

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4014/2017

ATAS/393/2018

COUR DE JUSTICE
Chambre des assurances sociales

Arrêt du 8 mai 2018

2^{ème} Chambre

En la cause

A _____ SA, sise à GENÈVE

recourante

contre

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

intimé

Siégeant : Raphaël MARTIN, Président; Anny SANDMEIER et Maria Esther SPEDALIERO, Juges assesseurs

EN FAIT

1. Le 2 novembre 2015, Monsieur B_____ pour la société A_____ SA (ci-après : l'employeur ou la société recourante) – ayant pour but social notamment l'exploitation de restaurants, et exploitant le restaurant C_____ à Genève – et Monsieur D_____ (ci-après : l'employé), né le _____1955, ont signé et déposé auprès de l'office cantonal de l'emploi (ci-après : OCE) une demande d'allocation de retour en emploi (ci-après : ARE) pour une durée souhaitée de 24 mois en faveur de l'employé précité, engagé comme cuisinier à plein temps au C_____ en vertu d'un contrat de travail du même jour, prévoyant un salaire mensuel brut de CHF 6'000.- plus le 13^{ème} salaire versé mensuellement.

Selon le formulaire pré-imprimé de demande d'ARE, l'employeur s'engageait notamment à :

- conclure avec l'employé un contrat de travail de durée indéterminée prévoyant le cas échéant une période d'essai limitée si possible à un mois, et, à l'issue de cette dernière, l'obligation de rembourser les ARE sur décision de l'autorité compétente en cas de résiliation du contrat de travail avant la fin de la mesure ou dans les trois mois suivants, pour autant qu'il ne s'agisse pas d'un licenciement pour justes motifs au sens de l'art. 337 CO (soit de la loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse - RS 220) ;
- informer l'autorité compétente de toute modification du contrat ARE et de l'échec de l'ARE avant un éventuel licenciement.

Les signataires dudit formulaire acceptaient les conditions figurant sur ce dernier et les validaient par leurs signatures.

2. Par décision du 11 décembre 2015, le service des emplois de solidarité de l'OCE a accepté ladite demande d'ARE, sur la base du préavis favorable de la commission tripartite du marché de l'emploi du 8 décembre 2015. Les allocations seraient versées pour une durée allant du 8 décembre 2015 au 7 décembre 2017, et s'élèveraient à un pourcentage du salaire de base moyen mensuel brut (y compris 13^{ème} salaire et autres) de CHF 6'500.- pour la durée de l'ARE, pourcentage de 80 % au départ de la mesure courant décembre 2015, puis dégressif par trimestre pour finir à un taux de 20 % de juillet à novembre 2017 et 24 % en décembre 2017. Elles totaliseraient ainsi CHF 78'000.-.
3. L'employeur a fait à répétitions reprises des remarques à l'employé quant à la tenue de la cuisine, l'enjoignant de la nettoyer tous les jours, et quant à son hygiène corporelle.

Ainsi en est-il allé dans un premier temps à la suite d'une inspection du service de la consommation et des affaires vétérinaires (ci-après : SCAV) du 27 avril 2016 (lors de laquelle des remarques avaient été faites par l'inspecteur quant à la propreté générale de la cuisine, notamment des sols et des appareils de cuissons), dès juin 2016 de plaintes de plusieurs clients à propos d'odeurs de transpiration se dégageant de l'employé, en octobre 2016 de la plainte d'un client ayant vu

l'employé faire tomber une entrecôte par terre, la ramasser, la rincer à l'eau et la remettre en poêle avant de la lui servir. L'employeur a alors renoncé à licencier l'employé à la demande instante de ce dernier, indiquant qu'il ne retrouverait plus d'emploi.

Après une amélioration de quelques mois, consécutivement à une mauvaise tenue de la cuisine et au fait que des clients lui avaient dit ne plus vouloir revenir au C_____ tant que l'employé officierait à la cuisine, l'employeur a enjoint ce dernier de nettoyer à fond la cuisine et de débarrasser les aliments impropres à la consommation, en lui impartissant un délai de dix jours à cette fin, sous peine de licenciement immédiat.

