

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/38/2016

ATAS/376/2016

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 17 mai 2016

2^{ème} Chambre

En la cause

ASSOCIATION A_____, sise à GENÈVE

recourante

contre

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

intimé

**Siégeant : Raphaël MARTIN, Président ; Maria COSTAL et Christian PRALONG,
Juges assesseurs**

EN FAIT

1. Le 24 novembre 2014, l'Association A_____ (ci-après : l'employeur ou l'entreprise) a 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 Madame B_____ (ci-après : l'employée), née le _____ 1953, qu'à teneur d'un contrat de travail signé le 21 novembre 2014 elle engageait dès le 1^{er} décembre 2014 pour une durée indéterminée, à 80 %, pour effectuer des travaux de secrétariat et pour un salaire mensuel de CHF 4'000.-, la période d'essai étant fixée à trois mois.

Selon le formulaire pré-imprimé de demande d'ARE, utilisé par l'employeur, celui-ci s'engageait à conclure avec l'employé(e) un contrat de travail de durée indéterminée et, dans le cas où une période d'essai était prévue, à la limiter si possible à un mois ; à l'issue de la période d'essai, le contrat de travail ne pouvait être résilié pendant la période de l'ARE ou dans les trois mois suivants que sur présentation de motifs importants au sens de l'art. 337 de la loi fédérale du 30 mars 1911, complétant le Code civil suisse (CO, Code des obligations - RS 220). L'autorité compétente devait être informée de l'échec de l'ARE avant un éventuel licenciement. L'employeur devait rembourser les allocations sur décision de l'autorité compétente dans la mesure où il résilierait le contrat de travail avant la fin de la durée totale de la mesure ou encore dans les trois mois suivants la fin de l'ARE sans justes motifs au sens de l'art. 337 CO.

2. Par décision du 10 décembre 2014, le service des emplois de solidarité de l'OCE a accepté la demande d'ARE de l'employeur sur la base du préavis favorable de la commission tripartite. Les allocations seraient versées pour une durée allant du 9 décembre 2014 au 8 décembre 2016, et s'élèveraient à un pourcentage du salaire fixe mensuel de CHF 4'000.-, pourcentage de 80 % au départ de la mesure, puis de façon dégressive sur 24 mois pour finir à une allocation à un taux de 19 % de ce montant en décembre 2016.
 3. L'employée a débuté son emploi auprès de l'entreprise le mardi 9 décembre 2014.
 4. Le 23 juin 2015 vers 9h20, lendemain de son retour de deux semaines de vacances, l'employée a quitté son lieu de travail en laissant sur place son jeu de clés du bureau, sans plus revenir au travail de toute la journée ni donner de ses nouvelles.
 5. Le 23 juin 2015, la doctoresse C_____, spécialiste FMH en médecine générale, a établi un certificat médical attestant d'une incapacité de travail de l'employée à 100 % du 23 juin au 23 juillet 2015.
 6. Par un courrier recommandé du 24 juin 2015 avec accusé de réception (envoyé en copie à l'OCE, avec un résumé de la situation qu'il avait exposé la veille par téléphone à une collaboratrice dudit office), l'employeur a licencié l'employée avec
-

effet immédiat. Celle-ci avait abandonné son poste sans motif valable le 23 juin 2015 « après plusieurs menaces dans ce sens déjà formulées les semaines précédentes ». L'employée ayant déposé le trousseau des clés de l'employeur à l'entrée des locaux de ce dernier en partant, cette dernière prenait note de la fin du contrat de travail les liant pour le 23 juin 2015, son passage éclair de 30 minutes le jour dit ne pouvant compter pour une journée de travail entière. Le contrat de travail prenait donc fin avec effet immédiat pour faute grave.

7. Par courrier recommandé du 26 juin 2015 (également faxé), le syndicat SYNA, agissant au nom et pour la défense de l'employée, a contesté la validité de ce licenciement. L'employée avait indiqué en partant le 24 juin 2015 « je ne me sens pas bien, je ne peux pas rester » et elle s'était rendue chez son médecin. Elle avait envoyé sans délai un certificat médical à l'employeur. Elle n'avait en aucun cas abandonné son poste. Son licenciement avec effet immédiat devait être mis à néant. L'employeur était prié de confirmer audit syndicat jusqu'au 3 juillet 2015 que le licenciement du 24 juin 2015 était nul et non avenue.
8. Par courrier recommandé du 3 juillet 2015 avec accusé de réception (envoyé en copie à l'OCE), l'entreprise a répondu au syndicat SYNA qu'il était faux que l'employée avait dit, en partant le 23 juin 2015, ne pas se sentir bien et ne pas pouvoir rester. Elle était partie « sans même dire au-revoir » et elle avait déposé les clés du bureau à l'entrée, ce qu'elle n'aurait jamais fait si elle s'était simplement sentie mal, comme cela s'était déjà produit à plusieurs reprises, lors desquelles la directrice l'avait toujours autorisée à rentrer chez elle. En outre, ce 23 juin 2015, l'assurée, qui revenait de deux semaines de vacances, n'avait présenté aucune signe de mal-être physique ou psychique. Si l'employée persistait dans son attitude mensongère et négative, l'employeur, dont l'argumentaire n'était pas exhaustif, se réserverait le droit de lui réclamer des indemnités et/ou des dommages.

