

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3677/2018

ATAS/456/2019

COUR DE JUSTICE
Chambre des assurances sociales

Arrêt du 21 mai 2019

1^{ère} Chambre

En la cause

A_____ SÀRL, c/o M. B_____, à GENÈVE

recourante

contre

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

intimé

Siégeant : Doris GALEAZZI, Présidente; Christine TARRIT-DESHUSSES et Christian PRALONG, Juges assesseurs

EN FAIT

1. Le 12 juin 2015, A_____ Sàrl (ci-après : l'employeur) a déposé auprès de l'office cantonal de l'emploi (ci-après : OCE) une demande d'allocation de retour en emploi (ARE) pour Madame C_____ (ci-après : l'employée), laquelle était engagée en tant que vendeuse à 50% dès le 1^{er} juillet 2015 pour un salaire de CHF 3'000.- brut par mois.

Le point 5 du premier paragraphe du formulaire de demande prévoit ce qui suit :

« L'employeur s'engage à conclure avec l'employée un contrat de travail à durée indéterminée et, dans le cas où une période d'essai est prévue, à la limiter si possible à un mois. À 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 3 mois suivants, il 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'art. 337 CO ».

2. Par décision du 30 juillet 2015, l'OCE a alloué à l'employeur une ARE du 1^{er} août 2015 au 31 juillet 2017.
3. Par courrier du 30 décembre 2016, l'employeur a résilié le contrat de travail de l'employée avec effet au 28 février 2017.
4. Par décision du 27 mars 2017, confirmée sur opposition le 14 juin 2017, l'OCE a révoqué l'ARE et requis de l'employeur le remboursement de la somme de CHF 22'018.05, au motif que celui-ci avait licencié l'employée durant l'ARE sans que de justes motifs ne soient invoqués.
5. Par arrêt du 5 décembre 2017, la chambre de céans a rejeté le recours déposé par l'employeur. Elle a en effet constaté que c'était à juste titre que l'OCE avait révoqué l'ARE et réclamé à l'employeur la restitution de l'allocation versée dès lors que le licenciement avait été prononcé le 30 décembre 2016, soit avant la fin de la durée totale de la mesure.
6. Par décision du 5 juin 2018, l'OCE a rejeté la demande de remise que l'employeur avait d'ores et déjà déposée, dans le cadre de son opposition du 20 avril 2017, à la décision de révocation de l'ARE. Il a considéré que l'employeur ne pouvait se prévaloir de sa bonne foi dès lors qu'il avait dûment signé et déposé le 25 juin 2015 le formulaire de demande d'ARE qui mentionnait expressément qu'il serait tenu de rembourser les allocations versées s'il résiliait le contrat de travail sans justes motifs avant la fin de la durée totale de la mesure. Il avait ainsi procédé à un licenciement ordinaire, en toute connaissance de cause.
7. L'employeur a formé opposition le 4 juillet 2018. Selon lui, « il est question de bon sens dans cette situation, ma décision a été dictée par l'urgence en informant avec empathie Madame C_____ qui a bien compris la situation, car je ne pouvais plus faire face à mes engagements financiers du fait d'une forte baisse du chiffre d'affaire.

Ma bonne foi concernant cette situation d'urgence est vérifiable par les comptes bancaires, les salaires que je ne me suis plus versé ainsi que le fait d'avoir dû déménager en France pour survivre, tout est transparent concernant ma situation et la décision prise à ce moment.

Il y a tout de même un article sur la loi du chômage qui stipule que les motifs sérieux et justifiés sont pris en considération ».

8. Par décision du 21 septembre 2018, l'OCE a rejeté l'opposition, considérant que les explications données par l'employeur ne permettent pas de revoir la décision litigieuse « puisqu'il apparaît qu'il a, d'une part, dûment été informé des conditions auxquelles l'octroi de l'ARE était subordonné et concédé ne pas en avoir pris connaissance, d'autre part ».