Le 25 avril 2017, ayant constaté que l'employé n'avait pas fait le nécessaire, l'employeur l'a convoqué pour lui signifier son licenciement avec effet immédiat, mais – cédant à la demande instante de l'employé de lui permettre de prendre son solde de vacances et de jours fériés afin, financièrement, de pouvoir aller voir son père en fin de vie en Calabre – il y a renoncé, au profit d'un licenciement pour le 30 mai 2017 signifié le 28 avril 2017 par un courrier remis en main propre libellé comme suit : « Suite à une réorganisation du restaurant C_____, nous sommes au regret de vous informer que nous ne pouvons pas donner suite à votre contrat de travail et devons le résilier avec effet au 30 mai 2017. » Dans les faits, l'employeur a dispensé immédiatement l'employé de son obligation de travailler.

4. Ayant appris ce licenciement, l'OCE a cessé de verser l'ARE à l'employeur dès la fin avril 2017, après lui avoir versé un total d'ARE de CHF 66'937.40.
5. Par décision du 3 juillet 2017, l'OCE a révoqué sa décision d'octroi de l'ARE du 11 décembre 2015 et a demandé à l'employeur de lui rembourser CHF 66'937.40.
6. Par recommandé du 13 juillet 2017, l'employeur, représenté par un avocat, a formé opposition à cette décision. Celle-ci n'était pas accompagnée de son annexe censée comporter les voies de droit et il n'avait pas été invité à s'exprimer sur les faits lui étant reprochés, si bien que la décision attaquée était nulle. Le licenciement de l'employé avait pour motif principal un manque total d'hygiène dans la cuisine, pour lequel l'employé avait reçu de nombreux avertissements et en considération duquel l'employeur avait perdu une partie de sa clientèle ; la continuation des rapports de service était devenue impossible. C'était par magnanimité que l'employeur avait licencié l'employé pour le plus prochain terme du délai de congé ordinaire. Il sollicitait un délai pour produire des pièces.
7. Le 25 juillet 2017, l'employeur a transmis à l'OCE copie d'un rapport d'inspection du SCAV du 29 mai 2017 relatif à une visite de contrôle faite consécutivement à des analyses microbiologiques non conformes faites au C_____.
8. Le 15 août 2017, l'employeur a fait parvenir à l'OCE trois témoignages écrits, respectivement de :
 - Monsieur E_____, employé du C_____ de décembre 2015 à février 2017, attestant, le 10 août 2017, que l'employé ne prenait pas soin de la cuisine et que

M. B_____ l'avait averti à plusieurs reprises que s'il ne la nettoyait pas régulièrement il devrait le licencier avec effet immédiat ;

- Monsieur F_____, client régulier du C_____, attestant, le 9 août 2017, avoir été témoin des reproches faits par M. B_____ à l'employé notamment au sujet de la propreté de la cuisine et de son hygiène corporelle, ainsi que, à plusieurs reprises, des menaces de le licencier avec effet immédiat ;
 - Monsieur G_____, client régulier du C_____, attestant, le 9 août 2017, avoir été témoin plusieurs fois des avertissements faits par M. B_____ à l'employé concernant la propreté de la cuisine et des menaces de se séparer de lui.
9. Par décision sur opposition du 24 août 2017, l'OCE a retenu que l'employeur avait mis fin aux rapports de travail de l'employé le 28 avril 2017 pour le 30 mai 2017, pendant la durée de l'ARE, donc moyennant un délai de congé et sans invoquer de motifs particuliers, et qu'il ne pouvait soutenir après coup que le licenciement était motivé par de justes motifs au sens de l'art. 337 CO. L'opposition était rejetée et la décision initiale confirmée.
10. Le pli recommandé contenant cette décision sur opposition lui étant revenu après l'échéance du délai de garde de sept jours avec la mention « Non réclamé », l'OCE a réexpédié ladite décision à l'employé (soit à son conseil), en précisant que le délai de recours avait commencé à courir à l'échéance du délai de garde dudit pli recommandé.
11. Par acte du 2 octobre 2017, M. B_____, agissant pour le compte de l'employeur, a recouru contre cette décision sur opposition par-devant la chambre des assurances sociales de la Cour de justice (ci-après : CJCAS), en concluant à l'ouverture d'enquêtes (notamment l'audition de témoins) et, au fond, à son annulation et à l'octroi d'une indemnité de procédure de CHF 1'500.-. La décision initiale n'avait pas comporté l'indication des voies de droit et avait été rendue sans qu'il ne soit préalablement entendu. L'employé avait été licencié matériellement pour de justes motifs au sens de l'art. 337 CO, après avoir reçu plusieurs avertissements. La lettre de congé n'avait pas à être motivée, en l'absence d'une demande de l'employé. L'octroi d'un délai de congé n'ôtait pas audit licenciement son caractère de licenciement pour de justes motifs. L'employé n'avait pas travaillé dans le restaurant au-delà du 28 avril 2017 et l'OCE n'avait pas versé l'ARE pour le mois de mai 2017.
12. Par écriture du 30 octobre 2017, l'OCE a conclu au rejet du recours. L'employeur était au courant qu'il devrait rembourser les ARE perçues s'il résiliait le contrat de travail avant la fin de la mesure, sauf résiliation immédiate au sens de l'art. 337 CO. L'ARE ayant été accordée en 2015, c'était l'ancien droit qui s'appliquait, ainsi que le précisait la disposition transitoire de la modification de la loi considérée entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2017.
13. Dans des observations du 24 novembre 2017, l'employeur, admettant l'application de l'ancien droit, a relevé que la nouvelle mouture de la disposition pertinente

