

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3027/2016

ATAS/415/2017

COUR DE JUSTICE
Chambre des assurances sociales

Arrêt du 29 mai 2017

10^{ème} Chambre

En la cause

A_____ SA, sise à GENÈVE, comparant avec élection de
domicile en l'étude de Maître Fateh BOUDIAF

recourante

contre

OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI, Service juridique, sis rue
des Gares 16, GENÈVE

intimé

Siégeant : Mario-Dominique TORELLO, Président; Willy KNÖPFEL et Jean-Pierre WAVRE, Juges assesseurs

remboursement de la somme totale de CHF 25'140.55, soit l'intégralité des prestations versées par l'État à l'employeur.

L'employeur a résilié le contrat de travail de l'employé par courrier du 30 janvier 2016 pour le 29 février 2016, soit durant la période des trois mois suivants l'ARE, sans que de justes motifs au sens de l'art. 337 CO ne soient évoqués.

6. Par courrier du 25 juillet 2016, l'employeur a formé opposition à la décision de révocation et remboursement d'ARE susmentionnée. Le contrat de l'employé avait dû être résilié suite à de nombreuses absences à répétition injustifiées pendant la période de fin 2015 et début 2016. Après trois avertissements écrits des 9 et 24 novembre 2015 et 19 décembre 2015, l'employé ne s'était pas présenté au travail sans prévenir et sans raison valable, l'employeur était dès lors contraint de résilier le contrat car malgré les avertissements infligés l'employé avait récidivé le 28 février 2016. Il avait dû, dans le désarroi face à la complexité de la situation, mettre un terme au contrat de travail car il avait une responsabilité certaine envers ses clients concernant la qualité des livraisons, ainsi que de ses employés qui travaillent sous pression lors d'absences imprévisibles. L'employeur ne pouvait, devant les nombreuses difficultés conjoncturelles, se permettre de travailler dans de telles conditions. Il concluait implicitement à l'annulation de la décision entreprise.
7. Par décision sur opposition du 16 août 2016, l'OCE a rejeté l'opposition et confirmé la décision du 7 juillet 2016. Il était établi et non contesté que l'employeur avait mis un terme au contrat de travail de l'employé le 30 janvier 2016 pour le 29 février 2016, soit durant la période des trois mois suivants l'ARE. Le montant demandé en restitution n'était pas non plus contesté.
8. Par mémoire du 13 septembre 2016, représenté par un conseil, l'employeur a saisi la chambre des assurances sociales de la Cour de justice d'un recours contre la décision susmentionnée. Il conclut à l'annulation de la décision sur opposition du 16 août 2016, à ce qu'il soit dit que la recourante n'a aucune obligation de restituer la participation au salaire reçue, le tout avec suite de dépens, sous la forme d'une indemnité valant participation aux honoraires d'avocat. Rappelant les circonstances ayant conduit au licenciement « pour motif personnel » par courrier du 30 janvier 2016, précédé de trois courriers d'avertissement et de celui de la veille de la lettre de licenciement, l'employé avait encore réitéré dans son comportement inconvenant le 28 février 2016. La décision de l'intimé consacre une violation du droit : les dispositions légales pertinentes prévoient que si l'employeur met un terme au contrat de travail avant la fin de la durée totale de la mesure (ARE), il est tenu de restituer la participation au salaire versé par l'État, sous réserve des cas de résiliation immédiate pour justes motifs au sens de l'art. 337 CO. L'obligation de restituer la participation au salaire reçu, lorsque le contrat est résilié par l'employeur dans les trois mois suivant la durée de la mesure, n'est prévue par aucune disposition légale, mais simplement dans le formulaire de demande de l'allocation et n'a donc pas force de loi. Elle ne saurait donc constituer un fondement pour la révocation de la mesure et encore moins pour son remboursement. Dans la mesure

