



POUVOIR JUDICIAIRE

A/4436/2019

ATAS/375/2020

COUR DE JUSTICE
Chambre des assurances sociales

Arrêt du 14 mai 2020

10^{ème} Chambre

En la cause

A_____ Sàrl, sise à GENÈVE, représentée par Madame B_____, recourante
titulaire du brevet d'avocate

contre

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

**Siégeant : Francine Payot Zen-Ruffinen, Présidente ; Maria-Esther SPEDALIERO et
Christine WEBER-FUX, Juges assesseurs**

EN FAIT

1. La société A_____ Sàrl (ci-après : A_____) exploite la pizzeria C_____, située au 114, rue D_____ à Genève. Monsieur E_____ est associé gérant avec signature individuelle de la société et son épouse, Madame F_____, en a été directrice avec signature individuelle du 20 août 2010 au 17 mai 2016, puis à nouveau depuis le 15 mars 2018.
2. Le 12 octobre 2015, la société et Monsieur G_____ ont déposé auprès de l'office cantonal de l'emploi (ci-après : OCE) une demande d'allocation de retour en emploi (ci-après : ARE) d'une durée de vingt-quatre mois pour une activité de M. G_____ à plein temps en qualité de serveur, avec salaire mensuel comprenant le treizième salaire de CHF 4'550.- et entrée en fonction le 1^{er} novembre 2015.

Selon le point 5 du formulaire de demande d'ARE, l'employeur s'engageait à :

- conclure avec l'employé un contrat de travail à durée indéterminée et, dans le cas où une période d'essai était prévue, à la limiter si possible à un mois ; à l'issue de la période d'essai, si le contrat de travail était 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 ;
- informer l'autorité compétente de toute modification du « contrat ARE » et de l'échec de l'ARE avant un éventuel licenciement.

Juste au-dessus des emplacements pour les signatures, le formulaire soulignait que les signataires acceptaient les conditions figurant dans ce dernier et les validaient par leur signature.

Le contrat de travail entre A_____ et M. G_____, qui prévoyait un délai de résiliation d'un mois pour la fin d'un mois de la première à la cinquième année de service, était annexé à la demande.

3. Le 28 octobre 2015, l'OCE a octroyé l'ARE sollicitée, laquelle serait versée du 1^{er} novembre 2015 au 31 octobre 2017, pour un total de CHF 54'600.-.

Cette décision ne mentionnait pas l'obligation de remboursement des allocations, sur décision de l'autorité, en cas de résiliation du contrat de travail avant la fin de la durée totale de la mesure, sauf licenciement pour justes motifs.

4. Par courrier du 30 octobre 2017, A_____ a résilié le contrat de travail la liant à M. G_____ avec effet au 30 novembre 2017, en raison de problèmes économiques.
5. Par décision du 2 février 2018, l'OCE a révoqué sa décision du 28 octobre 2015 et demandé à A_____ le remboursement de CHF 54'600.-.

Cette décision a été confirmée par décision sur opposition de l'OCE du 9 mars 2018, elle-même confirmée par arrêt de la chambre des assurances sociales de la Cour de justice du 3 septembre 2018 (ATAS/755/2018), contre lequel le recours

auprès du Tribunal fédéral a été déclaré irrecevable le 19 octobre 2018 (8C_691/2018).

6. Par requête du 4 janvier 2019, A_____ a sollicité une remise de la dette.

La durée du contrat de vingt-cinq mois respectait les engagements envers M. G_____. La société ne pouvait prendre le risque de résilier le contrat pour justes motifs, le service n'ayant pas souffert de manière insoutenable de ses problèmes d'alcool. Le remboursement de CHF 54'000.- mettait A_____ dans une situation très précaire, n'étant pas en mesure de rembourser cette somme.

7. Par décision du 16 janvier 2019, l'OCE a refusé d'accorder la remise sollicitée. Le remboursement du montant de CHF 54'600.- demandé en restitution devrait être effectué, une proposition d'arrangement de paiement pouvant cependant lui être soumise.

Vu la mention sur le formulaire signé, l'attention de la société avait été attirée sur le fait que seul un licenciement pour justes motifs ne donnait pas lieu à un remboursement des allocations versées. A_____ avait procédé à un licenciement ordinaire en pleine connaissance des conséquences. Elle ne pouvait se prévaloir de sa bonne foi.

