
EN FAIT

1. Le 20 novembre 2014, A_____ SA (ci-après : l'employeur) a déposé auprès de l'Office cantonal de l'emploi (ci-après : l'OCE) une demande d'allocation de retour en emploi (ARE) pour Monsieur B_____ (ci-après : l'employé) lequel était engagé en tant que vendeur-caissier (magasin C_____) dès le 1^{er} décembre 2014 pour un salaire de CHF 3'820.- par mois.

Le point 5, 1^{er} paragraphe, du formulaire de demande prévoit ce qui suit : « 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. A l'issue de la période d'essai, si le contrat de travail est résilié avant la fin de la durée totale de la mesure ou dans les 3 mois suivants, 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 10 décembre 2014, l'OCE a alloué à l'employeur une ARE du 9 décembre 2014 au 8 décembre 2015, pour un montant total de CHF 22'920.-.
3. Par courrier du 28 décembre 2015, l'employeur a licencié l'employé pour le 29 février 2016 en mentionnant que les vacances dues étaient couvertes durant le délai de résiliation.
4. Par décision du 7 juillet 2016, l'OCE a révoqué l'ARE et requis de l'employeur le remboursement de CHF 22'920.- au motif que celui-ci avait licencié l'employé « soit durant l'ARE ou dans les 3 mois suivants sans que de justes motifs ne soient invoqués ».
5. Le 15 août 2016, l'employeur, représenté par la Compagnie d'Assurance de Protection Juridique SA (CAP) a fait opposition à la décision de l'OCE du 7 juillet 2016 en faisant valoir qu'il avait dû licencier plusieurs personnes entre juin et décembre 2015, que s'agissant de l'employé, il était régulièrement en retard sur son lieu de travail et que tel avait été le cas les 24 et 26 décembre 2015, ce qui avait déclenché le licenciement, de sorte qu'il existait de justes motifs de licenciement.
6. Le 6 septembre 2016, l'employeur a complété son opposition en mentionnant que l'employé avait reçu de la responsable du magasin C_____ des avertissements oraux suite à des arrivées tardives les 22 juillet et 4 décembre 2015 et que la responsable avait dû effectuer des heures supplémentaires pour pallier les absences de l'employé ; le Site Manager avait également averti l'employé les 27 avril 2015 et courant juillet 2015 ; dans ces circonstances, il existait des justes motifs de licenciement.

Il a communiqué :

- Un courrier de la responsable du magasin C_____ à l'employeur du 26 août 2016 attestant qu'elle avait dû convoquer l'employé à plusieurs reprises au bureau, lequel arrivait avec des retards de dix minutes, le 22 juillet 2015 avec un retard de vingt-cinq minutes, le 4 décembre 2015 avec un retard de trente

minutes, le 24 décembre 2015 avec plus de quatre heures de retard et le 26 décembre 2016 avec plus de trois heures de retard ; il semblait désintéressé par son travail ; il avait été licencié après que plusieurs chances lui aient été données d'améliorer son comportement.

- Un courrier du Site Manager du 26 août 2016 à l'employeur attestant d'un entretien du 27 avril 2015 et en juillet 2015 avec l'employé pour discuter de ses fréquentes arrivées tardives ; la décision de le licencier avait été prise après deux importantes arrivées tardives les 24 et 26 décembre 2015.
7. Par décision du 30 septembre 2016, l'OCE a rejeté l'opposition de l'employeur au motif que le licenciement avait été notifié dans les trois mois suivants la mesure ARE et que l'employeur n'avait pas usé de la voie du licenciement immédiat puisqu'il avait respecté un délai de congé de deux mois.
 8. Le 1^{er} novembre 2016, l'employeur, représenté par un avocat, a recouru auprès de la chambre des assurances sociales de la Cour de justice à l'encontre de la décision sur opposition de l'OCE du 30 septembre 2016 en concluant à son annulation. Il fait valoir qu'il collaborait avec les offices cantonaux pour favoriser la préqualification et la formation professionnelle et qu'il avait ainsi permis la réinsertion professionnelle de nombreuses personnes en proie à des difficultés relevant de l'assistance sociale, en proposant des emplois ne nécessitant pas de formation professionnelle préalable ; de nombreux collègues avaient constaté les retards à répétition de l'employé ; celui-ci s'était à nouveau présenté le 25 janvier 2016 au travail avec un retard de trente minutes ; une autre personne engagée au bénéfice d'une ARE avait continué à travailler dans l'entreprise cinq années après l'échéance de l'ARE ce qui démontrait que le licenciement de l'employé n'était pas programmé après l'échéance de l'ARE ; le licenciement de l'employé était motivé par le non-respect des horaires de travail de sorte qu'il existait dès l'origine un juste motif de licenciement. On ne pouvait lui reprocher d'avoir décidé d'octroyer à l'employé deux mois supplémentaires de travail alors qu'il était légitimé à le licencier abruptement, ce d'autant après avoir été déshonoré par le Tribunal des Prud'homme, lequel l'avait condamné après qu'il ait licencié avec effet immédiat une employée ; il était désormais réticent à employer ce moyen radical ; par ailleurs, le licenciement avait été signifié à l'employé après l'échéance de la mesure ARE de sorte que l'art. 32 al. 2 de la loi cantonale en matière de chômage du 11 novembre 1983 (J 2 20 – LMC) avait été respecté ; l'interdiction de licencier l'employé dans les trois mois suivants la mesure ARE ne résultait pas de la loi mais d'une condition contractuelle ajoutée par l'OCE et l'opportunité, dans ce cas, de demander la restitution de l'ARE n'avait pas été analysée par l'OCE. De surcroît, sa bonne foi et sa situation difficile n'avaient à tort pas été prises en compte non plus par l'OCE.