où le contrat de travail a été résilié pour le 29 février 2016, soit postérieurement à la durée de douze mois octroyés, la recourante n'est pas tenue à restituer la participation au salaire reçue. À supposer que l'intimé fut fondé à prolonger de trois mois dès la fin de la mesure l'obligation de restitution de la participation au salaire reçue, il a à tort considéré que le licenciement n'avait pas été donné pour justes motifs, même si la lettre du 30 janvier 2016 ne le mentionnait pas expressément et même si l'employé avait bénéficié d'un délai de préavis d'un mois. Les fautes de l'employé, consacrées par les avertissements écrits qu'il avait reçus, et encore par son comportement dénoncé dans les courriers des 29 janvier et 28 février 2016, étaient manifestement constitutives de justes motifs de résiliation immédiate. Or, si la recourante n'avait pas emprunté cette voie-là, pour mettre fin au contrat de travail sur-le-champ, c'était pour la simple raison qu'elle croyait à tort que la résiliation immédiate obéissait à un délai de préavis d'un mois et la résiliation ordinaire à un délai de préavis de trois mois. Même si la résiliation du contrat de travail n'avait pas pris la forme d'un licenciement immédiat, il n'en demeure pas moins que la continuation des rapports de travail ne pouvait pas être exigée de la recourante. Cette interprétation était conforme à l'esprit de la jurisprudence de la chambre de céans.

9. L'intimé a répondu au recours par courrier du 27 septembre 2016 ; il a conclu à son rejet. La recourante n'apporte aucun élément nouveau permettant de revoir la décision précitée. L'argumentation développée par la recourante doit en outre être écartée : on ne saurait en effet reprocher à l'intimé une violation des art. 32 al. 2 LMC ni une violation du principe de la légalité. En effet conformément à la jurisprudence de la chambre de céans, l'OCE est compétent en sa qualité d'autorité compétente pour introduire dans la demande de prestations en question des conditions plus strictes que celles contenues à l'art. 32 LMC. Par ailleurs, conformément également à la jurisprudence, seule la date de résiliation est déterminante pour savoir si la résiliation a été effectuée antérieurement ou postérieurement à la durée de douze mois prévus par l'art. 35 al. 1 lett a LMC), ou dans les trois mois suivant la fin de cette mesure et que peu importe que la fin des rapports de travail et lieu au-delà de cette période. Enfin et toujours selon la jurisprudence la résiliation n'étant pas intervenue avec effet immédiat, elle ne peut être considérée comme relevant de l'art. 337 CO.
10. La recourante a brièvement répliqué, par mémoire du 24 octobre 2016. Dans son recours la recourante a soulevé deux griefs : 1. la violation du principe de la légalité au sujet de l'introduction de la période de trois mois après la fin de la mesure et la date déterminante ; 2. le mode réel de résiliation immédiate du contrat de travail indépendante du mode erroné ou déguisé emprunté par l'employeur. Dans sa réponse, l'intimé n'a traité que la première question.
11. L'intimé a brièvement dupliqué, par courrier du 8 novembre 2016 : bien que la recourante indique avoir disposé de motifs de licenciement immédiat à l'endroit de l'employé, c'est la voie du licenciement ordinaire qu'elle a choisi. Or ce n'est que

lorsque les rapports de travail sont résiliés avec effet immédiat pour de justes motifs que le remboursement des ARE n'est pas demandé. La chambre de céans rappelle que pour se prévaloir d'un licenciement sur la base de l'art. 337 CO les justes motifs doivent être invoqués sans tarder sous peine de forclusion, ce qui n'a pas été effectué dans le cas présent par la recourante.

12. Sur quoi la cause a été gardée à juger.

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). 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.

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).
3. 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]).
4. Le litige porte sur le droit de l'OCE de révoquer les ARE accordées à l'employeur et de réclamer à celui-ci le remboursement de la totalité des prestations versées.
5. a. La loi genevoise en matière de chômage a pour objectif la lutte contre le chômage de longue durée et le retour à l'emploi. Elle vise à favoriser le placement rapide et durable des chômeurs dans le marché de l'emploi, et à renforcer leurs compétences par l'octroi de mesures d'emploi, de formation et de soutien à la réinsertion. Elle institue pour les chômeurs des prestations cantonales complémentaires à celles prévues par l'assurance-chômage fédérale et, pour des chômeurs sans perspective de réinsertion rapide, des possibilités de maintien en activité professionnelle afin de prévenir leur marginalisation (art. 1 let. b, c et e LMC).

