 31 octobre 2017, a résilié le contrat de travail de son employé le 30 octobre 2017, - remis à l'intéressé en main propre le jour-même, comme l'a confirmé la directrice de la recourante en comparution personnelle -, avec effet au 30 novembre 2017, de sorte que l'OCE a, par la décision du 2 février 2018, objet du recours, révoqué l'ARE et en a réclamé la restitution. a. Il est ainsi établi que le contrat de travail a bien été résilié pendant la durée de la mesure. Peu importe que les effets du congé aient été différés à l'échéance du délai de résiliation. En effet le Tribunal fédéral, dans un arrêt du 16 février 2005 (C 55/04), - rendu en matière de mesure fédérale d'initiation au travail, dont les

A/1325/2018 - 12/16 - principes, en la matière, s'appliquent aux mesures cantonales d'ARE -, a retenu la date à laquelle le contrat de travail a été résilié. Peu importe, selon la Haute Cour, que le délai de congé arrive lui à échéance au-delà « de la fin de la période d'initiation au travail convenue »; le Tribunal fédéral rappelle en effet que le terme «résilier» est sans équivoque: résilier un contrat de travail, c'est mettre fin aux rapports de travail ou donner le congé. La résiliation est l'exercice d'un droit formateur et prend la forme d'une déclaration de volonté soumise à réception ; elle déploie ses effets dès qu'elle parvient dans la sphère de puissance du destinataire (cf. Rémy WYLER, Droit du travail, Berne 2002, p. 325 en bas). L'exercice de ce droit ne peut être confondu avec la survenance du terme ou l'écoulement du délai pour lequel le congé est donné. Le texte de l'art. 32 al. 2 LMC a ainsi fait l'objet d'une interprétation par la chambre de céans sur la question du sens à donner à l'expression « l'employeur met un terme au contrat de travail avant la fin de la durée totale de la mesure ». Il a ainsi été retenu que seule la date de résiliation est déterminante, de sorte que si celle-ci est prononcée pendant la durée de la mesure, la condition de l'art. 32 al. 2 LMC est réalisée, même si le délai de congé vient à échéance au-delà de la durée de la mesure (ATAS/40/2015 du 20 janvier 2015 ; ATAS/705/2016 du 7 septembre 2016; ATAS/79/2017 du 6 février 2017). Il apparaît ainsi inutile d'aborder le grief de la recourante, selon lequel la prolongation de l'engagement de l'employeur de ne pas résilier le contrat non seulement jusqu'à l'échéance de la mesure, mais encore dans les 3 mois suivants, serait contraire à la loi. b. Il est d'autre part établi et non contesté que le congé litigieux est un congé ordinaire, dont le motif figurant dans la lettre de résiliation est libellé de la manière suivante : « Suite à des problèmes économiques, nous sommes au regret de vous informer par la présente que nous vous donnons votre congé pour le délai légal, c'est-à-dire le 30 novembre 2017 ». A la forme déjà, ce congé ne répond pas aux conditions d'un congé avec effet immédiat et pour justes motifs au sens de l'art. 337 CO, de sorte que l'employeur ne saurait être mis au bénéfice de l'exception prévue par la loi par rapport aux engagements qu'il a pris lors de la demande d'ARE de ne pas résilier le contrat pendant toute la durée de la mesure (sauf résiliation pour justes motifs au sens de l'art. 337 CO). La recourante fait valoir que si la lettre de congé a été rédigée sous cette forme, ce serait à la demande expresse et implorante de l'employé afin d'éviter qu'il ne soit pénalisé dans ses possibilités de retrouver un emploi. Ce motif, fréquemment invoqué par les employeurs se trouvant dans la situation de la recourante, doit être examiné avec beaucoup de réserve, comme le rappelle la jurisprudence citée ci-dessus; car il pourrait en effet conduire à de nombreux abus. Sans exclure formellement que de son côté, l'employé ait pu formuler une telle demande à l'employeur, l'argument de la recourante ne saurait être retenu en l'espèce, et notamment pas pour justifier, de la part de la chambre de céans, des investigations