Enfin, l'OCE lui avait refusé le 22 juillet 2016 l'octroi d'une ARE en faveur d'un autre employé au motif qu'il ne remplissait pas les conditions d'octroi, soit qu'elle

avait abusé des mesures d'ARE alors que tel n'était pas le cas, la décision litigieuse étant injustifiée et arbitraire.

9. Le 29 novembre 2016, l'OCE a conclu au rejet du recours au motif que le licenciement avait été prononcé dans les trois mois suivants la mesure ARE et que même si l'art. 32 al. 2 LMC ne mentionnait pas cette condition, celle-ci ressortait du formulaire relatif à la demande d'ARE signée par l'employeur le 20 novembre 2014 ; aucun juste motif de licenciement ne pouvait être invoqué dès lors que l'employé avait été licencié moyennant un délai de congé de deux mois pour la fin d'un mois ; quant à la demande de remise formée par l'employeur, elle pourrait être transmise à l'OCE pour être traitée une fois la décision litigieuse en restitution entrée en force.
10. Le 22 décembre 2016, l'employeur a répliqué en constatant avec satisfaction que l'OCE admettait que l'art. 32 al. 2 LMC ne comprenait pas l'interdiction de licencier un employé dans les trois mois suivants la fin de la participation au salaire ; l'OCE violait le principe de la bonne foi en motivant différemment sa décision, au stade du recours ; un employeur devait pouvoir attendre de l'OCE que les conditions contractuelles invoquées par cette autorité correspondent à la loi ; en réalité, l'OCE s'était trompé car il avait pris en compte une teneur erronée de l'art. 32 al. 2 LMC et avait de la sorte induit en erreur l'employeur ; s'il avait connu le texte de loi il aurait dû informer l'employeur qu'il ajoutait une exigence supplémentaire dans le formulaire, de sorte que l'employeur aurait pu la contester. L'OCE ne pouvait modifier à sa guise les conditions déterminées par le législateur cantonal ; en le faisant, l'OCE commettait un abus de pouvoir et violait le principe de la proportionnalité.

Enfin, l'OCE se trompait en estimant qu'en présence de justes motifs l'employeur était tenu de licencier immédiatement son employé et il appartenait au juge d'apprécier si les motifs de licenciement de l'employé étaient de justes motifs qui auraient autorisé un licenciement immédiat.

11. Le 17 janvier 2017, l'OCE a dupliqué en relevant qu'il était compétent pour introduire dans le formulaire de demande d'ARE, des conditions plus strictes que celles contenues à l'art. 32 LMC. Ainsi, en étendant à trois mois supplémentaires le période durant laquelle l'employeur ne pouvait pas résilier le contrat de travail du chômeur au bénéfice d'une ARE, à moins que cela soit pour de justes motifs au sens de l'art. 337 CO, il n'avait pas violé le principe de la légalité. Dans la mesure où la condition en cause servait à la réalisation du but de la mesure cantonale instituée par la LMC, qui était la réinsertion durable des chômeurs en fin de droit sur le marché de l'emploi, il n'y avait pas lieu de s'écarter de la jurisprudence de la chambre de céans, ni de la remettre en cause.

La clause interdisant de licencier un travailleur durant la durée de l'ARE et dans les trois mois suivants sous peine de devoir rembourser les montants perçus était la même que celle prévue par les allocations d'initiation au travail (AIT) instaurées

par le droit fédéral. Il en résultait que la jurisprudence du Tribunal fédéral y relative s'appliquait par analogie. Enfin, le licenciement pour justes motifs au sens de l'art. 337 CO impliquait nécessairement un licenciement avec effet immédiat. L'argument de la recourante à cet égard ne pouvait dès lors être retenu.