Les chômeurs ayant épuisé leur droit aux indemnités fédérales peuvent ainsi bénéficier d'une allocation de retour en emploi (ARE), s'ils retrouvent un travail salarié auprès d'une entreprise active en Suisse (art. 30 LMC). L'ARE, mesure incitative en vigueur depuis 1997, est considérée comme la mesure phare du

dispositif cantonal (cf. PL 10821 rapport du Conseil d'Etat au Grand-conseil, p. 34).

La mesure se déroule en priorité au sein d'une entreprise privée, laquelle doit offrir des conditions d'engagement conformes aux usages professionnels de la branche, subsidiairement, au sein de l'Etat et autre collectivité et entité publique (art. 34 al. 1 et 2 LMC).

b. L'octroi de la mesure est subordonné à la production, avant la prise d'emploi, d'un contrat de travail à durée indéterminée (art. 32 al. 1 LMC). Selon l'art. 32 al. 3 LMC, le chômeur doit en outre avoir épuisé son droit aux indemnités fédérales (let. a), être apte au placement (let. c) ne pas avoir subi, pendant le délai-cadre d'indemnisation fédérale, de suspension du droit à l'indemnité de 13 jours et plus pour les motifs énumérés à l'art. 30 al. 1, lettres c) à g) de la loi fédérale (let. d) et ne pas avoir fait l'objet d'une condamnation pénale ou administrative en raison d'une infraction réprimée aux articles 105 à 107 de la loi fédérale et 47 et 48 de la présente loi (let. e).

A teneur de l'art. 34 al. 4 LMC, la mesure ne peut pas être accordée aux entreprises, services de l'Etat, autres collectivités ou entités publiques qui en ont abusé. En particulier, ces entités sont exclues si elles font l'objet :

1° de sanction entrée en force prononcée en application de l'art. 13 de la loi fédérale concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir, du 17 juin 2005,

2° de mesure exécutoire prononcée en application de l'art. 45 al. 2 de la loi sur l'inspection et les relations du travail, du 12 mars 2003.

c. L'allocation de retour en emploi est versée pendant une durée de douze mois consécutifs au maximum pour les chômeurs de moins de 50 ans au moment du dépôt de la demande, et de vingt-quatre mois consécutifs au maximum pour les chômeurs de 50 ans et plus au moment du dépôt de la demande (art. 35 LMC).

L'autorité compétente verse l'allocation de retour en emploi sous forme d'une participation au salaire, octroyée de manière dégressive (art. 36 al. 1 et 4 LMC). Elle correspond à 80% du salaire mensuel brut pendant le premier quart de la mesure, puis est réduite de 20% par quart suivant (art. 27 du règlement d'exécution de la loi en matière de chômage du 23 janvier 2008 (RMC ; RS J 2 20.01).

d. Selon l'art. 32 LMC, l'octroi de la mesure est subordonné à la production, avant la prise d'emploi, d'un contrat de travail à durée indéterminée (al. 1). Si l'employeur met un terme au contrat de travail avant la fin de la durée totale de la mesure au sens de l'article 35, il est tenu de restituer à l'Etat la participation au salaire reçue. Sont réservés les cas de résiliation immédiate du contrat de travail pour justes motifs au sens de l'article 337 du code des obligations (al. 2).

Dans la mesure où le droit des assurances sociales fait référence à des notions du droit civil, celles-ci doivent en principe être comprises en fonction de ce droit

(cf. ATF 121 V 127 consid. 2c/aa et les arrêts cités). Sauf disposition contraire, on présume que, lorsqu'il fixe des règles relatives, par exemple, aux effets du mariage, de la filiation ou aux droits réels, le législateur, en matière d'assurances sociales, a en vue des institutions organisées par les divers domaines du droit civil à considérer (ATFA non publié du 25 avril 2002, P 41/9, consid. 2).

Selon l'art. 337 al. 1 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.

Selon l'al. 2 de cette disposition, sont notamment considérés 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.