démontrait l'esprit aussi de l'ancien droit. Les décisions rendues étaient viciées également parce qu'elles étaient dirigées contre « La société C_____, Monsieur B_____ », alors que cette entité n'existait pas et que l'employeur signataire de la demande d'ARE était A_____ SA.

14. L'OCE a relevé, le 11 décembre 2017, qu'il n'y avait aucun doute quant à l'identité du destinataire de la décision de révocation de l'ARE et de la décision sur opposition, qui étaient bien parvenues à M. B_____. L'OCE persistait dans les termes de la décision attaquée.
15. L'employeur n'a pas présenté d'observations ni produit d'autres pièces dans le délai dans lequel la CJCAS lui a indiqué, le 14 décembre 2017, qu'il lui était loisible de le faire.

EN DROIT

1. a. La CJCAS est compétente pour connaître des contestations prévues à l'art. 49 al. 3 de la loi en matière de chômage du 11 novembre 1983 (LMC - J 2 20) en matière de prestations cantonales complémentaires (art. 134 al. 3 let. b de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05), donc pour statuer sur le recours, dès lors que celui-ci est dirigé contre une décision sur opposition révoquant une ARE – soit une prestation complémentaire cantonale de chômage – et faisant obligation de rembourser les allocations versées (soit CHF 66'937.40).

b. La LMC ne comporte aucun renvoi à la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA - RS 830.1). Aussi la procédure est-elle régie, dans la mesure où la LMC n'y déroge pas, par la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10).

Le recours a été interjeté en temps utile (art. 49 al. 3 LMC ; art. 62 al. 1 let. a LPA), dans le respect des exigences légales de forme et de contenu (art. 64 s. LPA), par une personne ayant qualité pour recourir, étant touchée par la décision attaquée et ayant un intérêt digne de protection à son annulation ou sa modification (art. 60 al. 1 let. a et b LPA).

Il sied de préciser que c'est bien la société A_____ SA qui était en réalité destinataire tant de la décision initiale du 3 juillet 2017 et de la décision sur opposition du 24 août 2017 (s'étant substituée à elle [ATF 131 V 407 consid. 2.1.2.1]) que du recours, même si ces écrits et plus généralement plusieurs pièces du dossier ont été libellés à l'adresse ou par M. B_____ ou l'entreprise C_____ (à l'exception, notamment, de la décision d'octroi de l'ARE du 2 novembre 2015, désignant explicitement A_____ SA comme l'employeur). Tout risque de confusion étant exclu, il se justifie, préalablement, de rectifier l'identité du recourant (ATF 131 I 57 consid. 2.2 p. 63 ; 120 III 11 consid. 1b p. 13 s. ; 114 II 335 consid. 3a p. 337 ; ATAS/1029/2016 du 13 décembre 2016 consid. 1c ; ATAS/254/2016 du 24 mars 2016 consid. 5), en substituant A_____ SA à « C_____ / Monsieur B_____ » (utilisé au cours de la procédure).

- c. Cela étant fait, le recours doit être déclaré recevable.