A/1325/2018 - 13/16 - complémentaires visant à déterminer exceptionnellement et préjudiciellement si, contrairement à la forme ordinaire du congé adoptée par la recourante, on devrait admettre que celui-ci aurait été donné pour des motifs tels que l'on ne saurait raisonnablement exiger de l'employeur la poursuite des relations de travail, au sens de la jurisprudence rappelée précédemment. En effet, la recourante elle-même (soit pour elle la directrice et épouse du propriétaire exploitant de l'établissement) a exposé dans son recours qu'elle voulait se séparer de l'employé, « néfaste envers son époux atteint dans sa santé par l'alcool », et qu'elle avait à cette fin pris conseil : on lui avait d'une part indiqué que ce contrat ne pouvait être résilié que pour justes motifs, et qu'il devait subsister jusqu'au terme de la mesure. D'un autre côté, elle expose dans son argumentation en droit que dès lors que l'employé travaillait normalement et que son problème d'alcool touchait ainsi sa relation

avec le patron, elle aurait pris un risque certain de se voir refuser l'admission d'un juste motif de licenciement immédiat par la juridiction de prud'hommes. Dans ce contexte, on peut également prendre en compte le fait que ce qui gênait essentiellement Mme D_____, était de voir son époux et l'employé « fanfaronner dans l'établissement à la fin du service de l'employé », soit en dehors des rapports de travail ; on relèvera également que la recourante elle-même indique que l'employé travaillait régulièrement, sans absence ni retard non justifié, les clients étant de manière générale satisfaits de son service (acte de recours page 4 ch.12), mais précisant que toutefois il consommait régulièrement de l'alcool. Selon elle, le personnel aurait rapporté qu'il était même venu "une fois" au travail en état d'ivresse, et qu'il commençait son service en ayant déjà consommé de l'alcool (acte de recours page 4 ch.13). Dans la chronologie de ses allégués, la recourante explique - pièce à l'appui - qu'en date du 2 juillet 2016 elle avait rédigé un avertissement formel consistant en un "dernier avertissement au sens du droit du travail et, en cas de récidive, nous résilierons votre contrat avec effet immédiat pour justes motifs avec les conséquences financières qui en découlent". D'une part, cet avertissement n'avait été remis à l'intéressé que le 22 juillet 2016, soit 3 semaines après qu'il ait été rédigé; mais d'autre part et surtout, après cet avertissement, aucun événement ne semble s'être produit jusqu'à fin octobre 2017, qui ait pu justifier la mise à exécution de la menace de résiliation du contrat avec effet immédiat, soit pendant plus de 15 mois après la notification de ce « dernier avertissement » ; ce qui laisse supposer à tout le moins un certain amendement de la part de l'employé, ceci en dépit des allégations de la recourante qui, le confirmant en audience de comparution personnelle, mettait plus en avant la mauvaise influence de l'employé sur son mari par rapport aux problèmes d'alcool rencontrés par ce dernier, et ainsi son désir d'éloigner l'employé de son mari, qu'elle ne lui reprochait véritablement un comportement incompatible avec la poursuite des rapports de travail, par rapport à ses prestations. La recourante a en effet déclaré, lors de son audition par la chambre de céans, qu'elle ne pouvait pas nier que l'employé travaillait bien, et ne suscitait pas de plainte de la part de la clientèle. Elle indique seulement quelques remarques de la part de clients, lorsque l'intéressé était alcoolisé pendant son

A/1325/2018 - 14/16 - service, ce qui ne paraît toutefois pas être systématique. Du reste la recourante n'a jamais prétendu que le jour de la résiliation du congé un événement particulier, en l'espèce particulièrement grave dans le comportement de l'employé se serait produit, qui aurait justifié la réaction immédiate de l'employeur. Au contraire, dans l'esprit de la recourante, cette date a été choisie de manière à pouvoir mettre fin aux rapports de travail le plus tôt possible après l'échéance de la durée de la mesure, soit en l'espèce à la fin du premier mois suivant l'échéance de la mesure, ceci pour respecter la durée pleine du délai de congé. Enfin, comme l'a fait observer la chambre de céans à Mme D_____ lors de son audition, il apparaît tout de même insolite que l'employeur ait engagé M. F_____ pour une durée indéterminée dès le 1er novembre 2015, dans le cadre de la demande d'ARE, alors qu'il avait d'emblée manifestement connaissance de ses problèmes d'alcoolisme, l'intéressé ayant déjà travaillé pour son compte, dans les années 2007 et ss, les rapports de travail s'étant soldés, selon la recourante, par un licenciement pour motif d'alcoolisme. De surcroît, la recourante relève que pendant la période de 2013 à 2015, l'employé avait repris contact avec M. C_____ et avait ainsi travaillé comme extra, et sur appel, dans l'établissement B_____, avant d'être engagé pour une durée indéterminée dans le cadre de la demande d'ARE. Dans ce contexte il apparaît ainsi inconcevable, qu'à en croire la recourante, si l'employé se trouvait en proie à une addiction aussi intense, elle n'ait pu être détectée déjà pendant la période où il accomplissait des extras ou encore venait travailler

