

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2809/2017

ATAS/1097/2017

**COUR DE JUSTICE**  
**Chambre des assurances sociales**

**Arrêt du 5 décembre 2017**

**1<sup>ère</sup> Chambre**

En la cause

A \_\_\_\_\_ SA, sise à LAUSANNE

recourante

contre

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

intimé

**Siégeant : Doris GALEAZZI, Présidente ; Evelyne BOUCHAARA et Christine  
TARRIT-DESHUSSES, Juges assesseurs**

---

**EN FAIT**

1. Le 18 mars 2015, A\_\_\_\_\_ SA (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 Monsieur B\_\_\_\_\_ (ci-après : l'employé), lequel était engagé en tant que leader scientist dès le 1<sup>er</sup> avril 2015 pour un salaire de CHF 8'000.- brut par mois.

Le point 5 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. 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, 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 1<sup>er</sup> avril 2015, l'OCE a accordé à l'employeur une ARE du 1<sup>er</sup> avril 2015 au 31 mars 2016, pour un montant total de CHF 48'000.-.
3. Par courrier du 24 mars 2016, l'employeur a résilié le contrat de travail de l'employé avec effet au 30 avril 2016, « pour les motifs qui vous ont été soumis oralement lors de notre entretien du 24 mars 2016 ». Il est précisé que les éventuels soldes de vacances et d'heures supplémentaires doivent être compensés pendant le délai de congé.
4. Par décision du 14 juin 2016, l'OCE a révoqué l'ARE et requis de l'employeur le remboursement de la somme de CHF 48'000.-, celui-ci ayant licencié l'employé durant la période des trois mois suivant l'ARE, sans que de justes motifs au sens de l'art. 337 CO ne soient invoqués.
5. Le 6 juillet 2016, l'employeur a formé opposition, faisant valoir qu'il avait dû se séparer de l'employé pour des raisons économiques, « alors que la qualité de son travail nous donnait toute satisfaction et que nous eussions préféré le conserver au sein de notre équipe ». Il explique à cet égard que

« La situation difficile de notre société et de surcroît attestée par notre bilan à fin mars qui combinée au rythme de nos frais de développement ne nous donne que quelques mois d'existence. Cette situation est malheureusement courante pour les start-up qui doivent dépenser beaucoup au début de leur existence pour développer un produit avant d'acquérir des clients ou de lever des fonds en quantité suffisante pour couvrir leurs frais. Lorsque nous avons engagé *l'employé* en avril 2015 nous étions confiants de pouvoir lever ces fonds plus tôt de sorte que nous serions en mesure de payer son plein salaire lorsque l'allocation de retour en emploi serait échue ».

Le signataire du courrier d'opposition a par ailleurs précisé que son propre salaire avait été réduit de 20% à CHF 6'400.- par mois et celui de sa directrice financière de CHF 3'000.- à CHF 2'500.- par mois.

L'employeur allègue enfin avoir compris que si le contrat de l'employé durait treize mois, la durée minimale du contrat était dépassée, de sorte qu'il n'aurait pas eu à rembourser les allocations. Il ajoute ainsi que

« Dans la mesure où nous devons nous séparer de *l'employé* pour raisons économiques il aurait été fort préférable pour *l'employé* comme pour nous de le garder deux mois supplémentaires plutôt que de devoir rembourser les allocations perçues ».

6. Par décision sur opposition du 26 août 2016, l'OCE a confirmé la révocation de l'ARE et la demande de restitution.
7. Par courrier du 16 novembre 2016, l'employeur a déposé une demande visant à la remise de l'obligation de rembourser la somme de CHF 48'000.- dont le paiement lui est réclamé.
8. Par décision du 13 février 2017, l'OCE a rejeté sa demande, considérant que la première condition de la remise, soit la bonne foi, n'était pas réalisée.
9. L'employeur a contesté ce rejet le 9 mars 2017. Il reprend les arguments déjà développés dans son opposition du 6 juillet 2016. Il fait valoir que la durée totale de la mesure n'est pas communiquée clairement par l'office régional de placement (ORP) et que l'on ne saurait lui reprocher d'avoir compris qu'il ne serait tenu à restitution que s'il mettait un terme au contrat de travail dans les douze mois.
10. Par décision du 31 mai 2017, l'OCE a rejeté l'opposition. Il se réfère à deux arrêts rendus par la chambre de céans les 21 février 2017 (ATAS/136/2017 consid. 5c) et 6 février 2017 (ATAS/79/2017 consid. 8). Il fait valoir que l'employeur a résilié le contrat de travail, par le biais d'un licenciement ordinaire le 24 mars 2016 pour le 30 avril 2016, soit avant la fin de l'ARE pour la fin du mois suivant. Il considère que l'employeur ne pouvait ignorer qu'il serait tenu de rembourser l'ARE perçue, qu'il lui était en tout état possible de se renseigner sur les conséquences d'une résiliation du contrat de travail auprès d'un mandataire ou directement auprès de l'OCE, de sorte qu'il avait commis une négligence grave. La condition de la bonne foi ne pouvait ainsi pas lui être reconnue. Enfin, les deux conditions de la remise, à savoir la bonne foi et la situation financière difficile, étant cumulatives, il ne lui incombait pas d'examiner cette dernière.
11. L'employeur a interjeté recours le 28 juin 2017 contre ladite décision. Il rappelle dans quelles conditions le licenciement de l'employé est intervenu. Il conteste par ailleurs avoir commis une négligence grave et ne pas avoir été de bonne foi, soulignant à nouveau que la durée totale de la mesure n'est pas communiquée clairement par l'ORP.
12. Dans sa réponse du 24 juillet 2017, l'OCE a conclu au rejet du recours.
13. Ce courrier a été transmis à l'employeur et la cause 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<sup>er</sup> 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. 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 48'000.-, représentant l'ARE, étant rappelé que la décision sur opposition du 26 août 2016, fixant le principe et le montant de la restitution, est entrée en force.
4. a. 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).