9. L'employeur a interjeté recours le 19 octobre 2018 contre ladite décision sur opposition. Il a complété son recours le 19 novembre 2018. Il a expliqué que

« je n'ai jamais cherché à engager une collaboratrice de vente, la demande d'allocation de retour en emploi (ARE) a été démarchée par la conseillère, Madame D_____, collaboratrice socioprofessionnelle, qui n'a pas jugé auparavant ma situation financière avant de me présenter cette mesure s'appliquant au cas de Madame C_____.

Lors d'un entretien téléphonique avec Madame D_____, elle m'a demandé de rédiger un contrat de travail tout à fait normal et m'avait précisé que je n'avais pas de contrainte particulière, raison pour laquelle le contrat de travail stipule 2 mois de préavis pour la fin de rapport de travail.

Madame C_____ est venue à plusieurs reprises dans ma boutique en pleurant, me demandant de lui rendre service, étant donné qu'elle sortait du système d'allocation chômage et que sa situation financière le mettait dans un profond désarroi ne pouvant plus assumer ses charges.

Madame C_____ a été engagée non pas sur un salaire de CHF 3000.- brut comme indiqué sur la décision sur opposition, mais de CHF 4000.- pour un 100%, imposé par OCE, afin de respecter les conditions salariales.

On m'a demandé de faire un geste pour venir en aide et je l'ai fait de bon cœur malgré que la situation financière de la société A_____ était déjà en difficulté, de nature optimiste j'espérais que les choses s'améliorent et que Madame C_____ puisse trouver à nouveau une sérénité dans ma petite entreprise ».

L'employeur fait enfin état de sa situation financière de plus en plus difficile.

10. Dans sa réponse du 6 décembre 2018, l'OCE a conclu au rejet du recours.
11. Dans sa réplique du 14 janvier 2019, l'employeur a relevé que « le respect du contrat de travail signé le 27 juin 2015 est l'une des conditions dont dépend le versement des allocations de retour en emploi. Ce qui a été appliqué par la société que je représente ».

L'employeur sollicite que soit tenue une audience de comparution personnelle des parties.

12. Une audience a été fixée le 30 avril 2019. À cette occasion, l'employeur a déclaré que

« j'ai été contacté par Mme C_____ à plusieurs reprises (4 ou 5 fois) par l'intermédiaire d'une amie à moi. Elle a insisté pour que je l'engage. Finalement, c'est sa conseillère en emploi, Mme D_____, qui m'a proposé l'ARE. Je n'avais pas besoin de vendeuse.

J'avais deux magasins, l'un à Genève, l'autre à Lausanne. J'ai fermé celui de Lausanne en 2010, sauf erreur. J'employais une vendeuse à Lausanne. À la fermeture, je l'ai occupée à Genève en attendant qu'elle trouve un autre emploi, étant précisé qu'elle avait plus de 55 ans. Depuis, je n'ai plus de vendeuse, c'est moi qui exerce cette activité. J'ai une vendeuse sur la base d'un contrat sur appel au cas où je dois m'absenter pour des salons professionnels, par exemple, ou pour d'autres raisons.

J'ai accepté la proposition que me faisait la conseillère en emploi pour Mme C_____. J'y avais un intérêt, dans la mesure où l'engagement de celle-ci me permettait de dégager un peu de temps pour moi pour les tâches administratives, les achats, les week-ends, etc. Je voulais également rendre service à Mme C_____.

La conseillère en emploi m'a expliqué oralement en quoi consistait l'ARE.

J'avais prévu un salaire mensuel de CHF 3'000.- pour un plein temps. Le service de l'emploi a toutefois corrigé ce montant en le portant à environ CHF 4'200.-, soit le salaire minimum pour l'ARE.

Je n'ai pas fait attention à la clause, selon laquelle une résiliation avant la fin de la mesure impliquerait la révocation de l'ARE et une demande de restitution.