Selon l'al. 3 de cette disposition, le juge apprécie librement s'il existe de justes motifs, mais en aucun cas il ne peut considérer comme tels le fait que le travailleur a été sans sa faute empêché de travailler.

L'art. 337 al. 1 CO est une mesure exceptionnelle. La résiliation immédiate pour justes motifs doit être admise de manière restrictive. D'après la jurisprudence, les faits invoqués par la partie qui résilie doivent avoir entraîné la perte du rapport de confiance qui constitue le fondement du contrat de travail. Seul un manquement particulièrement grave justifie le licenciement immédiat du travailleur ou l'abandon abrupt du poste par ce dernier. En cas de manquement moins grave, celui-ci ne peut entraîner une résiliation immédiate que s'il a été répété malgré un avertissement. Par manquement de l'une des parties, on entend en règle générale la violation d'une obligation imposée par le contrat mais d'autres faits peuvent aussi justifier une résiliation immédiate (ATF 130 III 28 consid. 4.1 p. 31; 129 III 380 consid. 2.2 p. 382). Le juge apprécie librement, au regard des principes du droit et de l'équité déterminants selon l'art. 4 CC, si le congé abrupt répond à de justes motifs (art. 337 al. 3 CO). À cette fin, il prend en considération tous les éléments du cas particulier, notamment la position du travailleur, la nature et la durée des rapports contractuels, et la nature et l'importance des manquements (ATF 130 III 28 consid. 4.1 p. 32; 127 III 351 consid. 4a p. 354; arrêt du Tribunal fédéral A4_137/2014 du 10 juin 2014).

Les justes motifs doivent être invoqués sans tarder sous peine de forclusion (ATF 112 II 41; ATF 123 III 86).

Conformément à l'art. 48B al. 1 LMC, l'autorité compétente peut ainsi révoquer sa décision d'octroi et exiger la restitution des prestations touchées indument, en cas de violation de la loi, du règlement ou des obligations contractuelles mises à charge du bénéficiaire de la mesure, de l'entité utilisatrice ou de l'employeur. 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 5 ans après le versement de la prestation (art. 48B al. 3 LMC).

-
6. On rappellera en outre que dans le domaine des assurances sociales, la procédure est régie par la maxime inquisitoire, selon laquelle 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 (art. 61 let. c LPGa). 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 ; cf. ATF 130 I 183 consid. 3.2). Le devoir du juge de constater les faits pertinents ne dispense donc pas les parties de collaborer à l'administration des preuves en donnant des indications sur les faits de la cause ou en désignant des moyens de preuve (ATF 130 I 184 consid. 3.2 ; 128 III 411 consid. 3.2).

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).

7. En l'espèce, il est établi que l'employeur a résilié le contrat de travail le 30 janvier 2016 pour le 29 février 2016, soit avant l'échéance de la période d'ARE, qui intervenait le 23 février 2016. Peu importe que le congé ait pris effet après l'échéance proprement dite de l'ARE (ATAS/705/2016 considérant 7 b).
8. Dans un premier moyen la recourante soutient que l'obligation de restituer la participation au salaire reçue, lorsque le contrat est résilié par l'employeur dans les trois mois suivant la durée de la mesure, n'est prévue par aucune disposition légale, mais simplement dans le formulaire de demande de l'allocation et n'a donc pas force de loi. Elle ne saurait donc constituer un fondement pour la révocation de la mesure et encore moins pour son remboursement. Dans la mesure où le contrat de travail a été résilié pour le 29 février 2016, soit postérieurement à la durée de douze mois octroyés, la recourante n'est pas tenue à restituer la participation au salaire reçue.