b. L'art. 32 al. 2 LMC 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 bénéficier des prestations versées en leur faveur mais aussi de les accompagner dans un processus de retour à l'emploi, pouvant comporter l'apprentissage ou le réapprentissage des contraintes et compétences liées à l'exercice d'un emploi. Non seulement il importe que le chômeur engagé à la faveur d'une ARE dispose à cette fin d'un temps suffisant lui ouvrant même la perspective de conserver son emploi au-delà de la durée de l'ARE prolongée du délai ordinaire de résiliation de son contrat, mais encore cela suppose que l'employeur ne bénéficie pas simplement d'une main-d'œuvre à bon compte mais aussi accepte les servitudes dudit accompagnement.

On ne saurait en revanche attendre d'un employeur s'engageant dans le processus considéré qu'il s'expose à devoir rembourser les ARE qu'il aura perçues lorsqu'il aurait de justes motifs de résilier le contrat de travail avec effet immédiat et le ferait effectivement (MGC 2006-2007/X A - 7930). Mais seuls des motifs – généralement des manquements – d'une gravité particulière justifient un licenciement avec effet immédiat, ou alors des manquements répétés malgré un ou plusieurs

avertissements ; contrairement à une violation de l'obligation de fidélité ou de loyauté, une exécution négligente ou insatisfaisante du travail ne justifie en général pas une résiliation avec effet immédiat, sauf avertissements préalables ; il ne suffit pas que les rapports de confiance entre les parties soient subjectivement détruits, mais il faut encore que, objectivement, selon les règles de la bonne foi, on ne puisse plus attendre de la partie qui donne le congé la continuation des rapports de travail jusqu'à l'échéance du contrat (ATF 127 III 310 consid. 3 ; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_60/2014 du 22 juillet 2014 consid. 3.1 ; Gabriel AUBERT, Commentaire romand du CO, vol. I, 2ème éd., 2012, n. 1 à 7 ad art. 337).

c. Comme la chambre de céans l'a déjà jugé (ATAS/376/2016 du 17 mai 2016 consid. 5b), les art. 32 al. 2 et 48B al. 1 LMC sont de rang légal, poursuivent un intérêt public et respectent le principe de la proportionnalité. Les restrictions qu'ils apportent à des droits fondamentaux, comme la liberté économique, satisfont aux conditions de validité de telles restrictions (art. 36 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 - Cst. - RS 101). 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.

5. La chambre de céans a jugé à plusieurs reprises que lorsque l'employeur ne licencie pas son employé concrètement sur la base de l'art. 337 CO, il renonce à se prévaloir d'un licenciement pour justes motifs, de sorte que des justes motifs au sens de l'art. 337 ne peuvent pas être retenus (ATAS/505/2016 du 28 juin 2016 consid. 6c ; ATAS/376/2016 du 17 mai 2016 consid. 6a ; ATAS/61/2016 du 26 janvier 2016 consid. 11 ; ATAS/102/2016 du 4 février 2016 consid. 7 ; ATAS/158/2016 du 1<sup>er</sup> mars 2016 consid. 13).

Par un arrêt du 30 mars 2017 (ATAS/255/2017), rendu en plénum, elle a maintenu cette jurisprudence sur le plan du principe, parce que la révocation *ex tunc* d'une ARE et, partant, l'obligation de restituer les montants reçus, en cas de résiliation sans justes motifs, résulte de la loi elle-même (art. 32 al. 2 LMC), en plus de figurer dans le formulaire de demande d'une ARE et, depuis récemment, dans les décisions d'octroi de l'ARE. De plus, les justes motifs de licenciement devant être invoqués sans délai, on ne voit pas pourquoi, de façon générale, l'employeur pourrait le faire ultérieurement pour contester la révocation des ARE octroyées et la demande de restitution des ARE versées ; le risque d'invocation abusive ou opportuniste de tels motifs ne serait pas négligeable. En outre, l'employeur requérant des ARE s'engage à contacter l'OCE avant tout licenciement d'un salarié pour lequel des ARE sont versées, ce qui doit lui permettre d'obtenir de l'OCE l'accord de licencier le salarié et, en conséquence, l'assurance de n'avoir pas à restituer les ARE perçues, dans des cas limite et compte tenu des circonstances concrètes.