Cependant, tout en réaffirmant qu'il n'y avait jamais eu d'échanges de mots agressifs entre la directrice et l'employée et qu'il s'était agi d'un abandon de poste de travail, l'employeur acceptait d'accorder à l'employée la possibilité de reprendre son poste au mois de juillet 2015 dès que possible.

9. L'employée n'a jamais repris son poste de travail. Mais le syndicat SYNA a fait parvenir à l'entreprise, par courrier du 21 juillet 2015, un certificat médical de la Dresse C_____, daté du 20 juillet 2015, prolongeant l'incapacité de travail de l'employée jusqu'au 31 août 2015.
 10. Par courrier recommandé du 28 juillet 2015 avec accusé de réception (envoyé en copie à l'OCE), l'employeur a signifié à l'employée son licenciement pour le 31 août 2015, « compte tenu des circonstances ».
-

11. Par décision du 15 septembre 2015, l'OCE a révoqué sa décision du 10 décembre 2014 d'octroi d'une ARE et exigé la restitution des CHF 20'987.55 d'ARE versées à l'employeur pour les mois de décembre 2014 à juin 2015 (les ARE n'ayant pas été versées pour juillet et août 2015). L'employée avait été licenciée au 31 août 2015, soit avant la fin de l'ARE, sans justes motifs au sens de l'art. 337 CO.
12. L'employeur a formé opposition contre cette décision par courrier recommandé du 13 octobre 2015. L'employée s'était absentée à d'innombrables reprises pour des raisons personnelles avant le 23 juin 2015. Ce jour-là, soit le deuxième après son retour de deux semaines de vacances, elle avait abandonné son poste de travail en déposant les clés du bureau en partant et sans dire un mot, laissant ainsi à penser qu'il s'agissait d'une décision de départ définitif. L'employeur lui avait par conséquent signifié son congé immédiat pour justes motifs par courrier recommandé, selon les recommandations d'une collaboratrice des ARE.

Il avait fait suite à la demande du syndicat SYNA de reprendre l'employée, malgré sa conviction d'avoir agi dans le sens des souhaits de celle-ci, qui avait proféré des menaces répétées de partir ou dit sur le ton de l'ironie qu'elle souhaitait « être mise à la porte ». L'employée avait ensuite fait parvenir à l'employeur, par l'intermédiaire du syndicat SYNA, un second certificat médical prolongeant le précédent jusqu'au 31 août 2015, sans « faire mine » de vouloir travailler à nouveau.

L'employeur avait par conséquent été dans l'obligation de signifier une seconde fois son licenciement à l'employée, cette fois-ci pour le 31 août 2015, sans être en mesure de pouvoir alléguer un motif de licenciement immédiat.

Il n'était pas dans l'esprit de la loi de garder un employé 24 mois quel que soit son comportement. L'employée n'avait à aucun moment fait montre de son souhait de revenir travailler, ni n'avait justifié son comportement du 23 juin 2015. Elle avait sciemment abandonné son travail, montrant sans l'ombre d'un doute son souhait de quitter l'employeur définitivement.

Cette dernière ne poursuivait pas un but lucratif, mais un but d'utilité publique, en venant en aide aux personnes isolées. Le but de tout ceci ne pouvait être la mise en faillite d'institutions sociales. Dans le cas où l'annulation de la mesure devait se confirmer, l'employeur indiquait ne pas avoir les moyens de rembourser ce montant, sachant qu'elle n'avait déjà pas les moyens de payer une secrétaire. C'était le comportement fautif de l'employée qui devait être pénalisé, et non celui de l'employeur.