2. a. La société recourante fait valoir premièrement deux griefs de nature formelle, à savoir le fait que la décision initiale n'avait pas comporté l'indication des voies de droit et avait été rendue sans qu'elle ne soit préalablement entendue.

b. Selon l'art. 46 al. 1 phr. 1 *in fine* LPA, les décisions doivent indiquer les voies et délais de recours. Selon la jurisprudence, l'inobservation de cette obligation ne justifie pas l'annulation de la décision attaquée si ce vice peut être réparé, par le biais du contrôle qu'exerce la juridiction administrative, sans qu'il n'en résulte de préjudice pour les parties (ATA/235/2016 du 15 mars 2016 consid. 3 ; Stéphane GRODECKI / Romain JORDAN, Code annoté de procédure administrative genevoise, 2017, n. 573 et jurisprudence citée).

En l'espèce, l'annexe comportant l'indication des voies de contestation, explicitement mentionnée au bas de ladite décision, paraît avoir été omise lors de l'envoi de cette dernière. Il n'en est résulté aucun préjudice, puisque la société recourante, représentée alors par un avocat, a formé opposition en temps utile contre cette décision initiale. L'omission considérée ne saurait impliquer l'annulation de la décision attaquée, à savoir la décision sur opposition rendue à la suite de cette opposition.

c/aa. Selon l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), les parties ont le droit d'être entendues. La jurisprudence déduit de cette disposition constitutionnelle – comme d'ailleurs précédemment de l'art. 4 aCst. (ATF 127 I 56 consid. 2b ; 12 III 578 consid. 2c ; 126 V 130 consid. 2a) – le droit pour le justiciable de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à son détriment, celui de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur le sort de la décision, celui d'avoir accès au dossier, celui de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos, ainsi que le droit à obtenir une décision motivée (ATF 126 I 16 consid. 2a/aa ; 124 V 181 consid. 1a ; 375 consid. 3b et les références ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_1042/2013 du 11 juin 2014 consid. 2.2 ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances I 604/01 du 13 août 2002 consid. 2a/aa ; ATAS/257/2017 du 30 mars 2017 consid. 6b). L'art. 41 phr. 1 LPA consacre le droit d'être entendu en procédure administrative, sans offrir de garantie allant plus loin que celle qui découle de la norme constitutionnelle précitée (Stéphane GRODECKI / Romain JORDAN, op. cit., n. 478 ss, 489).

Dans les matières régies par la LPGA, dans lesquelles une procédure d'opposition est la règle (art. 52 LPGA), l'art. 42 phr. 2 LPGA prévoit qu'il n'est pas nécessaire d'entendre les parties avant une décision sujette à opposition. Cette disposition déroge au principe précité d'une audition préalable (pas nécessairement orale), en faisant peu cas – doit-on relever – de l'importance du droit d'être entendu, dans des domaines dans lesquels ne se prennent pourtant pas des décisions de masse (Ueli KIESER, ATSG Kommentar, 2015, n. 34 ss ad art. 42). Comme cela a déjà été dit, la LPGA ne s'applique toutefois pas aux prestations cantonales prévues par la LMC, si bien que cette dérogation ne trouve pas application dans cette matière spécifique des assurances sociales.

c/bb. Le droit d'être entendu est une garantie constitutionnelle de caractère formel, dont la violation doit entraîner l'annulation de la décision attaquée, indépendamment des chances de succès du recourant sur le fond. Toutefois, la violation du droit d'être entendu – pour autant qu'elle ne soit pas d'une gravité particulière – est réparée lorsque la partie lésée a la possibilité de s'exprimer devant une autorité de recours jouissant d'un plein pouvoir d'examen (ATF 127 V 437 consid. 3d/aa ; 126 V 132 consid. 2b et les références ; Stéphane GRODECKI / Romain JORDAN, op. cit., n. 524 ss.).

En l'espèce, la violation considérée n'est pas d'une gravité particulière, et la société recourante n'a, dans les faits, pas été privée de la possibilité de faire valoir son point de vue par le biais d'une opposition, devant être et ayant été traitée par l'intimé disposant à ce stade d'un plein pouvoir d'examen, à l'instar au demeurant de la chambre de céans dans la présente cause (art. 61 al. 1 et 2 LPA ; art. 110 de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 - LTF - RS 173.110 ; Stéphane GRODECKI / Romain JORDAN, op. cit., n. 761 ss.). Aussi y a-t-il lieu de rejeter aussi ce second grief de nature formelle soulevé par la société recourante.