12. Le 26 janvier 2017, l'employeur a transmis des observations spontanées. L'OCE ne pouvait modifier la loi en imposant des conditions supplémentaires dans ses formulaires soumis aux employeurs et aurait au moins dû en informer l'employeur, pour respecter le principe de la bonne foi ; le fait que cette condition litigieuse servirait le but de la LMC n'était pas pertinent ; le législateur s'était posé cette question et y avait répondu en fixant les conditions dans la loi ; l'application analogique de la LACI n'était pas pertinente non plus, le législateur cantonal ayant spécifiquement décidé de ne pas calquer aux conditions du droit fédéral, volonté que l'OCE devait respecter, le texte de la loi étant clair ; par ailleurs, le délai de congé accordé à l'employé suite à son licenciement n'était pas incompatible avec la présence de justes motifs de licenciement ; il était absurde de le sanctionner alors qu'il avait accordé à l'employé un délai de congé et de renoncer à toute sanction si ce même employé avait été abruptement licencié.
13. Sur quoi la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 134 al. 3 let. b 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. 49 LMC en matière de prestations cantonales complémentaires de chômage.

Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

2. 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]).
3. Est litigieuse en l'espèce la question de savoir si la recourante est tenue de rembourser les ARE reçues pendant la durée d'engagement de son employé.
4. a. La loi genevoise en matière de chômage vise à favoriser le placement rapide et durable des chômeurs dans le marché de l'emploi et à renforcer leurs compétences par l'octroi de mesures d'emploi, de formation et de soutien à la réinsertion. Elle institue pour les chômeurs des prestations cantonales complémentaires à celles prévues par l'assurance-chômage fédérale (art. 1 let. b à d LMC).

Les chômeurs 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 (art. 30 LMC).

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

Selon l'art. 35 LMC l'allocation de retour en emploi est versée pendant une durée de : a. 12 mois consécutifs au maximum pour les chômeurs de moins de 50 ans au moment du dépôt de la demande ; b. 24 mois consécutifs au maximum pour les chômeurs de 50 ans et plus au moment du dépôt de la demande (al. 1). Sont réservés les cas d'interruptions de mesures sans faute de l'intéressé. Le Conseil d'Etat fixe les règles applicables (al. 2).

b. Aux termes de l'art. 48B al. 1 et 2 LMC, en cas de violation de la 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 (al. 1). 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).

5. a. En l'espèce, la recourante se prévaut tout d'abord de l'existence d'un juste motif de licenciement de son employé, au sens de l'art. 337 CO.

b. Selon l'art. 337 al. 1 CO, l'employeur et le travailleur peuvent résilier immédiatement le contrat en tout temps pour de justes motifs; la partie qui résilie immédiatement le contrat doit motiver sa décision par écrit si l'autre partie le demande. Aux termes de l'al. 2 de cette disposition, sont notamment considérés comme de justes motifs toutes les circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger de celui qui a donné le congé la continuation des rapports de travail. Conformément à l'al. 3 de cette disposition, le juge apprécie librement s'il existe de justes motifs, mais en aucun cas il ne peut considérer comme tels le fait que le travailleur a été sans sa faute empêché de travailler.

L'art. 337 al. 1 CO est une mesure exceptionnelle. La résiliation immédiate pour justes motifs doit être admise de manière restrictive. D'après la jurisprudence, les faits invoqués par la partie qui résilie doivent avoir entraîné la perte du rapport de confiance qui constitue le fondement du contrat de travail. Seul un manquement particulièrement grave justifie le licenciement immédiat du travailleur ou l'abandon abrupt du poste par ce dernier. En cas de manquement moins grave, celui-ci ne peut entraîner une résiliation immédiate que s'il a été répété malgré un avertissement. Par manquement de l'une des parties, on entend en règle générale la violation d'une obligation imposée par le contrat mais d'autres faits peuvent aussi justifier une résiliation immédiate (ATF 130 III 28 consid. 4.1 p. 31; 129 III 380 consid. 2.2 p. 382). Le juge apprécie librement, au regard des principes du droit et de l'équité

déterminants selon l'art. 4 CC, si le congé abrupt répond à de justes motifs (art. 337 al. 3 CO). A cette fin, il prend en considération tous les éléments du cas particulier, notamment la position du travailleur, la nature et la durée des rapports contractuels, et la nature et l'importance des manquements (ATF 130 III 28 consid. 4.1 p. 32; 127 III 351 consid. 4a p. 354; arrêt du Tribunal fédéral A4_137/2014 du 10 juin 2014). Les justes motifs doivent être invoqués sans tarder sous peine de forclusion (ATF 112 II 41; ATF 123 III 86).