8. Le 25 janvier 2019, A_____ a formé opposition contre cette décision, concluant à son annulation, à l'octroi de la remise de dette et à l'annulation de l'obligation de restitution de CHF 54'000.- (sic). Subsidiairement, elle était prête à verser à l'OCE, pour solde de tout compte, l'équivalent de trois mois de salaire de décembre 2017 à février 2018.

Elle avait résilié le contrat à la fin des vingt-quatre mois, pour le 30 novembre 2018, et avait respecté ses obligations envers son employé, de sorte que le contrat avait duré vingt-cinq mois. Si elle avait lu la demande d'ARE, elle aurait résilié le contrat le 31 janvier 2018 pour le 28 février 2018. La société, représentée par Mme F_____, n'avait en réalité pas eu connaissance du formulaire de demande d'ARE, signé par l'époux de cette dernière alors que lui seul détenait la signature individuelle. Elle n'avait pas agi de manière contraire à la bonne foi, ni commis de négligence grave.

9. Par décision du 31 octobre 2019, l'OCE a rejeté l'opposition.

La société, qui avait signé le formulaire de demande d'ARE, était réputée avoir pris connaissance de la clause relative à l'obligation de rembourser l'ARE perçue. La chambre des assurances sociales avait retenu qu'elle avait été clairement et valablement informée de son obligation de rembourser l'ARE en cas de résiliation ordinaire du contrat de travail avant la fin de la mesure ou dans les trois mois suivants. Elle ne pouvait ignorer qu'elle serait tenue de rembourser l'ARE perçue en cas de licenciement ordinaire. Elle n'avait pas prêté l'attention attendue de toute personne raisonnable se trouvant dans la même situation et avait ainsi commis une négligence grave. La bonne foi ne pouvait lui être reconnue.

10. Par acte du 1^{er} décembre 2019, posté le lendemain, A_____ a recouru auprès de la chambre des assurances sociales contre cette décision sur opposition, concluant principalement à son annulation et à la dispense de restitution de la somme de CHF 54'000.-, subsidiairement à lui donner acte de ce qu'elle s'engageait à verser à l'OCE l'équivalent de deux mois de salaire pour solde de tout compte.

Elle n'avait pas à se prévaloir d'une résiliation avec effet immédiat, dès lors que les vingt-quatre mois étaient accomplis. Elle avait respecté les nouvelles conditions d'octroi de l'ARE relatives à l'employeur applicables depuis le 1^{er} octobre 2017. C'était la première fois qu'elle demandait l'ARE. Le fait de n'avoir pas lu attentivement le formulaire de demande d'ARE, mais d'avoir axé son attention sur le respect du contrat de travail ne pouvait être qualifié de négligence grave.

11. Par réponse du 19 décembre 2019, l'OCE a persisté dans sa décision sur opposition et son argumentation, les arguments invoqués ayant déjà été examinés dans l'arrêt de la chambre des assurances sociales du 3 septembre 2018.

12. Par réplique du 28 janvier 2020, la société a maintenu ses conclusions.

L'arrêt du 3 septembre 2018 n'avait pas autorité de chose jugée par rapport au litige ultérieur, qui portait sur la remise de l'obligation de restitution de l'ARE. La question d'une résiliation pour justes motifs ou ordinaire ne se posait pas.

13. Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. La décision querellée a trait aux prestations cantonales complémentaires de chômage prévues par la loi en matière de chômage, du 11 novembre 1983 (LMC - J 2 20).
2. Conformément à l'art. 134 al. 3 let. b de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05), la chambre des assurances sociales de la Cour de justice connaît des contestations prévues à l'art. 49 al. 3 LMC en matière de prestations cantonales complémentaires de chômage.

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

3. La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales, du 6 octobre 2000 (LPGA - RS 830.1) n'est pas applicable en matière de prestations cantonales complémentaires de chômage prévues par la LMC (art. 1 et 2 LPGA) et la procédure est régie par les art. 89A ss de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 1 ; ATAS/456/2019 du 21 mai 2019 consid. 2).

Interjeté en temps utile dans les formes prévues par la loi, le recours est recevable (art. 49 al. 3 LMC et 89B LPA).