J'ai pris la précaution de prévenir très tôt Mme C_____ de mes difficultés financières et de l'obligation dans laquelle je me trouvais de résilier son contrat de travail.

Je n'ai pas eu le réflexe de prendre contact avec l'OCE. J'ai voulu le faire après avoir reçu la décision, en vain. J'ai finalement pu obtenir un rendez-vous avec Mme E_____ qui m'a expliqué le cadre juridique et les démarches que je pouvais faire.

J'ai pensé que je faisais les choses correctement en respectant le délai de congé du contrat de travail. Je n'avais pas compris qu'il fallait attendre deux ans. Mme D_____ n'a pas attiré mon attention sur ce point.

Je relève que sur la décision d'octroi, la clause ne figure pas ».

13. Sur ce, 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.

La 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 refus de l'OCE d'accorder à l'employeur la remise de l'obligation de rembourser la somme de CHF 22'018.05, représentant les prestations de l'ARE versées à tort, étant rappelé que la décision sur opposition du 14 juin 2017, fixant le principe et le montant de la restitution et confirmée par l'arrêt de la chambre de céans du 5 décembre 2017 (ATAS/1098/2017), est entrée en force.
5. Il y a violation de la LMC, fondant la révocation d'une ARE et la demande de restitution des allocations versées (art. 32 al. 2 et 48B al. 1 LMC), lorsque l'employeur met un terme au contrat de travail avant la fin de la durée totale de la mesure, sauf lorsque la résiliation du contrat de travail intervient avec effet immédiat pour justes motifs au sens de l'art. 337 CO (art. 32 al. 2 LMC).
6. a. Aux termes de l'art. 48B LMC,

«¹ En cas de violation de la présente loi, de son règlement d'exécution ou des obligations contractuelles mises à charge du bénéficiaire de la mesure, de l'entité utilisatrice ou de l'employeur, l'autorité compétente peut révoquer sa décision d'octroi et exiger la restitution des prestations touchées indûment.

² L'autorité compétente peut renoncer à exiger la restitution sur demande de l'intéressé, lorsque celui-ci est de bonne foi et que la restitution le mettrait dans une situation financière difficile.

³ Le droit de demander la restitution s'éteint un an après le moment où l'autorité compétente a eu connaissance du fait, mais au plus tard cinq ans après le versement de la prestation ».

Cette disposition reprend pour les prestations complémentaires cantonales de chômage, dont l'ARE, les mêmes principes et règles qu'expriment, dans leur domaine respectif d'application, l'art. 25 LPGA (cf. aussi art. 2 à 5 de l'ordonnance sur la partie générale du droit des assurances sociales du 11 septembre 2002 - OPGA - RS 830.11) – dans celui des assurances sociales fédérales – et par exemple l'art. 24 al. 1 de la loi cantonale sur les prestations cantonales complémentaires du 25 octobre 1968 (LPCC - J 4 25) – pour les prestations complémentaires cantonales

à l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité. Il y a lieu d'interpréter l'art. 48B LMC de la même façon que ces autres dispositions, que ce soit pour la procédure à suivre ou sur le fond (ATAS/376/2016 du 17 mai 2016 consid. 4a), même s'il paraît laisser un pouvoir d'appréciation à l'autorité lorsque les deux conditions d'une remise sont remplies (ATAS/505/2016 du 28 juin 2016 consid. 4a).

b. Comme la jurisprudence l'a précisé, la procédure de restitution de prestations sociales comporte trois étapes en principe distinctes, à savoir une première décision sur le caractère indu des prestations, une seconde décision sur la restitution en tant que telle des prestations (comportant l'examen de la réalisation des conditions d'une révision ou d'une reconsidération, dans la mesure où les prestations fournies à tort l'ont été en exécution d'une décision en force), et, le cas échéant, une troisième décision sur la remise de l'obligation de restituer (arrêt du Tribunal fédéral 9C_678/2011 du 4 janvier 2012 consid. 5.2 ; ATAS/82/2016 du 2 février 2016 consid. 2 ; Ueli KIESER, ATSG-Kommentar, 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/505/2016 du 28 juin 2016 consid. 4 ; ATAS/513/2015 du 30 juin 2015 consid. 3 ; ATAS/107/2014 du 23 janvier 2014 consid. 6a in fine).