c. Eu égard à la diversité des situations envisageables, le Tribunal fédéral a refusé par ailleurs de poser des règles rigides sur le nombre et le contenu des avertissements qui doivent précéder un licenciement immédiat, lorsque le manquement imputable au travailleur n'est pas assez grave pour justifier une telle mesure sans avertissement. Il a rappelé que ce n'est pas l'avertissement en soi, fût-il assorti d'une menace de résiliation immédiate, qui justifie un tel licenciement, mais bien le fait que l'attitude du travailleur ne permet pas, selon les règles de la bonne foi, d'exiger de l'employeur la continuation des rapports de travail jusqu'à l'expiration du délai de congé. Ce comportement pourra certes résulter de la réitération d'actes contraires aux obligations contractuelles, mais savoir s'il y a gravité suffisante à cet égard restera toujours une question d'appréciation (cf. ATF 127 III 153 consid. 1c). Le Tribunal fédéral conclut, dans cet arrêt, que les griefs d'arrivées tardives, formés à l'encontre de l'employé n'étaient pas propres à rompre le rapport de confiance entre les parties jusqu'à l'issue du délai de préavis de congé de deux mois (arrêt du Tribunal fédéral du 1^{er} février 2005 - 4C_403/2004).

Ainsi, la partie qui résilie un contrat de travail en invoquant de justes motifs ne dispose que d'un court délai de réflexion pour signifier la rupture immédiate des relations, à défaut de quoi on peut admettre que la continuation des rapports de travail est possible jusqu'au terme ordinaire du contrat (ATF 130 III 28 consid. 4.4; 123 III 86 consid. 2a). Un délai général de réflexion d'une durée de deux à trois jours ouvrables est présumé approprié. Une prolongation de quelques jours n'est admissible qu'à titre exceptionnel, selon les circonstances particulières du cas concret (ATF 130 III 28 *ibidem* ; arrêt du Tribunal fédéral du 13 décembre 2006 - 4C_291/2005).

La mesure extrême qu'est le licenciement immédiat suppose que la continuation des rapports de travail soit inexigible de l'employeur (arrêt du Tribunal fédérale du 29 septembre 2015 - 4A_228/2015). Ainsi, lorsque l'employeur communique une résiliation extraordinaire pour justes motifs (art. 337 CO), les rapports de travail cessent en fait et en droit le jour même où le congé est communiqué, peu importe qu'il soit justifié ou injustifié, que son exercice soit jugé tardif par la suite en procédure (arrêts 4C.291/2005 du 13 décembre 2005 consid. 3 et 4; 4C.348/2003 du 24 août 2004 consid. 3.3) ou qu'il ait été donné pendant une période de protection contre les licenciements en temps inopportun (WYLER/HEINZER, Droit du travail, 3e éd. 2014, p. 596; cf. consid. 5.4 ci-dessous). Le travailleur n'a ni

à protester contre le licenciement injustifié, ni à continuer à offrir ses services (arrêt du Tribunal fédéral du 2 février 2017 - 4A_372/2016).

d. Selon la jurisprudence de la chambre de céans, 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).

L'art. 32 al. 2 LMC, selon lequel sont réservés les cas de résiliation immédiate du contrat de travail pour justes motifs au sens de l'art. 337 CO (al. 2), pourrait être interprété différemment dans le sens qu'il n'est pas exigé que la résiliation soit intervenue formellement pour justes motifs, pourvu que cela soit le cas matériellement, en s'inspirant de la jurisprudence du Tribunal fédéral concernant les AIT réglées par les art. 65 s. de la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982 (LACI - RS 837.0). Notre Haute Cour a jugé qu'il n'est pas exclu de considérer une résiliation comme étant survenue pour de justes motifs, même si cela n'est pas mentionné dans la lettre de résiliation, pour autant que les motifs invoqués par la suite fassent apparaître comme non exigible la continuation des rapports de travail (ATF 126 V 42 consid. 3 p. 46 s. ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances sociales C_15/05 du 23 mars 2006 consid. 4.3; arrêt du Tribunal fédéral des assurances sociales C_14/02 du 10 juillet 2002 consid. 4). Il faut toutefois que les justes motifs invoqués après la résiliation soient en étroite corrélation avec les motifs figurant dans la lettre de licenciement (arrêt du Tribunal fédéral des assurances sociales C_14/02 du 10 juillet 2002). Dans les arrêts cités, notre Haute Cour n'a cependant pas admis que les motifs invoqués dans les cas particuliers constituaient des justes motifs au sens de l'art. 337 CO.

