

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2824/2017

ATAS/900/2017

COUR DE JUSTICE
Chambre des assurances sociales

Arrêt du 16 octobre 2017

10^{ème} Chambre

En la cause

A _____ SÀRL, sis à GENÈVE

recourante

contre

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

intimé

Siégeant : Mario-Dominique TORELLO, Président; Willy KNÖPFEL et Jean-Pierre WAVRE, Juges assesseurs, Juges assesseurs

EN FAIT

1. Le 16 juin 2014, Messieurs B_____ pour le compte de A_____ SÀRL (ci-après : l'employeur, la société ou la recourante), ayant pour but d'effectuer toutes opérations relevant du commerce international, notamment dans le domaine des matières premières, conseils pour la gestion et le financement des entreprises, et C_____ (ci-après : l'employé), né le _____1959, ont signé et déposé auprès de l'office cantonal de l'emploi (ci-après : OCE) une demande d'allocation de retour en emploi (ci-après : ARE) en faveur de l'employé précité, pour une durée souhaitée de vingt-quatre mois.
2. Selon le formulaire pré-imprimé de demande d'ARE signé par l'employeur et l'assuré, l'employeur s'engageait notamment à :
 - conclure avec l'employé un contrat de travail de 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 (loi fédérale du 30 mars 1911, complétant le Code civil suisse (CO, Code des obligations - RS 220) ;
 - informer l'autorité compétente de toute modification du contrat ARE et de l'échec de l'ARE avant un éventuel licenciement.
3. À teneur d'un contrat de travail signé le 16 juin 2014, l'employeur engageait l'assuré à 100 %, pour une durée indéterminée dès le 14 juillet 2014, comme directeur des ventes, pour une durée hebdomadaire moyenne de travail de quarante heures par semaine, à raison de cinq jours par semaine, soit du lundi au vendredi et pour un salaire brut mensuel de CHF 11'250.- + 13^{ème} salaire. En plus l'employeur s'engageait à payer à l'employé une prime calculée en fonction de ses performances, selon des modalités de calcul restant à la libre appréciation de l'employeur et ne constituant en aucun cas un 13^{ème} salaire.
4. Après un refus initial, et après que l'office cantonal de l'emploi (ci-après : OCE) ait admis les oppositions formées tant par l'employeur que par l'employé, par décision du 9 décembre 2014, le service des emplois de solidarité de l'OCE a admis rétroactivement la demande de l'employeur pour la période allant du 5 août 2014 au 4 août 2016. Les allocations seraient versées pour une durée allant d'août 2014 à août 2016, selon un barème dégressif figurant dans un tableau annexe précisant pour chacune des mensualités concernées le taux et le montant de l'ARE ainsi que la part employeur ; elles totaliseraient ainsi CHF 126'000.-.
5. Par courrier du 14 juin 2016, A_____ SÀRL a licencié l'employé en ces termes : « les circonstances économiques actuelles nous obligent à envisager à votre égard une mesure de licenciement à partir du 1^{er} septembre 2016. Nous regrettons cette

décision et vous remercions de votre collaboration, tout en vous souhaitant plein succès dans vos futures démarches. (Salutations). Signé B_____ General Manager.
»

6. Il ressort d'un certificat de travail non daté, mais signé, établi par la société, notamment que l'employé s'est montré être un collaborateur très engagé, orienté résultats et créatif. Il a fait preuve d'un grand esprit d'entreprise qui lui a permis d'atteindre et parfois de dépasser les objectifs fixés, à la plus grande satisfaction de l'employeur, lequel a particulièrement apprécié sa disposition, lors de situations difficiles, à s'investir et à fournir plus que le travail demandé. Sa personnalité et ses compétences ont grandement contribué à la forte croissance de l'entreprise. En raison de la situation présente de l'entreprise, celle-ci a dû mettre un terme à son contrat de travail.
7. Par décision du 11 avril 2017, le service des emplois de solidarité de l'OCE a révoqué sa décision du 9 décembre 2014 et réclamé à l'employeur le remboursement de la somme de CHF 92'265.05 perçue à titre de l'ARE, au motif qu'il avait mis fin aux rapports de travail de l'employé dans les trois mois suivant la mesure ARE, sans que de justes motifs au sens de l'art. 337 CO ne soient invoqués.
8. Par courrier du 8 mai 2017, la société a formé opposition à cette décision : la résiliation du contrat de travail de l'employé a été faite dans des circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettaient pas d'exiger de l'employeur la continuation des rapports de travail.
9. Par décision sur opposition du 24 mai 2017, l'OCE a rejeté l'opposition et confirmé la décision du 11 avril 2017. Il n'est pas contesté que l'employeur a mis fin aux rapports de travail en date du 14 juin 2016 avec effet au 1^{er} septembre 2016, et qu'il n'a pas usé de la voie du licenciement immédiat, puisqu'il a décidé de mettre fin aux rapports de travail de l'intéressé moyennant un délai de congé légal ordinaire (deux mois). L'employeur ne saurait dès lors soutenir après coup que le licenciement était motivé par de justes motifs au sens de l'art. 337 CO.
10. Par courrier du 19 juin 2017 reçu le 29, la société a saisi la chambre des assurances sociales de la Cour de justice d'un recours contre la décision susmentionnée. Elle conclut implicitement à son annulation pour les motifs suivants :
 - la décision de mettre fin aux rapports de travail a été faite d'une manière qui pourrait créer une certaine confusion car l'intitulé « circonstances économiques actuelles » incluait, selon elle, aussi les circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettaient pas d'exiger de sa part la continuation des rapports de travail ;
 - l'employeur avait respecté le délai de congé légal ordinaire, car il croyait que ce délai s'appliquait à tous les contrats de travail et à tous les cas de résiliation de ceux-ci, quelles que soient les circonstances ;