13. Par décision du 27 novembre 2015, l'OCE a rejeté l'opposition précitée. En signant le formulaire de demande d'ARE, cette dernière s'était engagée à rembourser les allocations perçues dans le cas où elle résilierait le contrat de travail après le temps
-

d'essai, mais avant la fin de la mesure, ce qui avait été le cas en espèce. Si le premier licenciement avait été fait avec effet immédiat pour de justes motifs, l'employeur avait néanmoins fini par choisir la voie d'un licenciement ordinaire dans le respect du délai de congé. Si l'employée ne convenait pas au poste, il incombait à l'employeur de la licencier durant la période d'essai. Dans la mesure où il avait indiqué dans son opposition ne pas être en mesure de restituer les ARE perçues, l'OCE transmettait son courrier à son service des emplois de solidarité afin qu'il examine les conditions d'une renonciation au remboursement selon l'art. 48B de la loi cantonale en matière de chômage du 11 novembre 1983 (LMC - J 2 20).

14. Par acte daté du 8 janvier 2016 mais posté la veille, l'employeur a interjeté recours contre cette décision, en concluant à ce que la décision attaquée soit déclarée nulle. La composition de la commission tripartite ne lui avait pas été communiquée ; pour ce motif déjà, la décision litigieuse devait être annulée, les parties au procès n'ayant pu les récuser, ce qui était contraire à la Constitution suisse. C'était par bienséance qu'il avait accepté de reprendre l'employée par son courrier du 3 juillet 2015 adressé au syndicat SYNA, en revenant ainsi sur sa décision de licenciement immédiat pour justes motifs, décision qu'il n'avait cependant pas annulée formellement.

Il n'était pas conforme à la liberté contractuelle et à la liberté de licencier un employé que la seule exception que l'employeur pût utiliser pour mettre fin à un rapport de travail fût le licenciement immédiat pour justes motifs au sens de l'art. 337 CO, et qu'ainsi un employé eût le droit absolu et inattaquable de rester à son poste jusqu'à la fin de la mesure, d'autant plus que, dans la majorité des cas, un employé avait la possibilité de contourner les licenciements avec effet immédiat pour justes motifs. L'employeur proposerait en temps utile au Tribunal fédéral de se prononcer sur la constitutionnalité de la norme en question.

15. Dans sa réponse du 26 janvier 2016, l'OCE a conclu au rejet du recours. Le fait que l'employeur n'ait pas eu connaissance de la composition de la commission tripartite était sans pertinence, cette dernière ayant donné un préavis positif à sa demande d'ARE, ce qui avait permis à l'employeur d'engager l'employée. La constitutionnalité de la LMC ne pouvait être examinée dans le cadre du présent litige. L'employeur n'apportait aucun élément nouveau lui permettant de revoir sa position.
16. Par courrier du 18 février 2016, l'entreprise a indiqué que l'allégation selon laquelle elle aurait licencié une employée afin de pouvoir en engager une autre était dénuée de fondement. Elle joignait pour preuve deux documents :
- Une lettre de Madame D_____ du 30 janvier 2016, établie à la demande de la directrice de l'employeur, dans laquelle cette personne indiquait avoir appris

l'existence de l'Association A_____ par le biais du label « 1+ pour tous », et avoir été intéressée par un travail dans celle-ci, avoir pris contact avec la directrice en date du 9 juillet 2015 par téléphone dans l'espoir de pouvoir obtenir un emploi. Elle avait transmis son CV et il avait été convenu qu'elle effectue une semaine d'essai bénévolement afin de voir si elle pouvait convenir à ce poste, ce que Mme D_____ avait accepté de faire. À la fin de ladite semaine, qui avait débuté le 31 juillet 2015, la directrice lui avait proposé d'établir un contrat de travail débutant le 15 septembre 2015, ensuite de quoi Mme D_____ avait déposé une demande d'ARE le 5 août 2015. Cette demande avait été refusée en date du 28 août 2015, ce qui avait eu pour conséquence d'annuler le contrat de travail.

- La lettre de licenciement avec effet immédiat du 24 juin 2015 adressée à l'employée.