C'est une fois qu'est entrée en force la décision portant sur la restitution elle-même des prestations perçues indûment – donc en principe dans un troisième temps seulement (à tout le moins dans un deuxième temps, la décision sur la restitution en tant que telle étant susceptible d'être rendue en même temps que la décision sur le caractère indu des prestations [arrêt du Tribunal fédéral 9C_496/2014 du 22 octobre 2014 consid. 2 ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances P 62/04 du 6 juin 2005 consid. 1.2]) – que sont examinées les deux conditions faisant le cas échéant obstacle à une restitution, à savoir la bonne foi et l'exposition à une situation difficile, à moins qu'il soit manifeste que ces deux conditions sont remplies, auquel cas il doit être renoncé à la restitution déjà au stade de la prise de la décision sur la restitution (cf. art. 3 al. 3 OPGA ; Ueli KIESER, op. cit., n. 53 ad art. 25, p. 392 s.). Le moment déterminant pour apprécier s'il y a une situation difficile est d'ailleurs le moment où la décision de restitution est exécutoire (cf. art. 4 al. 2 OPGA).

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).

7. La bonne foi doit faire l'objet d'un examen minutieux dans chaque cas particulier.

Selon la jurisprudence, l'ignorance, par le bénéficiaire, du fait qu'il n'avait pas droit aux prestations versées ne suffit pas pour admettre qu'il était de bonne foi. Il faut bien plutôt qu'il ne se soit rendu coupable non seulement d'aucune intention malicieuse mais encore d'aucune négligence grave. La bonne foi doit être niée quand l'enrichi pouvait, au moment du versement, s'attendre à son obligation de restituer, parce qu'il savait ou devait savoir, en faisant preuve de l'attention requise, que la prestation était indue (art. 3 al. 2 CC; ATF 130 V 414 consid. 4.3 p. 419 sv ; art. 3 al. 2 CC; Gilles PETITPIERRE in: THÉVENOZ/WERRO, Commentaire romand, Code des obligations I, n. 5 ad art. 62, n. 9 ad art. 64; HERMANN SCHULIN in: HONSELL/VOGT/WIEGAND, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, 3e éd., n. 9 ad art. 64). Il s'ensuit que la bonne foi en tant que condition de la remise est exclue d'emblée lorsque les faits qui conduisent à l'obligation de restituer (violation du devoir d'annoncer ou de renseigner) sont imputables à un comportement dolosif (indications inexactes données intentionnellement par exemple) ou à une négligence grave. Tel est le cas si, lors du dépôt de la demande et de l'examen des conditions personnelles ou économiques, certains faits ont été passés sous silence ou que de fausses indications ont été fournies intentionnellement ou par négligence. Il en va de même lorsqu'un changement dans la situation personnelle ou matérielle n'a, intentionnellement ou par négligence grave, pas été annoncé ou l'a été avec retard ou que des prestations indues ont été acceptées de manière dolosive ou gravement négligente (cf. ATF 112 V 103 consid. 2c, 110 V 180 consid. 3c; DTA 1998 n° 14 p. 72 consid. 4a). En revanche, l'intéressé peut invoquer sa bonne foi lorsque l'acte ou l'omission fautifs ne constituent qu'une violation légère de l'obligation d'annoncer ou de renseigner (ATF 112 V 97 consid. 2c p. 103; ATF 110 V 176 consid. 3c p. 180; arrêt du Tribunal fédéral non publié du 23 janvier 2009, 8C_403/08, consid. 2.2). Il en résulte que la mauvaise foi ne peut être qu'antérieure ou contemporaine de la perception indue de prestations (arrêt du Tribunal fédéral 8C_766/2007 du 17 avril 2008 consid. 4.1 et les références citées).