4. Le litige porte sur le refus de l'autorité intimée d'accorder à la recourante la remise de l'obligation de rembourser la somme de CHF 54'600.-, représentant l'ARE qu'elle lui a versée de novembre 2015 à octobre 2017 concernant M. G_____ .

Il sera ici précisé que le litige ne porte pas sur le principe et le montant de la restitution, points non traités dans la décision litigieuse et ayant déjà fait l'objet d'une précédente décision sur opposition, du 9 mars 2018, laquelle traitait uniquement de ces deux points, à l'exclusion de la question de la remise, et laquelle est aujourd'hui en force suite à sa confirmation par arrêt de la chambre de céans le 3 septembre 2018 (ATAS/755/2018 précité), contre lequel le recours auprès du Tribunal fédéral a été déclaré irrecevable (arrêt 8C_691/208 précité).

5. Si l'employeuse ou employeur met un terme au contrat de travail avant la fin de la durée totale de la mesure, elle ou il est tenu de restituer à l'État la participation au salaire reçue. Sont réservés les cas de résiliation immédiate du contrat de travail pour justes motifs au sens de l'article 337 de la loi fédérale complétant le code civil suisse (livre cinquième : droit des obligations) du 30 mars 1911 (CO, Code des obligations - RS 220 ; art. 32 al. 2 LMC, dans sa teneur avant le 1^{er} octobre 2017 [art. 55A al. 7 LMC]).
6. a. Aux termes de l'art. 19 LMC, l'autorité compétente peut exiger le remboursement des prestations touchées indûment (al. 1). Elle peut renoncer à exiger la restitution sur demande de la personne concernée, lorsque celle-ci est de bonne foi et que la restitution la mettrait dans une situation financière difficile (al. 2).
L'art. 25 al. 2 LPGA est applicable par analogie (al. 3).

Selon l'art. 48B LMC, qui reprend les principes de l'art. 19 LMC, en cas de violation de la LMC, de son règlement d'exécution ou des obligations contractuelles mises à charge de la ou du bénéficiaire de la mesure, de l'entité utilisatrice ou de l'employeuse ou 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 la personne concernée, lorsque celle-ci est de bonne foi et que la restitution la mettrait dans une situation financière difficile (al. 2). 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 (al. 3).

b. Ces dispositions reprennent pour les prestations complémentaires cantonales de chômage, dont l'ARE, les mêmes principes et règles qu'expriment l'art. 25 LPGA (cf. aussi l'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 le domaine 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, même s'il paraît laisser un pouvoir d'appréciation à l'autorité lorsque les deux conditions d'une remise sont remplies (ATAS/456/2019 précité consid. 6a).

c. 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/456/2019 précité consid. 6b ; 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/456/2019 précité consid. 6b)

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 (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 (art. 4 al. 2 OPGA).

d. Les deux conditions matérielles que prévoit l'art. 48B al. 2 LMC, sur le modèle de l'art. 25 al. 1 2^{ème} phr. 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/456/2019 précité consid. 6c).

7. a. La bonne foi doit faire l'objet d'un examen minutieux dans chaque cas particulier (ATAS/456/2019 précité consid. 7).

Selon la jurisprudence, l'ignorance, par la personne bénéficiaire, du fait qu'elle n'avait pas droit aux prestations versées ne suffit pas pour admettre qu'elle était de bonne foi. Il faut bien plutôt qu'elle ne se soit rendue coupable non seulement d'aucune intention malicieuse, mais encore d'aucune négligence grave. La bonne foi doit être niée quand la personne enrichie pouvait, au moment du versement, s'attendre à son obligation de restituer, parce qu'elle savait ou devait savoir, en

faisant preuve de l'attention requise, que la prestation était indue (art. 3 al. 2 du code civil suisse du 10 décembre 1907 - CC - RS 210 ; ATF 130 V 414 consid. 4.3 ; ; ATAS/456/2019 précité consid. 7 et les références citées). 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 (ATF 112 V 103 consid. 2c ; 110 V 180 consid. 3c ; DTA 1998 n° 14 p. 72 consid. 4a). En revanche, la personne concernée 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 ; ATF 110 V 176 consid. 3c ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_403/08 du 23 janvier 2009 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).