- la recourante considère avoir été de bonne foi, durant toute cette période, dans l'acceptation des allocations (ARE), et leur restitution devrait entraîner des rigueurs particulières de la part de la société.
- 11. Invité à se déterminer sur le recours, et à communiquer à la chambre de céans son dossier et la preuve de la date de notification de la décision entreprise, l'intimé s'est déterminé par courrier du 11 juillet 2017. Il conclut implicitement au rejet du recours, considérant que la recourante n'apporte aucun élément nouveau qui n'aurait pas déjà été pris en considération dans la décision contestée, de sorte qu'il persiste intégralement dans les termes de la décision sur opposition du 24 mai 2017.
- 12. La chambre de céans a communiqué les écritures de l'intimé à la recourante, en lui octroyant un délai au 31 juillet 2017 pour venir consulter les pièces du dossier de l'intimé et, dans le même délai, communiquer à la juridiction ses remarques éventuelles en y joignant toutes pièces utiles.
- 13. La recourante ne s'étant pas manifestée, la chambre de céans a informé les parties par courrier du 15 août 2017 que la cause était 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.
Sa 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]), sous la réserve qui va suivre (consid. 6).
4. 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.
5. a. Les ARE sont des prestations cantonales complémentaires à celles qu'institue la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982 (LACI - RS 837.0). Elles sont régies par la LMC, sans renvoi à la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000

(LPGA - RS 830.1), qui ne leur est donc pas applicable. Avec d'autres prestations cantonales complémentaires de chômage, les ARE ont été introduites dans la LMC par la loi 9922 du 28 juin 2007, entrée en vigueur le 1^{er} février 2008, pour remplacer un système d'emplois temporaires cantonaux permettant alors la reconstitution de droits aux indemnités de chômage, critiqué par la Confédération, par un dispositif cantonal répondant aux exigences fédérales, et visant par ailleurs prioritairement le retour à l'emploi ainsi que l'élévation du niveau de compétence professionnelle des chômeurs (MGC 2005-2006/XII A – 11429 ; MGC 2006-2007/X A - 7884 s.).

b. Les chômeurs domiciliés dans le canton de Genève ayant épuisé leur droit aux indemnités fédérales peuvent ainsi bénéficier d'une ARE s'ils retrouvent eux-mêmes un travail salarié auprès d'une entreprise active en Suisse ou sur proposition faite par l'autorité compétente de sa propre initiative (art. 30 al. 1 LMC). La mesure se déroule en priorité au sein d'une entreprise privée, laquelle doit offrir des conditions d'engagement conformes aux usages professionnels de la branche, subsidiairement au sein de l'État ou d'une autre collectivité ou entité publique (art. 34 al. 1 LMC). Selon l'art. 32 al. 1 LMC, l'octroi d'une ARE est subordonné à la production, avant la prise d'emploi, d'un contrat de travail à durée indéterminée (al. 1). Le chômeur doit en outre être apte au placement, ne pas avoir subi, pendant le délai-cadre d'indemnisation fédérale, de suspension du droit à l'indemnité de 31 jours et plus pour les motifs énumérés à l'art. 30 al. 1 let. c, d, e, f et g LACI, ne pas avoir fait l'objet d'une condamnation pénale ou administrative en raison d'une infraction réprimée aux art. 105, 106, 107 LACI et 47 et 48 LMC (al. 3).