Ainsi et en résumé, la bonne foi doit être niée lorsque le versement indu de la prestation a pour origine le comportement intentionnel ou la négligence grave de la personne tenue à restitution. Il y a négligence grave lorsque l'intéressé ne se conforme pas à ce qui peut être raisonnablement exigé d'une personne capable de discernement, se trouvant dans une situation identique et dans les mêmes circonstances (ATF 110 V 181 consid. 3d).

Suivant les circonstances, la bonne foi de l'assuré ne peut être examinée sans mettre ses faits et gestes en perspective de ceux de ses interlocuteurs au sein des assureurs sociaux et organes d'exécution des diverses assurances sociales, eux aussi tenus par une exigence de bonne foi, comportant le respect notamment de leur obligation, dans les limites de leur domaine de compétence, d'une part, de renseigner les personnes intéressées sur leurs droits et obligations (art. 27 al. 1 LPGA ; art. 85 al.

1 let. a LACI), et, d'autre part, d'instruire les faits pertinents pour la prise de leurs décisions.

Le Tribunal fédéral a précisé qu'aucun devoir de renseignement ou de conseil au sens de l'art. 27 LPGA n'incombe à l'institution d'assurance tant qu'elle ne peut pas, en prêtant l'attention usuelle, reconnaître que la personne assurée se trouve dans une situation dans laquelle elle risque de perdre son droit aux prestations (ATF 133 V 249 consid. 7.2 ; DTA 2005 p. 135, C 7/03 ; arrêt du Tribunal fédéral C 240/04 du 1er décembre 2005). Le devoir de conseil de l'assureur social au sens de l'art. 27 al. 2 LPGA comprend en effet l'obligation d'attirer l'attention de la personne intéressée sur le fait que son comportement pourrait mettre en péril la réalisation de l'une des conditions du droit aux prestations (ATF 131 V 472 consid. 4.3). Il sied aussi de relever dans ce contexte que plusieurs organes sont chargés d'appliquer la législation sur l'assurance-chômage (cf. art. 76 LACI), à savoir notamment l'autorité cantonale, l'office régional de placement et des caisses de chômage (dont la caisse publique cantonale, dont tout canton doit disposer [art. 77 LACI]). Le conseiller en placement est un interlocuteur privilégié pour l'assuré, quant à lui généralement profane en matière d'assurance-chômage. Les liens qui unissent le conseiller en placement au demandeur d'emploi peuvent être étroits dans la mesure où le rôle essentiel du premier consiste non seulement à exercer un certain contrôle sur les démarches du second, mais aussi à lui prodiguer des conseils (arrêt C.335/05 du 14 juillet 2006 consid. 3.3 ; Jean-Michael DUC, Quelques réflexions sur le devoir de renseignement des assurances sociales suite à l'ATFA du 14 juillet 2006, C. 335/05, in La partie générale du droit des assurances sociales, Colloque de Lausanne 2002, édité par Bettina KAHIL-WOLFF, 2003, p.172 ss). À moins qu'il ait vu son attention attirée sur la question, on ne saurait s'attendre à ce qu'un assuré départage distinctement dans son esprit les compétences respectives de l'autorité cantonale et de la caisse pour déterminer notamment son aptitude au placement.

Le devoir de conseil de l'assureur social s'étend non seulement aux circonstances de fait déterminantes, mais également aux circonstances de nature juridique (SVR 2007 KV n° 14 p. 53 et la référence). Son contenu dépend entièrement de la situation concrète dans laquelle se trouve l'assuré, telle qu'elle est reconnaissable pour l'administration. Aucun devoir de renseignement ou de conseil au sens de l'art. 27 LPGA n'incombe à l'institution d'assurance tant qu'elle ne peut pas, en prêtant l'attention usuelle, reconnaître que la personne assurée se trouve dans une situation dans laquelle elle risque de perdre son droit aux prestations (ATF 133 V 249 consid. 7.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_557/2010 consid. 4.1).