Il y a toutefois une différence entre les AIT et les ARE, dès lors que la révocation ex tunc de la mesure et, partant, l'obligation des restituer les montants reçus, en cas de résiliation sans justes motifs, résulte pour les ARE de la loi elle-même (art. 32 al. 2 LMC), en plus de figurer dans le formulaire de demande d'une ARE et, depuis récemment, dans la décision d'octroi de l'ARE, alors que cette obligation est stipulée pour les AIT uniquement dans une clause accessoire contractuelle entre l'employeur et l'OCE (ATAS/40/2015 du 20 janvier 2015 consid. 7 à 8).

Par ailleurs, les justes motifs de licenciement doivent être invoqués sans délai ; on ne voit pas pourquoi, de façon générale, l'employeur pourrait le faire ultérieurement, devant la chambre de céans, 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 limite et compte tenu des circonstances concrètes.

Pour ces raisons, la chambre de céans, réunie en plénum, a décidé dans un arrêt du 30 mars 2017 (ATAS/255/2017) de maintenir sa jurisprudence, sur le plan du principe. Elle a réservé cependant 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'occurrence, il convient préalablement de constater que la situation diffère de celle jugée le 30 mars 2017 par la chambre de céans dans la mesure où le licenciement a été prononcé postérieurement à la fin de la mesure ARE, soit pendant la période de trois mois suivant celle-ci, condition ne figurant pas dans la loi mais uniquement dans la clause accessoire contractuelle entre l'OCE et l'employeur, de sorte que l'obligation de restituer l'ARE en cas de licenciement sans justes motifs au sens de l'art. 337 CO ne résulte pas non plus de la loi. La situation est ainsi, en l'espèce, identique à celle prévalant pour les AIT.

Cela dit, la chambre de céans constate que des circonstances exceptionnelles n'existent pas pour admettre l'existence de justes motifs de licenciement au sens de l'art. 337 CO.

En effet, tout d'abord, la lettre de licenciement du 28 décembre 2016 ne mentionne pas les motifs de celui-ci. Ensuite, dans son opposition du 15 août 2016, la recourante a expliqué que l'employé se présentait régulièrement en retard sur son lieu de travail, qu'il avait été convoqué à maintes reprises au bureau, que le 24 décembre 2015 il ne s'était pas rendu au travail en s'excusant seulement plusieurs heures plus tard, et le 26 décembre 2015 il était arrivé avec trois heures de retard, ce qui avait motivé le licenciement. Certes, ces faits ont été confirmés par la responsable C_____ et par le Site Manager par courriers du 26 août 2016, ceux-ci ayant relevé que l'employé avait été convoqué à plusieurs reprises au bureau en raison de ses multiples retards, lesquels s'étaient amplifiés en décembre 2015 (trente minutes le 4 décembre 2015, quatre heures le 24 décembre 2015 et trois heures le 26 décembre 2015), qu'en particulier, après son retard du 24 décembre 2015, il s'était engagé à respecter les horaires et avait été averti, que suite à son retard du 26 décembre 2015 une réunion d'urgence avait été organisée avec la direction où il avait été décidé de discuter une ultime fois avec l'employé, ce qui avait été fait le 28 décembre 2015 et que, vu l'absence chez l'employé de prise de conscience de ses retards, il avait été décidé de le licencier. Toutefois, le cumul de

plusieurs arrivées tardives tout au long de l'engagement de l'employé, même si elles avaient toutes fait l'objet d'avertissement de la part de l'employeur ne sauraient, au vu de la jurisprudence précitée, être admises au titre de justes motifs de licenciement, ce d'autant que la recourante a maintenu le rapport de travail pendant le délai de congé.

7. a. La recourante conteste ensuite la légalité de la condition imposée par l'intimé - en sus de celle prévue par l'art. 32 al. 2 LMC - de ne pas résilier le contrat de travail dans les trois mois suivants la période de l'ARE.

b. En l'occurrence, la recourante qui était au bénéfice d'une ARE du 9 décembre 2014 au 8 décembre 2015, a résilié le contrat de travail de son employé le 28 décembre 2015 pour le 29 février 2016, soit postérieurement à la fin de la durée de la mesure mais dans le délai de trois mois suivant celle-ci, tel que prévu dans le formulaire de demande d'ARE du 20 novembre 2014.

c. Dans le formulaire précité, il est 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. 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 ».

8. a. Au niveau fédéral, l'art. 7 al. 1 let. b LACI prévoit que pour prévenir et combattre le chômage, l'assurance fournit des contributions destinées au financement de mesures relatives au marché du travail en faveur des assurés.