3. Sur le fond, le recours porte sur le droit de l'intimé de révoquer la décision d'octroi de l'ARE considérée pour le motif que l'employé a été licencié après la période d'essai mais avant la fin de la mesure pour le plus prochain terme de congé, et non avec effet immédiat.
4. a. Les ARE sont des prestations cantonales complémentaires à celles qu'institue la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982 (LACI - RS 837.0). Elles sont régies par la LMC. Avec d'autres prestations cantonales complémentaires de chômage, les ARE ont été introduites dans la LMC par la loi 9922 du 28 juin 2007, entrée en vigueur le 1^{er} février 2008, pour remplacer un système d'emplois temporaires cantonaux permettant alors la reconstitution de droits aux indemnités de chômage, critiqué par la Confédération, par un dispositif cantonal répondant aux exigences fédérales, et visant par ailleurs prioritairement le retour à l'emploi ainsi que l'élévation du niveau de compétence professionnelle des chômeurs (MGC 2005-2006/XII A – 11429 ; MGC 2006-2007/X A - 7884 s.).

La LMC a fait l'objet depuis lors de plusieurs modifications, dont celles résultant d'une loi 11804 du 1^{er} juin 2017, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2017, et traitant notamment de la question de la révocation de décisions d'octroi d'ARE et de l'obligation de rembourser des ARE perçues dans de tels cas.

b. Ainsi, à teneur de l'art. 36B LMC, intitulé « Révocation et restitution », et en particulier de l'al. 2 de cette disposition, 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, étant précisé que l'employeur est tenu de restituer à l'État la participation au salaire reçue, sous réserve des cas de résiliation pour des motifs sérieux et justifiés.

Dans sa teneur en vigueur jusqu'au 30 septembre 2017, la disposition correspondante de la LMC – à savoir l'art. 32 al. 2 aLMC – prévoyait que 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'État la participation au salaire reçue, sous réserve des cas de résiliation immédiate du contrat de travail pour justes motifs au sens de l'article 337 du Code des obligations.

Selon les dispositions transitoires accompagnant lesdites modifications du 1^{er} juin 2017 de la LMC, les mesures cantonales octroyées avant l'entrée en vigueur de la loi 11804 continuent à être régies, jusqu'à leur échéance, par les dispositions du droit en vigueur au moment de leur attribution (art. 55A al. 7 et 8 LMC).

En l'espèce, les ARE ont été accordées par décision du 11 décembre 2015, si bien qu'elles restent soumises au droit en vigueur avant le 1^{er} octobre 2017. Il sied de noter que la résiliation du contrat de travail ici considérée, de même d'ailleurs que la décision initiale de révocation et la décision sur opposition sont toutes antérieures à l'entrée en vigueur du nouveau droit. L'application de l'ancien droit est donc conforme au principe selon lequel, sur le plan matériel, le droit applicable est celui qui était en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 130 V 229 consid. 1.1 et références citées).

c. Il n'y a donc pas lieu de s'étendre ici sur le fait que, saisi d'un projet de loi reprenant les termes de l'art. 32 al. 2 aLMC (PL 11804, exposé des motifs, p. 4 et 13 s.), le législateur a préféré – sur la proposition du Conseil d'État – réserver les cas de licenciement pour des motifs sérieux et justifiés, plutôt que les cas de résiliation immédiate pour de justes motifs au sens de l'art. 337 CO, parce qu'exiger la preuve d'un juste motif pour justifier la résiliation est souvent compliqué, formulation permettant d'apprécier la situation et d'éviter de demander la restitution à des employeurs qui avaient de bons motifs, de manière plus large (PL 11804-A, p. 38 s., 75 s.). Le but était d'être plus souple que ce qui prévaut en matière de licenciement immédiat ; le cas de la personne qui ne donne pas satisfaction pourrait être un motif sérieux et justifié ; ce serait également le cas de l'employeur qui n'aurait plus les moyens financiers de poursuivre son activité ; les employeurs ne sont pas tous de mauvaise foi ; l'administration souhaitait pouvoir apprécier la situation (PL 11804-A, p. 77) ; l'exigence de justes motifs au sens de l'art. 337 CO était de nature à décourager certains employeurs à entrer dans le processus car, si on se rend compte après la période d'essai que la personne fait preuve de mauvaise volonté, il n'est plus possible de résilier le contrat sans rembourser les ARE ; être trop strict entraînait l'effet contraire de celui désiré (PL 11804-A, p. 82). Appliquer les justes motifs au sens du droit du travail créait une situation inéquitable pour l'employeur qui avait tout de même de bons motifs de ne pas garder quelqu'un qui ne fait pas l'effort nécessaire (PL 11804-A, p. 83). L'amendement d'une minorité de la commission parlementaire – voulant conserver l'exigence de justes motifs de licenciement au sens de l'art. 337 CO (PL 11804-A, p. 110 et 112), et refusant la « notion aussi vague et sans portée juridique que celle de motifs sérieux et justifiés – a été rejeté par le Grand Conseil par 70 non contre

18 oui et 2 abstentions (MGC, accessible sur internet ad PL 11804-A, <http://ge.ch/grandconseil/memorial/seances/010404/17/10/>).