8. Il y a lieu en outre de rappeler que, dans le domaine des assurances sociales notamment, la procédure est régie par le principe inquisitoire, selon lequel les faits pertinents de la cause doivent être constatés d'office par le juge. Mais ce principe n'est pas absolu. Sa portée est restreinte par le devoir des parties de collaborer à l'instruction de l'affaire. Celui-ci comprend en particulier l'obligation des parties d'apporter, dans la mesure où cela peut être raisonnablement exigé d'elles, les

preuves commandées par la nature du litige et des faits invoqués, faute de quoi elles risquent de devoir supporter les conséquences de l'absence de preuves (ATF 125 V 195 consid. 2 et les références). Selon la jurisprudence et la doctrine, l'autorité administrative ou le juge ne doivent considérer un fait comme prouvé que lorsqu'ils sont convaincus de sa réalité (KUMMER, Grundriss des Zivilprozessrechts, 4ème éd., Berne 1984, p. 136 ; GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2ème éd., p. 278 ch. 5).

Le juge fonde sa décision, sauf dispositions contraires de la loi, sur les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent comme les plus vraisemblables, c'est-à-dire qui présentent un degré de vraisemblance prépondérante. Il ne suffit donc pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible. Parmi tous les éléments de fait allégués ou envisageables, le juge doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables (ATF 126 V 360 consid. 5b, 125 V 195 consid. 2 et les références). Aussi n'existe-t-il pas, en droit des assurances sociales, un principe selon lequel l'administration ou le juge devrait statuer, dans le doute, en faveur de l'assuré (ATF 126 V 322 consid. 5a).

9. En l'espèce, l'employeur qui était au bénéfice d'une ARE du 1^{er} août 2015 au 31 juillet 2017, a résilié le contrat de travail de son employée le 30 décembre 2016 avec effet au 28 février 2017, de sorte que l'OCE a, par décision sur opposition du 14 juin 2017 entrée en force, révoqué l'ARE et réclamé la restitution des allocations versées. Par la décision litigieuse, il a rejeté la demande de remise, considérant que la condition de la bonne foi n'était pas réalisée.
10. Selon l'employeur, « il y a tout de même un article sur la loi du chômage qui stipule que les motifs sérieux et justifiés sont pris en considération ».

Il y a à cet égard lieu de rappeler que dans son arrêt du 5 décembre 2017, la chambre de céans a constaté que la société avait renoncé à se prévaloir d'un licenciement pour justes motifs et en a conclu que celle-ci avait mis fin au contrat de travail avant l'échéance de la mesure, sans qu'il y ait justes motifs au sens de l'art. 337 CO. On ne saurait dès lors revenir sur ce point. Il s'agit en revanche de déterminer dans le cadre de l'examen des conditions de la remise, si, lorsque l'employeur part de l'idée que le licenciement était fondé sur de justes motifs, en ce sens qu'il avait de bonnes raisons de se séparer de l'employé, sans qu'il puisse être fait application de l'art. 337 CO, cet employeur peut être considéré comme ayant été de bonne foi.

La question de savoir s'il remplit la condition de la bonne foi, à laquelle une remise de l'obligation de restituer est subordonnée, doit s'examiner au regard de sa conscience effective d'enfreindre ses obligations et, le cas échéant, de la gravité de la négligence commise, à apprécier d'après les circonstances du cas d'espèce.

Il paraît à cet égard difficile de considérer que l'employeur puisse ne pas faire la différence entre un licenciement pour justes motifs au sens de l'art. 337 CO et un licenciement « ordinaire ».