Cet argument ne saurait convaincre. En effet, sous chiffre 5 du formulaire de demande figurait la mention suivante : « A l'issue de la période d'essai si le contrat de travail est résilié avant la fin de la durée totale de la mesure ou dans les trois

mois suivants, l'employeur s'engage 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'article 337 CO». Les termes employés - plus particulièrement le fait que la durée totale de la mesure est évoquée - ne laissent aucune place à l'ambiguïté.

a. D'autres principes de rang constitutionnel que celui de la bonne foi régissent toute activité administrative (Andreas AUER / Giorgio MALINVERNI / Michel HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, 3ème éd., 2013, vol. II, n. 1005 ss, vol. I, n. 1822 ss., vol. II, n. 183 ss, 226 ss, 1136 ss ; Pascal MAHON, Droit constitutionnel, 3ème éd. vol. II, 2015, n. 32 ss., 35 ss, 38 ss, 159 ss ; Pierre MOOR / Alexandre FLÜCKIGER / Vincent MARTENET, Droit administratif, vol. I, 2012, p. 621 ss, 755 ss, 808 ss, 891 ss ; Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, n. 448 ss, 527 ss, 550 ss, 604 ss). L'art. 5 Cst. énumère en outre, au titre des principes de l'activité de l'État régi par le droit, le principe de la légalité (al. 1), celui de l'intérêt public (al. 2 in initio) et celui de la proportionnalité (al. 2 in fine). Les restrictions aux droits fondamentaux doivent les respecter (art. 36 Cst.). Il en va de même du principe de l'interdiction de l'arbitraire (art. 9 Cst.).

b. La prolongation de l'interdiction de licencier un assuré engagé au bénéfice d'une ARE durant les trois mois qui suivent la durée totale de la mesure ne résulte certes pas de la loi, mais du formulaire de demande d'une ARE, qu'en l'occurrence le recourant, en signant ledit formulaire, a acceptée et validée.

La chambre de céans a déjà jugé (voir notamment ATAS/136/2017 et ATAS/40/2015 du 20 janvier 2015 consid. 7 à 8), en appliquant par analogie la jurisprudence du Tribunal fédéral relative aux allocations d'initiation au travail (art. 59b al. 3 let. a et 65 ss LACI), que l'intimé peut imposer à l'employeur et à l'assuré, par la signature du formulaire de demande d'ARE, d'étendre contractuellement l'obligation de maintenir le contrat, sauf justes motifs de résiliation immédiate, durant trois mois après la fin de la durée totale de l'ARE. Il s'agit d'une condition faisant l'objet, par le biais du formulaire de demande d'une ARE, d'une clause accessoire admissible dès lors qu'elle sert à la réalisation des exigences posées par la loi (arrêts du Tribunal fédéral 14/02 du 10 juillet 2002 et C 15/05 du 23 mars 2006 ; André GRISEL, Traité de droit administratif, vol. I, p. 408 ss ; Ulrich HÄFELIN / Georg MÜLLER, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3ème éd., 1998, p. 186 ss).

Or, les art. 32 al. 2 et 48B al. 1 LMC s'inscrivent parfaitement dans les prévisions visées par les ARE (ATAS/588/2016 du 19 juillet 2016 consid. 4b). 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, d'accompagner leur employé 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 contrat, mais encore cela suppose que l'employeur ne bénéficie pas simplement d'une main-d'œuvre à bon compte mais aussi accepte les servitudes dudit accompagnement, la réserve à cet égard étant tracée par les conditions, strictes, d'un licenciement avec effet immédiat pour justes motifs au sens de l'art. 337 CO (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, 2^{ème} éd., 2012, n. 1 à 7 ad art. 337).

Ce grief doit donc être écarté.

9. Le recourant invoque le fait qu'il avait de justes motifs pour résilier le contrat de l'employé avant l'échéance de l'ARE et qu'il ne serait, de ce fait, pas tenu de restituer les allocations touchées.

Peu importe qu'il existe ou non de justes motifs en l'occurrence dans la mesure où, quoi qu'il en soit, l'employé n'a concrètement pas été licencié sur la base de l'art. 337 CO. Force est de constater que, dans les faits, l'employeur a renoncé à se prévaloir d'un licenciement pour justes motifs, dont on rappellera qu'ils doivent être invoqués sans tarder sous peine de forclusion. En l'occurrence, le motif du congé énoncé dans la lettre de licenciement du 30 janvier 2016 et celui de « motif personnel »,... lié à « votre insuffisance professionnelle ». On remarquera en outre que la recourante a prétendu pour la première fois avoir licencié l'employé pour justes motifs au sens de l'art. 337 CO dans l'opposition qu'elle a interjetée le 25 juillet 2016 à l'encontre de la décision du 7 juillet 2016 de l'OCE évoquant l'ARE et demandant la restitution des prestations. Au vu des principes rappelés ci-dessus, la recourante de ce point de vue largement forclose.