sur appel. La recourante convient certes de cette incohérence, et a précisé lors de son audition, qu'elle s'attendait à ce que « cela se finisse mal », et qu'elle avait ainsi en vain tenté de convaincre son mari de ne pas l'engager. Il apparaît donc, dans un contexte aussi paradoxal et empreint de nombreuses contradictions, que le congé ordinaire signifié à l'employé a bien été donné volontairement sous cette forme par l'employeur, conscient qu'il était que les conditions d'un licenciement avec effet immédiat et pour justes motifs n'étaient pas réunies dans le cas d'espèce. Preuve en soit d'ailleurs que, comme l'a confirmé la recourante en comparution personnelle, hormis la prise de ses vacances légales, l'employé a effectivement travaillé jusqu'au terme du délai de congé. Or, si véritablement son comportement avait été tel que l'on ne puisse raisonnablement et de bonne foi exiger de l'employeur que les rapports de travail se poursuivent jusqu'à l'échéance normale du contrat, rien n'aurait empêché l'employeur de dispenser l'employé de travailler pendant la durée du délai de congé, ce qu'il n'a pas fait. Par ailleurs, l'employeur estimait – certes à tort – qu'en résiliant le contrat, le 30 octobre 2017, il estimait avoir respecté ses obligations tant à l'égard de l'employé que vis-à-vis de l'intimé. Comme le rappelle la jurisprudence susmentionnée, la recourante, pleinement renseignée sur la situation, après s'être entourée de conseils juridiques, aurait également pu, comme elle s'était d'ailleurs engagée à le faire dans la demande d'ARE, prendre contact avec l'intimé, pour le tenir informé de l'évolution de la situation et le cas échéant pouvoir à cette occasion s'assurer de l'accord de l'OCE

A/1325/2018 - 15/16 - avec une résiliation anticipée du contrat et obtenir ainsi la garantie de ne pas être exposée à devoir rembourser les indemnités reçues.

E. 10

Au vu de ce qui précède, et conformément aux principes jurisprudentiels rappelés précédemment (sur l'appréciation anticipée des preuves), la chambre de céans considère qu'au vu du dossier et des mesures d'instruction réalisées jusqu'ici, il est établi, à tout le moins au degré de la vraisemblance prépondérante exigé en matière d'assurances sociales, que le congé, donné pendant la durée de la mesure d'ARE, ne peut pas être considéré comme ayant été donné, au-delà de sa forme, en raison de justes motifs au sens de l'art. 337 CO; il apparaît ainsi inutile de procéder à d'autres mesures d'instruction, la chambre de céans estimant que celles-ci ne seraient de toute manière pas de nature à modifier l'issue du litige.

E. 11

Ainsi la chambre de céans considère que la recourante était dûment informée, dès la signature de sa demande d'ARE des conditions auxquelles l'octroi de l'ARE est subordonné. Aussi ne pouvait-elle manquer de savoir que si elle résiliait le contrat de travail de son employé avant le 31 octobre 2017 (voire dans les trois mois après l'échéance de la mesure), elle perdrait le droit à l'ARE, et devrait rembourser les prestations perçues. La loi ne prévoit à cet égard aucune exception à ce principe, même lorsque l'employeur doit renoncer au service d'un employé pour des raisons économiques (ATAS/1268/2009). C'est donc à juste titre que l'OCE a révoqué la décision d'octroi de l'ARE du 28 octobre 2015 et demandé le remboursement de l'intégralité de l'allocation versée, soit un montant de CHF 54'600.-, par décision du 2 février 2018, confirmée par décision sur opposition du 9 mars 2018.

E. 12

Le recours est donc rejeté. Pour le surplus la procédure est gratuite (art. 89 H al. 1 LPA)

A/1325/2018 - 16/16 - 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.