c. L'ARE est versée pendant une durée de douze mois consécutifs au maximum pour les chômeurs de moins de 50 ans au moment du dépôt de la demande, et de vingt-quatre mois consécutifs au maximum pour les chômeurs de 50 ans et plus au moment du dépôt de la demande (art. 35 al. 1 LMC). D'après l'art. 36 LMC, l'autorité compétente verse l'ARE sous forme d'une participation au salaire dégressive, par l'intermédiaire de l'employeur, lequel doit payer les cotisations usuelles aux assurances sociales sur l'intégralité du salaire et prélever la part du travailleur ainsi qu'une participation au salaire, qui est déterminée par le Conseil d'État et correspondant en moyenne à 50 % du salaire brut. Le salaire déterminant pour le versement de l'allocation est plafonné au montant maximum du gain mensuel assuré dans l'assurance-accidents obligatoire. L'ARE correspond à 80 % du salaire mensuel brut pendant le premier quart de la mesure, puis est réduite de 20 % par quart suivant (art. 27 du règlement d'exécution de la loi en matière de chômage du 23 janvier 2008 - RMC - J 2 20.01).

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

6. a. L'art. 48B al. 1 LMC prévoit qu'en cas de violation de la LMC, du RMC ou des obligations contractuelles mises à la charge du bénéficiaire de la mesure, de l'entité utilisatrice ou de l'employeur, l'autorité compétente peut révoquer sa décision

d'octroi et exiger la restitution des prestations touchées indûment (al. 1). L'art. 32 al. 2 LMC érige en cas d'application obligatoire de cette disposition le fait de mettre un terme au contrat de travail avant la fin de la durée totale de la mesure, sauf en cas de résiliation immédiate du contrat de travail pour justes motifs au sens de l'art. 337 CO.

Toutefois, selon l'art. 48B al. 2 LMC, 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.

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 (art. 48B al. 3 LMC ; ATAS/254/2015 du 7 avril 2015 consid. 5).

Ces dispositions reprennent 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). Il y a lieu de l'interpréter de la même façon que ces autres dispositions, même si elle 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).

Il résulte de ce qui précède qu'en tant que la recourante invoque dans son troisième motif avoir été de bonne foi durant toute la période de l'ARE, dans l'acceptation des allocations versées par l'État, et que leur restitution devrait entraîner des « rigueurs particulières de la part de notre société », elle conclut implicitement à la remise de l'obligation de restituer, au sens des dispositions qui précèdent. Selon le système légal décrit ci-dessus, la demande de remise ne pouvant être formulée qu'une fois la décision ordonnant la restitution des prestations entrée en force, la conclusion de la recourante tendant à la remise de l'obligation de restituer est d'une part prématurée ; elle est d'autre part irrecevable, à ce stade de la procédure : en effet, la demande de remise doit être formulée auprès de l'organe d'exécution du chômage qui a prononcé la demande de restitution, qui se prononcera dans une décision susceptible d'opposition. La chambre de céans n'est en effet compétente en la matière, que sur recours contre les décisions sur opposition (art. 49 al.3 LMC).

La conclusion de la recourante, tendant à la remise de l'obligation de restituer est donc irrecevable.

7. 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.

8. La chambre de céans a jugé à plusieurs reprises que lorsque l'employeur ne licencie pas son employé concrètement sur la base de l'art. 337 CO, il renonce à se prévaloir

d'un licenciement pour justes motifs, de sorte que des justes motifs au sens de l'art. 337 ne peuvent pas être retenus (ATAS/505/2016 du 28 juin 2016 consid. 6c ; ATAS/376/2016 du 17 mai 2016 consid. 6a ; ATAS/61/2016 du 26 janvier 2016 consid. 11 ; ATAS/102/2016 du 4 février 2016 consid. 7 ; ATAS/158/2016 du 1^{er} mars 2016 consid. 13).

Par un arrêt du 30 mars 2017 (ATAS/255/2017), rendu en plénum, elle a maintenu cette jurisprudence sur le plan du principe, parce que la révocation *ex tunc* d'une ARE et, partant, l'obligation des 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.

9. 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] (ATAS/610/2017).

10. Le juge des assurances sociales 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 130 III 321 consid. 3.2 et 3.3; ATF 126 V 353 consid. 5b; ATF 125 V 193 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 319 consid. 5a).

11. En l'occurrence, la recourante était au bénéfice des ARE du 5 août 2014 au 4 août 2016. Elle a résilié le contrat de travail le 14 juin 2016 pour le 1^{er} septembre suivant (recte : 31 août, dernier jour du mois de préavis entier). Dans sa lettre de résiliation, elle invoque comme motif de licenciement « les circonstances économiques actuelles ».