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 la personne concernée 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).

b. Suivant les circonstances, la bonne foi de la personne assurée ne peut être examinée sans mettre ses faits et gestes en perspective de ceux de ses interlocutrices et interlocuteurs au sein des assureurs sociaux et organes d'exécution des diverses assurances sociales, elles et 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 de 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)), et d'autre part d'instruire les faits pertinents pour la prise de leurs décisions (ATAS/456/2019 précité consid. 7).

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

1^{er} 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).

8. a. Dans un cas dans lequel l'ARE avait été accordée en application d'une pratique ne faisant figurer l'obligation de restituer en cas de résiliation ordinaire du contrat de travail avant la fin de l'ARE que dans le formulaire pré-imprimé de demande d'ARE, mais pas dans la décision d'octroi de l'ARE, la chambre des assurances sociales a constaté que, par la suite, compte tenu d'expériences dans lesquelles des employeuses et employeurs n'avaient pas prêté une attention suffisante à cette obligation, la même cautèle avait été intégrée également dans les décision d'octroi d'ARE. S'il ne s'ensuivait pas que des employeuses et employeurs étaient au bénéfice d'une assurance donnée par omission de pouvoir procéder à une résiliation ordinaire du contrat de travail sans devoir rembourser les ARE perçues jusque-là, l'opportunité sinon la nécessité qu'il y avait eu de modifier la pratique représentait un argument en faveur d'une approche non rigoriste de la question de la bonne foi, à savoir qu'il était concevable qu'une employeuse ou un employeur, se référant plus naturellement à la décision d'octroi de l'ARE qu'au formulaire de demande, ne pense plus, des mois sinon près de deux ans plus tard, à cette clause, même si cette dernière s'appuyait sur l'art. 32 al. 2 LMC, et donc qu'elle ou il ne saurait par définition n'être pas de bonne foi dans le cadre d'une demande de remise de l'obligation de restituer (ATAS/843/2017 du 3 octobre 2017 consid. 4b).

Constatant qu'il aurait été déraisonnable d'assumer le risque de devoir rembourser toutes les ARE perçues, soit, dans le cas d'espèce, CHF 23'400.-, plutôt que de verser encore trois mois de salaire à l'employé afin de le licencier qu'après la fin de l'ARE (CHF 5'850.-), ceci à titre d'alternative à un licenciement avec effet immédiat ou à un licenciement avec l'accord de l'autorité intimée, la chambre de céans a admis que la recourante n'avait pas été consciente du fait qu'elle ne pouvait résilier le contrat de travail de son employé pour son prochain terme plutôt qu'avec effet immédiat, sauf à accepter l'idée qu'il lui faudrait rembourser les ARE perçues (ATAS/843/2017 précité consid. 4b).

Plaidait également en faveur de la bonne foi de la recourante le fait que l'entreprise n'avait résilié le contrat de travail de l'employé que pour l'échéance légale de la mesure, en respectant le délai minimal de congé. L'entreprise pouvait en effet imaginer, sans être de mauvaise foi, qu'elle n'enfreignait pas ses obligations puisqu'elle maintenait le contrat jusqu'à l'échéance de la mesure (ATAS/843/2017 précité consid. 4c), étant relevé que, conformément à la jurisprudence, la prolongation de trois mois de la durée légale de la mesure prévue dans le formulaire pré-imprimé était contraire au principe de la légalité (ATAS/610/2017 du 30 juin 2017 consid. 10).

À cela s'ajoutaient les circonstances du licenciement, qui contribuaient à amoindrir la négligence de la recourante, laquelle disposait de justes motifs de licenciement

immédiat, mais y avait renoncé pour des motifs sociaux (ATAS/843/2017 précité consid. 4d).

La chambre de céans a ainsi considéré que la négligence dont s'était rendue coupable l'entreprise était d'une gravité modérée, ne faisant pas obstacle à la reconnaissance de la bonne foi (ATAS/843/2017 précité consid. 4e).

b. Dans deux cas postérieurs, la clause ne figurait également que dans le formulaire de demande et non dans la décision d'octroi de l'ARE. Dans le premier cas (ATAS/866/2018 du 2 octobre 2018), l'employeuse faisait valoir qu'elle n'avait pas compris l'obligation de rembourser l'allocation perçue en cas de résiliation du contrat de travail avant la fin de la mesure, même si elle avait pris note de la clause figurant dans le formulaire de demande d'ARE. Dans le second cas (ATAS/456/2019 du 21 mai 2019), l'employeuse faisait valoir que la clause lui avait échappé. Dans les deux cas, la chambre de céans a constaté que les employeuses avaient résilié les contrats de travail avec effet plusieurs mois avant la fin de la mesure, de sorte qu'elles avaient commis une négligence grave et ne pouvaient être considérées de bonne foi (ATAS/456/2019 précité consid. 11; ATAS/866/2018 précité consid. 10).