5. a. Il n'est pas contesté ni contestable, en l'occurrence, que la société recourante a licencié l'employé avant la fin de la mesure, non avec effet immédiat mais pour le plus prochain terme, à savoir le 28 avril 2017 pour le 30 mai 2017, sans faire mention, dans la lettre de licenciement, d'un motif de licenciement immédiat au sens de l'art. 337 CO.

b. Au regard de l'art. 32 al. 2 aLMC, il y a violation de la LMC, fondant la révocation d'une ARE et la demande de restitution des allocations versées, 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).

c. Selon la jurisprudence relative à cette disposition (ATAS/109/2018 du 8 février 2018 consid. 6 et 7 ; ATAS/874/2017 du 10 octobre 2017 consid. 4 et 5), cette dernière s'inscrit parfaitement dans les prévisions visées par les ARE.

c/aa. 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 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.

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 que, 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, 2^{ème} éd., 2012, n. 1 à 7 ad art. 337).

c/bb. Comme la chambre de céans l'a déjà jugé (ATAS/376/2016 du 17 mai 2016 consid. 5b), les art. 32 al. 2 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 Cst.). 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.

c/cc. 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 1^{er} 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 aLMC), en plus de figurer dans le formulaire de demande d'une ARE et, depuis quelques temps, 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.

6. En l'espèce, il n'est pas contesté par l'intimé et il ressort du dossier que la société recourante a fait de réitérées remarques à l'employé quant à la mauvaise tenue de la cuisine et à son hygiène corporelle, soit à propos de manquements répétés d'une gravité certaine, attestée par le fait que des clients cessaient, pour ces motifs, de venir dans le restaurant considéré, au point qu'une poursuite des rapports de travail ne pouvait plus être exigée de la part de la société recourante.

Cela doit être admis au vu des pièces produites, sans qu'il soit nécessaire – par appréciation anticipée de telles preuves (ATF 140 I 285 consid. 6.3.1 ; 122 II 469 consid. 4a ; 122 III 223 consid. 3c) – de procéder aux auditions requises par la société recourante.

Sans doute la société recourante a-t-elle fait l'erreur de ne pas contacter l'intimé avant de licencier l'employé, ainsi qu'elle s'était engagée à le faire lors de la demande d'ARE. Mais cela ne doit pas, dans ce cas exceptionnel s'inscrivant dans les perspectives de l'arrêt de principe précité qu'a rendu la chambre de céans, de retenir que, matériellement, la société recourante avait de justes motifs de résilier le contrat de travail de l'employé et qu'elle l'a fait effectivement pour de tels motifs, en libérant ce dernier de son obligation de travailler durant le mois de congé qu'elle lui a accordé à tort, mais sans que l'ARE correspondant à ce mois ne soit versée, en considération des jours de vacances et de compensation de jours fériés dus audit employé et mue par une mansuétude en réalité de mauvais aloi.

7. a. Aussi le recours sera-t-il admis et la décision attaquée annulée.
b. La procédure est gratuite (art. 89H al. 1 LPA).

Nonobstant l'issue donnée au recours, il n'y a pas lieu à l'allocation d'une indemnité de procédure, la société recourante n'ayant pas été représentée dans la procédure contentieuse par un avocat ou un mandataire professionnellement qualifié (art. 89H al. 3 LPA).

* * * * *

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

Statuant

À la forme :

1. Préalablement, rectifie la qualité de la partie recourante dans le sens que A_____ SA est substituée à «C_____ / Monsieur B_____ ».
2. Cela étant fait, déclare le recours recevable.

Au fond :

3. L'admet.
4. Annule la décision sur opposition du 24 août 2017 de l'office cantonal de l'emploi.
5. Dit que la procédure est gratuite.
6. Dit qu'il n'est pas alloué d'indemnité de procédure.
7. 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

Marie NIERMARÉCHAL

Raphaël MARTIN

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties par le greffe le