Selon l'art. 59 al. 1 et 2 LACI, l'assurance alloue des prestations financières au titre des mesures relatives au marché du travail en faveur des assurés et des personnes menacées de chômage (al. 1). Les mesures relatives au marché du travail visent à favoriser l'intégration professionnelle des assurés dont le placement est difficile pour des raisons inhérentes au marché de l'emploi. Ces mesures ont notamment pour but : a. d'améliorer l'aptitude au placement des assurés de manière à permettre leur réinsertion rapide et durable ; b. de promouvoir les qualifications professionnelles des assurés en fonction des besoins du marché du travail ; c. de diminuer le risque de chômage de longue durée ; d. de permettre aux assurés d'acquérir une expérience professionnelle (al. 2).

Selon l'art. 65 LACI, les assurés dont le placement est difficile et qui, accomplissant une initiation au travail dans une entreprise, reçoivent de ce fait un salaire réduit, peuvent bénéficier d'allocations d'initiation au travail lorsque : le salaire réduit durant la mise au courant correspond au moins au travail fourni et (let. b) qu'au terme de cette période, l'assuré peut escompter un engagement aux conditions usuelles dans la branche et la région, compte tenu, le cas échéant, d'une capacité de travail durablement restreinte (let. c).

Selon l'art. 66 LACI, les allocations d'initiation au travail couvrent la différence entre le salaire effectif et le salaire normal que l'assuré peut prétendre au terme de sa mise au courant, compte tenu de sa capacité de travail, mais tout au plus 60 % du salaire normal (al. 1). Pendant le délai-cadre, les allocations sont versées pour six mois au plus, dans des cas exceptionnels, pour douze mois au plus (al. 2). Les assurés âgés de 50 ans ou plus ont droit aux allocations d'initiation au travail pendant douze mois (al. 2bis). Les allocations d'initiation au travail sont réduites d'un tiers de leur montant initial après chaque tiers de la durée de la mise au courant prévue, mais au plus tôt après deux mois. Pour les assurés âgés de 50 ans ou plus, elles sont réduites d'un tiers de leur montant initial à partir du mois qui suit la première moitié de la durée prévue. (al. 3). Les allocations sont versées par l'intermédiaire de l'employeur, en complément du salaire convenu. L'employeur doit payer les cotisations usuelles aux assurances sociales sur l'intégralité du salaire et prélever la part du travailleur (al. 4).

Selon l'art. 90 OACI, le placement d'un assuré est réputé difficile lorsque, compte tenu de la situation du marché du travail, l'assuré a de grandes difficultés à trouver un emploi en raison : a. de son âge avancé, b. de son handicap physique, psychique ou mental, c. d'antécédents professionnels lacunaires ; d. du fait qu'il a déjà touché 150 indemnités journalières ; e. de son manque d'expériences professionnelles lors d'une période de chômage élevé au sens de l'art. 6, al. 1ter.4 (al. 1). Les allocations d'initiation au travail peuvent être versées durant une période de douze mois au maximum si la situation personnelle de l'assuré laisse présumer que le but de l'initiation au travail ne peut être atteint en six mois (al. 1bis). L'art. 81e, al. 1, s'applique par analogie au délai de dépôt de la demande d'allocation d'initiation au travail (al. 2). L'autorité cantonale vérifie auprès de l'employeur si les conditions dont dépend l'octroi d'allocations d'initiation au travail sont remplies. Elle peut exiger que les conditions selon l'art. 65 let. b et c LACI fasse l'objet d'un contrat écrit (al. 3). La caisse verse les allocations d'initiation au travail à l'employeur. Celui-ci les verse à son tour à l'assuré avec le salaire convenu (al. 4). L'organe de compensation peut donner des directives pour le calcul des allocations (al. 5).

b. Le Tribunal fédéral a considéré dans un arrêt 14/02 du 10 juillet 2002 que la décision d'octroi des allocations d'initiation au travail contient une réserve relative au respect du contrat de travail et indique en outre que «le versement des AIT est conditionné au respect du contrat de travail». Par ailleurs, elle fait référence - par une simple mention de celui-ci - au formulaire de «Confirmation de l'employeur relative à l'initiation au travail» de l'Office public de l'emploi du canton de Fribourg signé par l'employeur. Ce document précise notamment sous le titre «Obligations de l'employeur» que, d'une part, la durée minimale du contrat de travail correspond à la durée d'initiation au travail plus un délai de résiliation d'un mois et que, d'autre part, pendant cette durée minimale, le contrat peut être résilié après la période d'essai uniquement pour justes motifs conformément à l'art. 337 CO. Il indique également que «ces dispositions priment tout accord contenant des clauses

contraires». Ce formulaire modifie et complète donc le contrat de travail en posant des conditions supplémentaires - notamment la durée minimale du contrat de travail - auxquelles la recourante s'est soumise expressément en le signant. L'autorité cantonale peut introduire de telles conditions, qui font l'objet d'une clause accessoire, dans le cadre des compétences qui lui sont conférées par l'art. 90 al. 3 OACI, dès lors qu'elles servent à la réalisation des exigences posées par la loi (voir Grisel, *Traité de droit administratif*, vol. I, p. 408 sv.; Ulrich Häfelin/Georg Müller, *Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, 3e éd., Zurich 1998, p. 186 sv.).