Du reste, même si l'on admettait qu'il ait pris le terme de « justes motifs » figurant dans la demande d'ARE comme étant un terme général sans référence à une disposition légale, on ne saurait considérer qu'il ait compris a contrario que ce n'est que s'il licencierait un employé sans aucune raison qu'il serait tenu à rembourser les allocations ARE.

11. a. L'employeur fait valoir que l'obligation de rembourser l'allocation perçue, s'il résiliait le contrat de travail de l'employée avant la fin de la mesure, lui avait échappé. Il allègue qu'il n'a pas fait attention à la clause y relative.

b. Dans le formulaire de demande d'ARE du 12 juin 2015, il est pourtant expressément stipulé que l'employeur s'engage à conclure avec l'employé un contrat de travail à durée indéterminée et, dans le cas où une période d'essai est prévue, à la limiter si possible à un mois, et qu'à 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 doit rembourser les allocations, pour autant qu'il ne s'agisse pas d'un licenciement pour justes motifs au sens de l'art. 337 CO.

c. Il est vrai que l'obligation de restituer en cas de résiliation du contrat de travail avant la fin de l'ARE ne figure en l'espèce que dans le formulaire pré-imprimé de demande d'ARE, et pas dans la décision d'octroi de l'ARE. Or, compte tenu d'expériences similaires dans lesquelles des employeurs n'avaient pas prêté une attention suffisante à l'obligation qui leur serait faite de restituer les ARE perçues en cas de résiliation ordinaire du contrat de travail durant la durée de la mesure, l'OCE a par la suite inséré l'annonce de cette obligation dans les décisions d'octroi d'ARE. S'il ne s'ensuit pas que des employeurs étaient au bénéfice d'une assurance donnée par omission de pouvoir procéder à une résiliation ordinaire du contrat de travail sans devoir rembourser les ARE perçues jusque-là (ATAS/136/2017 du 21 février 2017 consid. 5c), l'opportunité, sinon la nécessité qu'il y a eu de modifier la pratique, représente un argument en faveur d'une approche non rigoriste de la question, à savoir qu'il est concevable qu'un employeur, se référant plus naturellement à la décision d'octroi de l'ARE qu'au formulaire de demande, ne pense plus, des mois sinon près de deux ans plus tard, à cette clause, même si cette dernière s'appuyait sur l'art. 32 al. 2 LMC, et donc qu'il ne saurait par définition n'être pas de bonne foi dans le cadre d'une demande de remise de l'obligation de restituer.

Dans un arrêt du 3 octobre 2017 (ATAS/843/2017), la chambre de céans a ainsi admis que l'entreprise recourante n'avait pas été consciente du fait qu'elle ne pouvait résilier le contrat de travail de son employé pour son prochain terme plutôt qu'avec effet immédiat, sauf à accepter l'idée qu'il lui faudrait rembourser les ARE perçues. Elle a considéré que la négligence dont s'était rendue coupable l'entreprise

était d'une gravité modérée, ne faisant pas obstacle à la reconnaissance de la bonne foi.

Dans cet arrêt, la chambre de céans s'est fondée sur le fait que l'entreprise n'avait résilié le contrat de travail de l'employé que pour l'échéance légale de la mesure, en respectant le délai minimal de congé de deux mois, et a considéré que l'entreprise pouvait imaginer, sans être de mauvaise foi, qu'elle n'enfreignait pas ses obligations puisqu'elle maintenait le contrat jusqu'à l'échéance de la mesure. La chambre de céans a également tenu compte du fait que la clause figurant dans le formulaire pré-imprimé de demande ARE et prévoyant une prolongation de trois mois de la durée de la mesure, avait été déclarée contraire au principe de la légalité (ATAS/610/2017 du 30 juin 2017 consid. 10).

d. Tel n'est cependant pas le cas en l'espèce. En effet, l'employeur a résilié le contrat de travail le 30 décembre 2016 avec effet au 28 février 2017, soit cinq mois avant l'échéance de la mesure, le 31 juillet 2017. En conséquence, l'employeur ne saurait être considéré comme ayant été de bonne foi.