---

La chambre de céans a cependant réservé les cas, a priori rares, dans lesquels il est manifeste que l'employé a été licencié matériellement en raison d'un juste motif, immédiatement après le manquement reproché, quoiqu'à terme mais en étant libéré de l'obligation de travailler pendant le délai de congé. Dans une telle hypothèse (comme au demeurant dans celle, inverse, dans laquelle un licenciement immédiat formellement présenté comme tel apparaîtrait manifestement abusif), il pourrait se justifier que la chambre de céans vérifie, à titre préjudiciel, l'existence de justes motifs de licenciement pour juger de la validité d'une révocation *ex tunc* de l'ARE et de l'obligation de principe faite à l'employeur de restituer les ARE perçues.

6. a. Aux termes de l'art. 48B LMC,

«<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> 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<sup>ème</sup> 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.

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, Bundesverwaltungrechtspflege, 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<sup>er</sup> avril 2015 au 31 mars 2016, a résilié le contrat de travail de son employé le 24 mars 2016 avec effet au 30 avril 2016, de sorte que l'OCE a, par décision du 26 août 2016 entrée en force, révoqué l'ARE et en a réclamé la restitution. Par la décision litigieuse, il a rejeté la demande de remise, considérant que la condition de la bonne foi n'était pas réalisée.
10. a. Dans le formulaire de demande d'ARE du 18 mars 2015, 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.

b. Il y a lieu de constater qu'à réitérées reprises, le Tribunal fédéral a retenu que la formule de confirmation de l'employeur relative à l'initiation au travail (AIT) modifie et complète le contrat de travail en posant des conditions supplémentaires - notamment la durée minimale du contrat de travail - auxquelles l'employeur se soumet expressément en le signant. Le Tribunal fédéral a jugé que « 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 » (arrêt du Tribunal fédéral 14/02 du 10 juillet 2002 ; 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.).

Dans un arrêt du 23 mars 2006 (C 15/05), le Tribunal fédéral a confirmé que ce formulaire est une clause accessoire au contrat de travail, laquelle prime tout accord contenant des clauses contraires.

Force est de constater qu'en l'espèce, l'employeur a failli à ses obligations contractuelles. Le Tribunal fédéral a en effet, dans un arrêt du 16 février 2005 (C 55/04), retenu la date à laquelle le contrat de travail a été résilié. Peu importe, selon la Haute Cour, que le délai de congé arrive lui à échéance au-delà « de la fin de la période d'initiation au travail convenue », le Tribunal fédéral rappelle en effet que le terme « résilier » est sans équivoque : résilier un contrat de travail, c'est mettre fin aux rapports de travail ou donner le congé. La résiliation est l'exercice d'un droit formateur et prend la forme d'une déclaration de volonté soumise à réception; elle déploie ses effets dès qu'elle parvient dans la sphère de puissance du destinataire (cf. Rémy WYLER, *Droit du travail*, Berne 2002, p. 325 en bas). L'exercice de ce droit ne peut être confondu avec la survenance du terme ou l'écoulement du délai pour lequel le congé est donné.

Le texte de l'art. 32 al. 2 LMC a ainsi 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).

Or, en l'espèce, le contrat a été résilié par courrier du 24 mars 2016, soit avant l'échéance de l'ARE. Seule cette date est déterminante.

11. L'employeur allègue avoir dû se séparer de son employé pour des motifs économiques.

Il suffit cependant dans le cadre du présent litige ne portant que sur la question de la remise, de rappeler que des motifs économiques ne peuvent pas être pris en considération, puisqu'ils ne constituent pas de justes motifs au sens de l'art. 337 CO (arrêts du Tribunal fédéral C 14/02 du 10 juillet 2002 et C 15/05 du 23 mars 2006 ; ATAS/1268/2009).

12. La chambre de céans confirme en conséquence que c'est à juste titre que l'OCE a révoqué l'ARE et réclamé à l'employeur la restitution de l'allocation versée, dès lors que le licenciement a été prononcé le 24 mars 2016, soit avant la fin de la durée totale de la mesure.

L'employeur fait à cet égard valoir qu'il n'avait pas compris qu'il devrait rembourser l'allocation perçue, s'il résiliait le contrat de travail avec effet à une date dépassant la durée de la mesure.

Force est toutefois de constater qu'il a été dûment informé des conditions auxquelles l'octroi de l'ARE est subordonné, par la communication des dispositions légales applicables. Il lui appartenait de se renseigner le cas échéant auprès de l'OCE. Aussi ne pouvait-il manquer de savoir que s'il résiliait le contrat de travail de son employé avant fin mars 2016, il perdrait le droit à l'ARE. La loi ne prévoit à cet égard aucune exception à ce principe, même lorsque l'employeur doit renoncer au service d'un employé pour des raisons économiques (ATAS/1268/2009).

Aussi la demande de remise ne peut-elle être que rejetée.

13. 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