17. Ce courrier a été transmis à l'OCE en date du 19 février 2016.
18. Par courrier du 9 mars 2016, la chambre des assurances sociales a invité l'employeur à lui faire parvenir les éventuels avertissements qu'elle avait donnés à l'employée avant le 23 juin 2015 en lien avec des absences répétées ou des manquements à ses obligations d'employée, le courrier par lequel le syndicat SYNA lui avait fait parvenir le second certificat médical de l'employée, ce second certificat médical prolongeant l'incapacité de travail de l'employée jusqu'au 31 août 2015, les éventuels échanges de courriers ou de courriels avec l'OCE à propos des deux résiliations successives du contrat de travail respectivement des 23 juin et 28 juillet 2015, ainsi que l'identité de l'interlocuteur au sein de l'OCE avec lequel elle aurait abordé les faits considérés par téléphone ou lors d'entretiens.
19. Le 18 mars 2016, l'employeur a écrit à la chambre des assurances sociales qu'après la période d'essai, il avait remarqué le manque de motivation et de professionnalisme de l'employée, à tel point que Madame E_____, directrice, l'avait avertie par oral à plusieurs reprises, dans le but de l'aider à s'intégrer dans le monde du travail, mais sans lui adresser d'avertissements écrits pour ne pas la démotiver. L'employée avait cependant abandonné son poste de travail de son propre chef et sans échanger un mot avec la directrice, s'avérant finalement n'avoir considéré son ARE que comme une passerelle avant sa prochaine retraite, ne s'être pas intéressée à travailler et avoir menacé à plusieurs reprises de quitter son emploi. Il a joint à son courrier la lettre par laquelle le syndicat SYNA, le 21 juillet 2015, lui avait transmis le certificat médical prolongeant l'incapacité de travail de l'employée jusqu'au 31 août 2015, ainsi qu'une lettre qu'elle avait envoyée le 24 juin 2015 à l'OCE résumant le long entretien téléphonique qu'il avait eu le même jour avec Madame F_____, en plus de deux autres collaboratrices de l'OCE

(Mesdames G_____ et H_____) avec lesquelles Mme E_____ s'était par la suite également entretenue par téléphone à plusieurs reprises.

20. Invité à se déterminer sur ce courrier, l'OCE, par courrier du 11 avril 2016, a proposé que l'employée soit entendue. Les déclarations que l'employeur avait consignées dans son courrier du 24 juin 2015 démontraient que celui-ci n'offrait pas les conditions nécessaires, comme employeur, à permettre la réalisation du but de l'ARE, à savoir la réinsertion d'un chômeur sur le marché du travail, dès lors qu'elle indiquait ne pas pouvoir avoir recours à une secrétaire qualifiée sans l'aide de l'État ; l'employeur aurait dû de toute façon mettre un terme au contrat de travail de l'employée pour essayer ensuite d'engager une autre secrétaire au bénéfice d'une allocation de retour en emploi.

21. Le 3 mai 2016, la chambre des assurances sociales a procédé à l'audition de témoins.

a. Mme B_____ (l'employée) a déclaré n'avoir pas contesté son licenciement lui ayant été signifié pour le 31 août 2015, après que l'employeur eut accepté de la laisser revenir travailler mais que son incapacité de travail eut été prolongée par son médecin. Le 23 juin 2015, une tension était survenue entre elle et Mme E_____, qui s'était énervée à son encontre, si bien qu'elle avait quitté les lieux, prise de panique, et s'était rendue chez son médecin, dont elle avait transmis le certificat d'incapacité de travail le jour même à ladite directrice. Elle ne savait pas pourquoi elle n'avait pas pris les clés de l'association avec elle en partant. Elle n'avait jamais fait d'allusions qu'elle souhaitait quitter son emploi, mais c'est Mme E_____ qui, lui ayant déjà adressé des critiques depuis plusieurs mois, voulait qu'elle le quitte, que quant à elle, elle aurait souhaité conserver jusqu'à sa retraite, en septembre 2017. Ladite directrice a objecté que l'employée n'acceptait pas les remarques qui lui étaient faites, étant précisé qu'elle n'avait eu à lui en faire qu'après l'écoulement du temps d'essai et que leurs rapports s'étaient depuis lors dégradés progressivement. Un membre du comité de l'employeur – Monsieur I_____, également présent à l'audience – a indiqué que l'employeur avait fait un geste en annulant pratiquement son licenciement avec effet immédiat pour lui permettre de reprendre le travail à la fin juillet 2015 au terme de son arrêt-maladie annoncé alors pour le 28 juillet 2015.

b. Madame F_____, collaboratrice socio-professionnelle au service des ARE et de permanence téléphonique le 23 juin 2015, a déclaré qu'elle avait reçu ce jour-là l'appel de Mme E_____, qui lui avait fait part de son mécontentement à l'endroit de Mme B_____. Elle avait alors indiqué à Mme E_____, qui parlait de licencier Mme B_____, notamment que le remboursement des ARE versées serait demandé à l'employeur, à moins que le licenciement ne soit prononcé avec effet immédiat pour de justes motifs, et que si un abandon de poste pouvait paraître constituer un

juste motif de résiliations immédiate du contrat de travail, il appartenait à l'employeur de demander conseil à un juriste à ce propos. À aucun moment elle n'avait donné de garantie à Mme E_____ qu'il ne serait pas demandé à l'employeur de rembourser les ARE versées. Mme E_____ a confirmé la déclaration de Mme F_____.