Au vu de ces trois documents, on peut retenir, d'une part, que l'employeur s'est engagé, par contrat de travail modifié par le formulaire de confirmation, à employer l'employé pendant une durée minimale correspondant à la durée d'initiation au travail plus un délai de résiliation d'un mois, sous réserve d'une résiliation pour justes motifs au sens de l'art. 337 CO. D'autre part, il ressort expressément des termes mêmes de la décision d'octroi des AIT que le versement des AIT, soit le droit à celles-ci, est soumis à la condition du respect du contrat de travail. Il s'agit ici d'une réserve de révocation qui a explicitement pour effet qu'en cas de violation des obligations contractuelles par l'employeur, notamment la durée minimale de l'engagement de l'assuré - sous réserve d'une résiliation pour justes motifs -, les conditions du droit aux allocations d'initiation ne sont pas remplies. Une telle réserve est tout à fait admissible au regard du but de la mesure, qui est de favoriser l'engagement durable de personnes au chômage dont le placement est fortement entravé, ainsi que d'éviter une sous-enchère sur les salaires, ainsi qu'un subventionnement des employeurs par l'assurance-chômage (ATF 126 V 45 consid. 2a et les références).

Dans un arrêt du 23 mars 2006 (C 15/05), le Tribunal fédéral a jugé que ledit formulaire de confirmation de l'employeur était une clause accessoire au contrat de travail, laquelle primait tout accord contenant des clauses contraires.

c. L'AIT (art. 7 et 59 LACI et 90 OACI), tout comme l'ARE (art. 30 LMC), sont des allocations ayant pour objectif de favoriser le retour à l'emploi des chômeurs qui ont épuisé leur droit à des prestations fédérales de l'assurance-chômage. L'ARE est une mesure cantonale venant compléter l'AIT prévue par l'assurance-chômage fédérale. Aussi applique-t-on, par analogie, la jurisprudence rendue par le Tribunal fédéral en matière d'AIT aux ARE (ATAS/39/2016 du 19 janvier 2016).

On peut dès lors confirmer que la recourante s'est engagée, en signant le formulaire « demande ARE », à employer l'employé pendant une durée minimale correspondant à la durée de l'ARE plus un délai de trois mois, sous réserve d'une résiliation pour justes motifs au sens de l'art. 337 CO.

Il convient encore d'examiner si cette condition est compatible avec la teneur de l'art. 32 al. 2 LMC.

9. La loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre. Si le texte de la loi n'est pas absolument clair, si plusieurs interprétations de celui-ci sont possibles ou s'il y a de

sérieuses raisons de penser qu'il ne correspond pas à la volonté du législateur, il convient de rechercher sa véritable portée au regard notamment des travaux préparatoires, du but de la règle, de son esprit, des valeurs sur lesquelles elle repose, singulièrement de l'intérêt protégé, ou encore de sa relation avec d'autres dispositions légales (ATF 140 III 315 consid. 5.2.1 p. 318; 138 III 166 consid. 3.2 p. 168; 136 III 283 consid. 2.3.1 p. 284 ; arrêt du Tribunal fédéral 4A_616/2014 du 29 janvier 2015).

En l'occurrence, le texte de l'art. 32 al. 2 LMC a fait l'objet d'une interprétation par la chambre de céans sur la question du sens à donner à l'expression « l'employeur met un terme au contrat de travail avant la fin de la durée totale de la mesure ».

Il a ainsi été retenu que seule la date de résiliation est déterminante, de sorte que si celle-ci est prononcée pendant la durée de la mesure, la condition de l'art. 32 al. 2 LMC est réalisée, même si le délai de congé vient à échéance au-delà de la durée de la mesure (ATAS/40/2015 du 20 janvier 2015, ATAS/705/2016 du 7 septembre 2016, ATAS/79/2017 du 6 février 2017).

Pour le reste, la chambre de céans constate que le texte de l'art. 32 al. 2 LMC est clair, dans le sens qu'un employeur qui prononce un licenciement après l'échéance de la mesure ne met en aucun cas un terme au contrat de travail « avant la fin de la durée totale de la mesure ».