Il appert ainsi que la recourante n'a pas respecté la loi, en résiliant le contrat de travail avant la fin de la mesure. En effet, comme rappelé ci-dessus, c'est la date de la résiliation qui est déterminante au sens de l'art. 32 al. 2 LMC, quand bien même l'échéance du délai de congé intervient après la fin de la durée de la mesure.

Cela étant, il apparaissait inutile que l'intimé fasse référence au délai de trois mois suivant la mesure ARE, au vu de la jurisprudence de la chambre de visée ci-dessus (ATAS/610/2017 et références citées). Indiquer que l'employeur avait mis fin aux rapports de travail dans les trois mois suivant la mesure est en effet susceptible de créer un doute, au vu de la récente jurisprudence de la chambre de céans réunie en plénum (ATAS/610/2017) dans un cas – différent du cas d'espèce – où la résiliation était intervenue pendant le délai de trois mois suivant la fin des ARE.

12. En premier lieu, la recourante prétend que la notion de « circonstances économiques actuelles » incluait, selon elle, aussi les circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettait pas d'exiger de sa part la continuation des rapports de travail. Elle ne saurait être suivie.

Pas plus que sur opposition, la recourante qui reprend son argumentation sur recours ne donne la moindre précision sur ce qu'elle considère comme « circonstances » qui ne permettraient pas d'exiger de sa part la continuation des rapports de travail. Or, les justes motifs justifiant un licenciement immédiat doivent être d'une gravité particulière, en principe des manquements graves de la part de l'employé, dont il résulte que la poursuite des rapports de travail serait à tel point insupportable pour l'employeur que l'on ne saurait la lui imposer. Dans le cas d'espèce, on voit mal de quelle nature pourraient être les causes qui, dans le comportement de l'employé, seraient telles qu'elles aient pu légitimer l'employeur à se prévaloir de l'impossibilité que lui soit imposée la poursuite des rapports de travail : non seulement il a conservé son directeur des ventes à son service jusqu'à la fin du délai de résiliation, mais il a encore et surtout établi un certificat de travail élogieux au sujet de l'employé.

La chambre de céans rappelle aussi que l'employeur s'est également engagé par sa signature de la requête de mesures ARE à informer l'autorité compétente de l'échec de l'ARE avant un éventuel licenciement, ce qu'il n'a pas fait, ceci en violation des

engagements qu'il avait pris. Une telle démarche lui aurait permis (selon les motifs invoqués) soit d'obtenir l'accord de l'autorité avec un licenciement anticipé, soit la garantie que le licenciement n'entraînerait pas une demande de restitution des ARE, soit de renoncer au licenciement envisagé en cas de refus de l'autorité. Il ne peut ainsi s'en prendre qu'à lui-même.

Ce motif doit donc être écarté.

13. En deuxième lieu, la recourante se prévaut d'avoir « respecté le délai de congé légal ordinaire » en prétendant qu'elle croyait que ce délai s'appliquait à tous les contrats de travail et à tous les cas de résiliation de ceux-ci. Elle ne saurait davantage être suivie dans une telle argumentation, qui se situe aux limites de la bonne foi. Il n'est en effet pas sérieusement soutenable qu'un employeur puisse de manière convaincante faire valoir une telle ignorance pour s'en prévaloir : on trouve les racines de l'incohérence d'une telle affirmation dans l'énoncé même de l'argument : évoquer le « délai de congé légal » c'est déjà faire référence à la loi - que nul n'est censé ignorer, encore moins les dispositions du contrat de travail pour un employeur - qui traite précisément des différents cas de résiliation des rapports de travail, et des différents délais de congé (art. 334 et ss CO), y compris de la résiliation immédiate et de ses conditions, à l'art. 337 CO expressément mentionné dans les engagements que la recourante a pris en signant la demande d'ARE. À supposer même que l'on puisse accorder la moindre crédibilité à la recourante à ce sujet, que cela ne changerait rien à l'issue du recours : en effet, la sanction légale du licenciement ordinaire pendant la durée de la mesure ARE ne tient pas au délai de congé mais au motif de celui-ci, qui doit être grave pour justifier un licenciement immédiat, seule exception à l'interdiction de résilier le contrat pendant la durée de la mesure ARE, sous peine de devoir rembourser les prestations ARE reçues.

Entièrement mal fondé, le recours sera rejeté.

14. Pour le surplus la procédure est gratuite (art. 89 H LPA)

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

Statuant

À la forme :

1. Déclare le recours recevable, dans le sens des considérants.

Au fond :

2. Le rejette.
3. Dit que la procédure est gratuite.
4. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110); le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière

Le président

Florence SCHMUTZ

Mario-Dominique TORELLO

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