c. Madame G_____, cheffe de secteur au services des emplois de solidarité (en charge des ARE), a déclaré qu'elle avait été amenée à se pencher sur le cas de Mme B_____ et de l'employeur alors qu'était parvenu à sa connaissance que le licenciement de Mme B_____ avec effet immédiat pour justes motifs avait été transformé en licenciement ordinaire pour l'échéance du 31 août 2015 à la suite de l'intervention d'un syndicat, sans que – pensait-elle – Mme E_____ n'ait pris préalablement conseil à ce sujet auprès de l'OCE. Il avait été mis fin au versement des ARE dès juillet 2015. Mme G_____ avait alors demandé à son équipe d'exiger le remboursement des ARE versées, conformément aux « règles du jeu », qui étaient claires en la matière. Elle avait ensuite eu connaissance de l'opposition formée par l'employeur contre la décision de restitution, opposition traitée par le service juridique de l'OCE. À aucun moment il n'avait été donné d'assurance à l'employeur qu'il ne lui serait pas demandé le remboursement des ARE versées en dehors de l'hypothèse d'un licenciement avec immédiat pour de justes motifs. Si elle a indiqué avoir longuement parlé à Mme G_____ le 23 ou le 24 juin 2015 (ce dont cette dernière ne s'est pas souvenue), Mme E_____ a confirmé que Mme G_____ ne lui avait pas donné d'assurance que le remboursement des ARE ne serait pas demandé à l'employeur. Elle a ajouté que le second licenciement de Mme B_____ n'avait pas du tout été motivé par la perspective de pouvoir engager une autre secrétaire (une dame D_____) à sa place au bénéfice d'une ARE, même si la demande d'ARE avait été présentée de façon contemporaine à ce second licenciement. Mme E_____ souhaitait d'ailleurs savoir pourquoi la commission tripartite avait préavisé négativement l'octroi d'une ARE en faveur d'un engagement de cette dame. L'employeur avait dû engager une secrétaire intérimaire à 50 % en novembre et décembre 2015, et Mme E_____ avait dû faire elle-même, avec l'aide de bénévoles, le travail de secrétariat de l'employeur.

d. Madame H_____, du service des emplois de solidarité, a déclaré qu'elle s'était occupée du dossier de l'ARE en faveur de Mme B_____ alors qu'il y avait eu un premier courrier de l'employeur annonçant un licenciement immédiat et que courrier avait été suivi d'un second faisant mention d'un licenciement à terme. Elle avait alors pris contact avec Mme E_____ pour clarifier la situation à ce propos (consécutivement à la lettre de l'employeur du 28 juillet 2015), mais Mme E_____ ne lui avait pas donné de réponse claire sur ce point, évoquant davantage la perspective d'engager Mme D_____ au bénéfice d'une ARE. Mme H_____ avait

rédigé la décision de révocation de l'ARE en faveur de Mme B_____. Jamais elle n'avait donné d'assurance ou une quelconque garantie à l'employeur qu'il ne lui serait pas demandé le remboursement des ARE versées en faveur de Mme B_____. Mme E_____ a admis que le geste fait en faveur de Mme B_____ d'accepter qu'elle puisse reprendre le travail avait été fait sans prise de contact préalable avec l'OCE, geste fait en pensant que leur relation professionnelle repartirait sur de meilleures bases, jusqu'à la retraite de Mme B_____, et sans imaginer que cela se retournerait contre l'employeur s'il licencierait à nouveau cette dernière, cette fois-ci à terme en l'absence de justes motifs de licenciement immédiat. Mme E_____ a confirmé les déclarations de Mme H_____. L'employeur n'avait pas les moyens d'engager une secrétaire à 100 % sans une aide financière extérieure, mais il aurait mis de l'argent de côté pour pouvoir rémunérer Mme B_____ jusqu'à sa retraite, au-delà de l'échéance des ARE accordées en sa faveur. Par la suite, il n'aurait engagé une nouvelle secrétaire qu'à 40 %.

e. L'OCE a indiqué qu'il ne s'était pas encore prononcé sur la demande de remise de l'obligation de restituer les ARE présentée par l'employeur, attendant à cette fin que la chambre de céans statue sur le présent recours.

22. Au terme de cette audience, les parties ont déclaré persister dans les termes et conclusions de leurs écritures respectives, et la chambre de céans a gardé la cause à juger.

EN DROIT

1. La chambre des assurances sociales 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 présent 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 la rembourser.