12. a. L'employeur allègue qu'il n'avait en réalité pas besoin d'engager une vendeuse et qu'il n'a fait qu'accepter, au vu de l'insistance de l'employée, la proposition que lui faisait la conseillère en emploi de celle-ci. Il insiste sur le fait qu'« on m'a demandé de faire un geste pour venir en aide et je l'ai fait de bon cœur malgré que la situation financière de la société A_____ était déjà en difficulté, de nature optimiste j'espérais que les choses s'améliorent et que Madame C_____ puisse trouver à nouveau une sérénité dans ma petite entreprise ».

Il souligne que la conseillère en emploi lui a expliqué oralement en quoi consistait l'ARE sans attirer son attention sur l'obligation de rembourser les prestations versées en cas de résiliation du contrat de travail avant la fin de la mesure. Il avait par ailleurs initialement prévu un salaire mensuel de CHF 3'000.- pour un plein temps, mais le service de l'emploi avait corrigé ce montant en le portant à environ CHF 4'200.-, soit le salaire minimum pour l'ARE.

b. Découlant directement de l'art. 9 Cst. et valant pour l'ensemble de l'activité étatique, le principe de la bonne foi protège le citoyen dans la confiance légitime qu'il met dans les assurances reçues des autorités, lorsqu'il a réglé sa conduite d'après des décisions, des déclarations ou un comportement déterminé de l'administration (ATF 129 I 161 consid. 4.1 ; ATF 128 II 112 consid. 10b/aa ; ATF 126 II 377 consid. 3a et les arrêts cités). De la même façon, le droit à la protection de la bonne foi peut aussi être invoqué en présence, simplement, d'un comportement de l'administration susceptible d'éveiller chez l'administré une attente ou une espérance légitime (ATF 129 II 381 consid. 7.1 et les nombreuses références citées).

Selon la jurisprudence, un renseignement ou une décision erronés de l'administration peuvent obliger celle-ci à consentir à un administré un avantage contraire à la réglementation en vigueur, à condition que a) l'autorité soit intervenue

dans une situation concrète à l'égard de personnes déterminées, b) qu'elle ait agi ou soit censée avoir agi dans les limites de ses compétences et c) que l'administré n'ait pas pu se rendre compte immédiatement de l'inexactitude du renseignement obtenu. Il faut encore qu'il se soit fondé sur les assurances ou le comportement dont il se prévaut pour d) prendre des dispositions auxquelles il ne saurait renoncer sans subir de préjudice, et e) que la réglementation n'ait pas changé depuis le moment où l'assurance a été donnée (ATF 131 II 627 consid. 6 ; ATF 129 I 161 consid. 4.1 ; ATF 126 II 377 consid. 3a et les références citées). Une autorité ne peut toutefois pas valablement promettre le fait d'une autre autorité (arrêt du Tribunal fédéral des assurances K 7/04 du 27 janvier 2005 consid. 3.1).

c. On ignore en l'espèce, quelles ont été les explications données par la conseillère en emploi à l'employeur sur les conditions d'octroi ou de révocation des allocations de retour en emploi. Il n'en reste pas moins que l'obligation de rembourser, le cas échéant, est expressément indiquée dans le formulaire de demande d'ARE. On peut s'étonner qu'il n'ait pas préalablement pris contact avec l'OCE pour savoir comment il devait procéder au vu de sa situation financière.

13. Il résulte de ce qui précède que l'employeur a commis une négligence grave à teneur de la jurisprudence précitée et ne remplit pas la condition juridique de la bonne foi. C'est dès lors à juste titre que la remise de l'obligation de restituer les ARE a été refusée.
14. Partant, le recours sera rejeté.

**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

La présidente

Nathalie LOCHER

Doris GALEAZZI

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