Par ailleurs, l'art. 32 al. 2 LMC n'a pas fait, lors de son adoption, l'objet de discussions (Mémorial des séances du Grand Conseil du 28 juin 2007 concernant le PL 9922-A du Conseil d'Etat modifiant la loi en matière de chômage).

L'intimé estime cependant qu'il peut s'écarter du texte clair de l'art. 32 al. 2 LMC, par application analogique de la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière d'AIT.

10. La chambre de céans constate que l'obligation de restituer le salaire reçu si le licenciement est prononcé avant la fin de la durée totale de la mesure est prévue à l'art. 32 al. 2 LMC, soit dans une loi formelle, et que tel n'est pas le cas pour l'AIT, la LACI ne prévoyant pas une telle condition. Le Tribunal fédéral a d'ailleurs ancré, en matière d'AIT, la compétence des autorités cantonales de prévoir des clauses accessoire au contrat de travail en se référant à la délégation prévue à l'art. 90 al. 3 OACI.

En conséquence, le régime de l'ARE n'est pas similaire à celui de l'AIT.

Le législateur ayant décidé, par l'adoption de l'art. 32 al. 2 LMC, de prévoir une obligation de restituer le salaire reçu si le licenciement est prononcé avant l'échéance de la mesure, l'intimé ne saurait modifier la loi en prévoyant une clause accessoire dans la décision d'octroi de l'ARE laquelle étend de trois mois supplémentaires la limite fixée par le législateur, et cela même si cette condition supplémentaire sert à la réalisation des autres exigences posées par la loi.

A cet égard, le principe de la séparation des pouvoirs est garanti par l'art. 130 Cst./GE (art. 2 al. 2 Cst./GE depuis le 1^{er} juin 2013) et, plus généralement, par toutes les constitutions cantonales implicitement ou explicitement; il représente un droit constitutionnel dont peut se prévaloir le citoyen (ATF 130 I 1 consid. 3.1 p. 5 et la jurisprudence citée). Il interdit à un organe de l'Etat d'empiéter sur les compétences d'un autre organe (ATF 106 Ia 389 consid. 3a p. 394). Ce principe garantit le respect des compétences établies par la Constitution. Il appartient en premier lieu au droit public cantonal de fixer les compétences des autorités (ATF 130 I 1 consid. 3.1 p. 5; ATF 128 I 113 consid. 2c p. 116 et les nombreuses références citées). Le principe de la séparation des pouvoirs régit la répartition des compétences entre les trois pouvoirs, législatif, exécutif et judiciaire. Pour l'essentiel, il s'applique au rapport entre la loi et l'ordonnance, en interdisant au pouvoir exécutif d'édicter des règles de droit, si ce n'est dans le cadre d'une délégation valablement conférée par le législateur (ATF 134 I 322 consid. 2.2 p. 326 ; ATF 136 I 241).

Le principe de la légalité – consacré à l'art. 5 al. 1 Cst. - exige que l'administration agisse seulement dans le cadre délimité par la loi. Dès lors, l'administration doit respecter toutes les prescriptions légales (principe de la primauté de la loi qui incorpore le principe de la hiérarchie des normes) et agir seulement si la loi le lui permet (principe de l'exigence d'une base légale; cf. à ce sujet THIERRY TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, n° 448 p. 149 ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_840/2015 du 28 juin 2016).

En l'occurrence, le législateur cantonal ayant réglé expressément à l'art. 32 al. 2 LMC la question de la durée pendant laquelle l'employeur ne peut pas résilier le contrat de travail de l'employé sous peine de restitution des prestations allouées, l'intimé, en s'écartant du texte clair de cette disposition, viole le principe de la légalité et celui de la séparation des pouvoirs. En conséquence, la chambre des assurances sociales, réunie en plénum, décide de s'écarter de l'arrêt du 21 février 2017 (ATAS/136/2017) - lequel avait confirmé le bien-fondé de la clause accessoire litigieuse - en déclarant celle-ci illégale.

La recourante, en prononçant le licenciement de l'employé le 28 décembre 2015, alors que la mesure était venue à échéance le 8 décembre 2015, a respecté l'art. 32 al. 2 LMC de sorte que la demande de restitution des ARE déjà versées n'est pas fondée.

11. Partant, le recours sera admis et la décision litigieuse annulée.

Une indemnité de CHF 2'500.- sera allouée à la recourante qui obtient gain de cause.

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

Statuant

conformément à l'art. 133 al. 2 LOJ

À la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet.
3. Annule la décision de l'intimé du 30 septembre 2016.
4. Alloue une indemnité de CHF 2'500.- à la recourante, à charge de l'intimé.
5. 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

Julia BARRY

Karine STECK

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