Le présent recours a été interjeté en temps utile (art. 49 al. 3 LMC ; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10), compte tenu de la suspension du délai de recours du 18 décembre au 2 janvier inclusivement (art. 63 al. 1 let. c et art. 89A LPA), dans le respect des exigences légales de forme et de contenu (art. 64 s. LPA), par une personne (ici morale) ayant qualité pour recourir (art. 60 al. 1 let. a et b LPA).

Il est donc recevable.

2. a. Pour l'établissement des faits pertinents, il y a lieu d'appliquer les principes ordinaires régissant la procédure en matière d'assurances sociales, à savoir, en particulier, la maxime inquisitoire, ainsi que les règles sur l'appréciation des preuves et le degré de la preuve.
- b. La maxime inquisitoire signifie que l'assureur social et, en cas de litige, le juge, établissent d'office les faits déterminants, avec la collaboration des parties, sans être lié par les faits allégués et les preuves offertes par les parties, en s'attachant à le faire de manière correcte, complète et objective afin de découvrir la réalité matérielle (art. 19 s., 22 ss, 76 et 89A LPA ; cf. aussi art. 43 LPGA ; Ghislaine FRÉSARD- FELLAY / Bettina KAHIL-WOLFF / Stéphanie PERRENOUD, Droit suisse de la sécurité sociale, vol. II, 2015, p. 499 s.). Les parties ont l'obligation 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 ; à défaut, elles s'exposent à devoir supporter les conséquences de l'absence de preuve (art. 28 LPGA ; ATF 125 V 193 consid. 2 ; 122 V 157 consid. 1a ; 117 V 261 consid. 3b et les références).
- c. Comme l'administration, le juge apprécie librement les preuves administrées, sans être lié par des règles formelles (art. 19, 76 et 89A LPA ; cf. aussi art. 61 let. c LPGA). Il lui faut examiner de manière objective tous les moyens de preuve, quelle qu'en soit la provenance, puis décider si les pièces du dossier et autres preuves recueillies permettent de porter un jugement valable sur le droit litigieux.
- d. Une preuve absolue n'est pas requise en matière d'assurances sociales. L'administration et le juge fondent leur 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 130 III 321 consid. 3.2 et 3.3 ; 126 V 353 consid. 5b ; 125 V 193 consid. 2 et les références). Il n'existe 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 319 consid. 5a ; Ghislaine FRÉSARD- FELLAY / Bettina KAHIL-WOLFF / Stéphanie PERRENOUD, op. cit., p. 517 s.).
3. 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, sans renvoi à la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA - RS 830.1), qui ne leur est donc pas applicable.
-

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 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.).

Les chômeurs domiciliés dans le canton de Genève ayant épuisé leur droit aux indemnités fédérales peuvent ainsi bénéficier d'une ARE s'ils retrouvent un travail salarié auprès d'une entreprise active en Suisse ou sur proposition faite par l'autorité compétente de sa propre initiative (art. 30 al. 1 LMC). 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'État ou d'une autre collectivité ou entité publique (art. 34 al. 1 LMC).

Selon l'art. 32 al. 1 LMC, l'octroi d'une ARE 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, 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'art. 337 CO (al. 2). Le chômeur doit en outre avoir épuisé son droit aux indemnités fédérales; être apte au placement; ne pas avoir subi, pendant le délai-cadre d'indemnisation fédérale, de suspension du droit à l'indemnité de 31 jours et plus pour les motifs énumérés à l'art. 30 al. 1 let. c, d, e, f et g LACI, ne pas avoir fait l'objet d'une condamnation pénale ou administrative en raison d'une infraction réprimée aux art. 105, 106, 107 LACI et 47 et 48 LMC (al. 3).

L'ARE 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 al. 1 LMC).

D'après l'art. 36 LMC, l'autorité compétente verse l'ARE sous forme d'une participation dégressive au salaire, par l'intermédiaire de l'employeur, lequel doit payer les cotisations usuelles aux assurances sociales sur l'intégralité du salaire et prélever la part du travailleur ainsi qu'une participation au salaire, qui est déterminée par le Conseil d'État et correspondant en moyenne à 50 % du salaire brut. Le salaire déterminant pour le versement de l'allocation est plafonné au montant maximum du gain mensuel assuré dans l'assurance-accidents obligatoire. L'ARE 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 - J 2 20.01).

L'autorité compétente pour appliquer les dispositions régissant l'ARE est l'OCE (art. 3 al. 1 RMC).