L'argumentation développée par la recourante en relation avec la jurisprudence qu'elle cite – l'ATAS/254/2015 consid. 8 § 2 deuxième phrase - qui laisse ouverte la question de savoir si le licenciement avait été donné pour justes motifs, en dépit de la forme de licenciement ordinaire, dès lors que le recours devait être admis pour un autre motif : la prescription des prétentions en restitution des prestations de l'OCE) - ne saurait être interprétée de la manière dont le souhaite la recourante. On ne saurait en effet déduire du fait que, dans le cas dont il s'agissait, la chambre de céans ait laissé subsister sans la trancher l'argumentation divergente des parties au sujet de la nature du licenciement (ordinaire ou avec effet immédiat), -dès lors que le recours devait en effet être admis pour un autre motif -, que cette juridiction aurait, en laissant la question ouverte, voulu inciter l'administration à rechercher au-delà des termes utilisés et du mode de résiliation choisi par l'employeur un autre motif de résiliation du contrat (en l'espèce de rechercher d'office s'il existait des

motifs de licenciement immédiat). En effet, si l'employeur choisit de résilier le contrat selon la forme ordinaire, soit avec un préavis de congé, de facto il ne résilie pas le contrat pour des justes motifs de licenciement immédiat, lesquels impliqueraient que la continuation des rapports de travail avec l'employé ne pouvait pas être exigée de la recourante ; ce que précisément le mode de résiliation ordinaire du contrat exclut dès lors que les rapports de travail se poursuivent jusqu'à l'échéance du préavis de congé. Ce qui a été le cas en l'espèce. La chambre de céans a en outre rappelé à maintes reprises que l'art. 337 al. 1 CO est une mesure exceptionnelle. La résiliation immédiate pour justes motifs doit être admise de manière restrictive. Les justes motifs doivent être invoqués sans tarder sous peine de forclusion (ATF 112 II 41; ATF 123 III 86; ATAS/102/2016 consid. 5). Dans le dernier arrêt cité ci-devant le Tribunal fédéral a ainsi rappelé que selon un principe général qui s'applique également à l'exercice de droits formateurs, tels que la résiliation d'un contrat, le créancier qui a le choix entre deux prétentions alternatives en perd le bénéfice, lorsque, faisant usage de cette faculté, il opte pour l'une d'entre elles; dès cet instant, la prétention écartée cesse d'exister (sur la question des obligations alternatives, cf. l'ATF 50 II 40 consid. 1 et VON TUHR/PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, vol. I, p. 80). Il n'en va pas autrement en matière de contrat de travail: la partie qui apprend l'existence d'un comportement répréhensible de son partenaire contractuel, propre à justifier la cessation immédiate des rapports de travail, et qui entend se séparer de son cocontractant pour ce motif, a le choix entre la résiliation ordinaire et la résiliation extraordinaire du contrat; si elle opte pour le premier terme de l'alternative, elle renonce définitivement au droit de résiliation immédiate, du moins en tant qu'il se fonde sur la même circonstance que celle ayant entraîné la résiliation ordinaire du contrat (SCHWEINGRUBER, Kommentar zum Arbeitsvertrag, 5e éd., n. 9 ad art. 337 CO; STREIFF/VON KAENEL, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5e éd., n. 15 ad art. 337 CO; BRÜHWILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2e éd., n. 11 ad art. 337 CO).

Ainsi ce second grief doit lui aussi être écarté.

10. Eu égard aux considérations qui précèdent, c'est à juste titre que la restitution de l'ARE a été réclamée.
11. Le recours, entièrement mal fondé est rejeté.

Pour le surplus la procédure est gratuite (89H al.1 LPA).

**PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :**

Statuant

À la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. Le rejette.
3. Dit que la procédure est gratuite.
4. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110); le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière

Le président

Florence SCHMUTZ

Mario-Dominique TORELLO

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'au Secrétariat d'État à l'économie par le greffe le