4. a. Concernant la restitution des prestations complémentaires cantonales (dont l'ARE), l'art. 48B LMC prévoit qu'en cas de violation de la LMC, du RMC ou des obligations contractuelles mises à la charge du bénéficiaire de la mesure, de l'entité utilisatrice ou de l'employeur, l'autorité compétente peut révoquer sa décision d'octroi et exiger la restitution des prestations touchées indûment (al. 1). L'art. 32 al. 2 LMC érige en violation de la LMC – impliquant l'obligation de restituer à l'État la participation au salaire reçue – le fait de mettre un terme au contrat de travail avant la fin de la durée totale de la mesure, sauf en cas de résiliation immédiate du contrat de travail pour justes motifs au sens de l'art. 337 CO. 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 (al. 2). Le droit de demander la restitution s'éteint 1 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 (al. 3 ; ATAS/254/2015 du 7 avril 2015 consid. 5).

Cette disposition reprend pour les prestations complémentaires cantonales de chômage 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 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.

- 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, 3^{ème} 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/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 cumulatives 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).

c. Les deux conditions matérielles que prévoit l'art. 48B al. 2 LMC, sur le modèle de l'art. 25 al. 1 phr. 2 LPGA, à savoir la bonne foi et l'exposition à une situation difficile, sont cumulatives (ATF 126 V 48 consid. 3c p. 53 ; DTA 2001 p. 160, C 223/00 consid. 5 ; ATAS/14/2016 du 12 janvier 2016 consid. 5a).

5. a. Il y a violation de la LMC, fondant la révocation et la demande de restitution d'une ARE (art. 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).

Cette règle 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 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 – à savoir au-delà de douze mois pour les chômeurs de moins de 50 ans et de vingt-quatre mois pour les chômeurs de 50 ans et plus (art. 35 al. 1 LMC) –, 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).

b. Il est admis, en Suisse, que les autorités judiciaires, voire les autorités administratives, peuvent être appelées à écarter l'application des règles de droit qui ne seraient pas conformes au droit supérieur, et donc à en contrôler la validité à titre préjudiciel, selon le système diffus et concret de la juridiction constitutionnelle, l'art. 190 Cst. leur commandant toutefois d'appliquer les lois fédérales et le droit international (Andreas AUER / Giorgio MALINVERNI / Michel HOTTELIER ; Droit constitutionnel suisse, 3^{ème} éd., 2013, vol. I, n. 1879 ss, 1903, 1908 s., 1919 ss, 1926 ss, 1937 ss, 1952 ss, 1961 ss ; Pascal MAHON, Droit constitutionnel, 3^{ème} éd., vol. I, 2014, n. 242 ss, 249, 252, 253, 262, 276 ss, 284 ss ; ATAS/1235/2013 précité consid. 5c). La constitutionnalité de l'art. 32 al. 2 LMC peut donc être examinée dans le cadre du présent recours.

Selon la recourante, il est contraire à la liberté contractuelle et à la liberté de licencier un employé que la seule exception que l'employeur puisse utiliser pour mettre fin à un rapport de travail soit le licenciement immédiat pour justes motifs au sens de l'art. 337 CO, et qu'ainsi un employé ait le droit absolu et inattaquable de rester à son poste jusqu'à la fin de la mesure. Les art. 32 al. 2 et 48B al. 1 LMC ne

limitent toutefois pas le droit de l'employeur de se séparer d'un employé qui ne lui donnerait pas ou plus satisfaction ou pour d'autres motifs ; ils prévoient en revanche qu'en dehors des cas de licenciement avec effet immédiat pour de justes motifs au sens de l'art. 337 CO, le remboursement des ARE perçues peut être exigé. La limitation indirecte qui en résulte, non du droit de l'employeur de mettre fin à une relation contractuelle, mais de la possibilité pratique de le faire effectivement en l'absence de circonstances justifiant un licenciement immédiat du fait du risque d'avoir à rembourser les ARE perçues se justifie – comme déjà indiqué – par la finalité de favoriser la réinsertion de chômeurs dans le marché du travail tout en évitant que les employeurs bénéficient simplement d'une main-d'œuvre à bon compte sans accepter les servitudes de l'accompagnement qu'ils s'engagent à effectuer à cette fin. Il ne s'agit jamais que d'une restriction indirecte aux dispositions régissant le contrat de travail, valable à titre de règle de droit public cantonal réservée par l'art. 6 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC - RS 210). Lesdites normes sont de rang légal, satisfont à l'intérêt public poursuivi et respectent le principe de la proportionnalité ; elles remplissent les conditions de validité de telles restrictions. 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. Le grief de non-conformité desdites dispositions au droit supérieur, en particulier à la liberté contractuelle, doit être rejeté.

6. a. En l'espèce, la recourante fait valoir qu'en réalité, elle a licencié l'employée avec effet immédiat pour de justes motifs, à savoir en raison de l'abandon injustifié de son poste de travail le 23 juin 2015. Force est cependant de lui opposer qu'elle-même, à la suite de l'intervention d'un syndicat, est revenue sur ce licenciement, puisqu'elle a accepté, par courrier du 3 juillet 2015, que l'employée reprenne son poste en juillet 2015 « dès que possible », ce par quoi elle a entendu – selon les explications qu'elle a données notamment en audience – au terme de l'incapacité de travail que le médecin de l'employée qualifiait alors de probable pour le 28 juillet 2015. Quand bien même elle a persisté à dire que l'employée avait abandonné son poste le 23 juin 2015, la recourante a de ce fait annulé son licenciement immédiat, et c'est ensuite, par courrier recommandé du 28 juillet 2015, un licenciement à terme qu'elle lui a signifié pour le 31 août 2015.

L'exception que prévoit l'art. 32 al. 2 LMC à l'obligation de restituer à l'État la participation au salaire suppose que le licenciement immédiat a été non seulement effectivement mais aussi valablement donné au salarié. Il ne suffit pas que ce

dernier se soit mis dans une situation dans laquelle l'employeur avait motif de le licencier avec effet immédiat ; encore faut-il que l'employeur l'ait formellement licencié avec effet immédiat, de surcroît de façon matériellement fondée. L'employeur ne saurait, même dans une perspective amiable, se réserver la possibilité de se prévaloir d'un juste motif de résiliation immédiate selon lui survenu pour mettre fin ultérieurement au contrat de travail avec effet immédiat – et échapper à l'obligation de restituer des ARE perçues – pour le cas où il aurait un nouveau motif d'insatisfaction à faire valoir à l'endroit de l'employé concerné, par hypothèse non constitutif de juste motif de licenciement immédiat.

En l'occurrence, la situation est la même que si, formellement, il n'y avait pas eu le licenciement immédiat du 24 juin 2015. Il s'impose de retenir que l'employée a été licenciée pour l'échéance du délai de congé d'alors un mois, pendant la première année de service (art. 335c al. 1 CO). Au surplus, bien que la question n'ait pas à être tranchée, il sied d'indiquer qu'il n'apparaît pas démontré, du moins en l'absence d'avertissements préalables, que les insatisfactions que l'employée a suscitées aux yeux de la recourante ont constitué de justes motifs de licenciement immédiat, ni même que les circonstances, contestées, dans lesquelles l'employée a quitté sa place de travail pour se rendre chez le médecin, sans le dire d'emblée à la recourante, ont réalisé les conditions d'un abandon de poste constitutif d'un tel juste motif, dès lors que le médecin a attesté le jour même de l'incapacité de travail de l'employée.

b. Il s'ensuit que la recourante se trouve dans la situation explicitement visée par l'art. 32 al. 2 LMC d'avoir à restituer les ARE qu'elle a perçues à l'appui de l'engagement de l'employée, sous réserve qu'elle ne doive être qualifiée comme ayant été de bonne foi et qu'en plus la restitution desdites prestations la mettrait dans une situation financière difficile. Sur le plan du principe, l'intimé n'a pas violé la loi, mais l'a appliquée, en révoquant sa décision d'octroi des ARE et en exigeant le remboursement des CHF 20'987.55 d'ARE qu'il avait versées à la recourante.

c. L'intimé ne s'est pas encore prononcé sur la réalisation de ces deux conditions d'une remise de l'obligation de restituer lesdites prestations. Aussi la chambre de céans ne saurait-elle se prononcer à cet égard dans le cadre de la présente procédure, dans la mesure où il n'apparaît pas manifeste que ces deux conditions sont remplies, à tout le moins sous l'angle qu'aucune assurance n'a été donnée à la recourante que les ARE perçues ne lui seraient pas réclamées en retour en dehors du cas d'un licenciement immédiat pour de justes motifs. La question de la bonne foi ne se pose cependant pas sous ce seul angle ; l'absence d'assurances données dans ce cas dans un cas concret n'exclut pas par principe que le bénéficiaire d'ARE perçues à tort ou en trop ne puisse se prévaloir de sa bonne foi, étant rappelé qu'une faute légère n'exclut pas la bonne foi (ATF 112 V 97 consid.

2c p. 103; 110 V 176 consid. 3c p. 180; arrêt du Tribunal fédéral non publié du 23 janvier 2009, 8C_403/08, consid. 2.2 ; ATAS/61/2015 du 29 janvier 2015 consid. 4e).

7. a. Le recours doit donc être rejeté.
- b. La procédure est gratuite, la recourante n'ayant pas agi de manière téméraire ni témoigné de légèreté (art. 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

Sylvie SCHNEWLIN

Raphaël MARTIN

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