9. 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 la juridiction. 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).

La juridiction en matière d'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 ; la vraisemblance prépondérante suppose que, d'un point de vue objectif, des motifs importants plaident pour l'exactitude d'une allégation, sans que d'autres possibilités ne revêtent une importance significative ou n'entrent raisonnablement en considération (ATF 139 V 176 consid. 5.3). Parmi tous les éléments de fait allégués ou envisageables, la juridiction doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables (ATF 130 III 324 consid. 3.2 et 3.3 ; 126 V 360 consid. 5b ; 125 V 195 consid. 2). Aussi n'existe-t-il pas, en droit des assurances sociales, un principe selon lequel l'administration ou la juridiction devrait statuer, dans le doute, en faveur de la personne assurée (ATF 126 V 322 consid. 5a).

10. En l'espèce, la recourante affirme être de bonne foi : on ne pourrait lui reprocher de n'avoir pas lu attentivement les conditions de l'ARE, mais d'avoir axé son attention sur le respect du contrat de travail avec son employé. L'autorité intimée retient au contraire que la recourante, qui avait signé le formulaire de demande d'ARE le 12 octobre 2015, aurait été clairement et valablement informée de l'obligation de restitution de l'ARE en cas de licenciement ordinaire pendant la période de perception de l'allocation, de sorte que la bonne foi ne pourrait lui être reconnue.

Or, il ressort précisément de l'argumentation de l'autorité intimée que, dans le présent cas, l'avertissement des conséquences d'un licenciement ordinaire pendant la période de perception de l'ARE ne figurait que dans le formulaire de demande de l'ARE, à l'exclusion de la décision d'octroi de cette dernière, ce que confirme le dossier. Conformément à la jurisprudence précitée, au vu du changement de pratique opéré par la suite afin de faire figurer l'avertissement également dans la décision d'octroi de l'ARE, il est concevable, dans un tel cas – soit lorsque l'avertissement apparaît uniquement dans le formulaire de demande –, qu'une employeuse ou un employeur se réfère plus naturellement à la décision d'octroi de l'ARE qu'au formulaire de demande et ne pense plus, plusieurs mois voire années après avoir signé ledit formulaire – en l'espèce, plus de deux ans plus tard, la demande ayant été formulée le 12 octobre 2015 –, à cette clause. La bonne foi dans le cadre de la demande de remise de l'obligation de restituer ne saurait donc être niée sur la seule base de la cautèle figurant dans le formulaire de demande d'ARE et il convient d'examiner plus avant les circonstances du cas d'espèce.

En l'occurrence, la recourante a procédé l'avant-dernier jour avant la fin de la période de perception de l'ARE, soit le 30 octobre 2017, à un licenciement ordinaire de son employé, avec effet un mois après ladite fin, au 30 novembre 2017. Elle a donc résilié le contrat de travail de manière ordinaire deux jours avant de pouvoir le faire librement, ceci avec effet au premier terme utile après la fin de la période d'ARE. Or, pour respecter l'art. 32 al. 2 LMC, dans sa teneur avant le 1^{er} octobre 2017, il lui aurait suffi d'attendre deux jours, de licencier son employé le 1^{er} novembre 2017 avec effet au 31 décembre 2017 – au vu du délai de congé d'un mois pour la fin d'un mois applicable en vertu de leur contrat de travail – et de n'avoir donc à payer qu'un mois de salaire en plus, treizième salaire compris, soit CHF 4'550.-, s'épargnant ainsi l'obligation de restituer l'entier des allocations perçues, soit un montant plus de dix fois supérieur, CHF 54'600.-.

Ce qui précède dénote le fait que la recourante, qui a expliqué avoir été informée du fait que le contrat ne pouvait être résilié que pour justes motifs et qu'il devait subsister jusqu'au terme des vingt-quatre mois, a attendu d'arriver à la fin de la période d'ARE pour prononcer le licenciement avec effet non pas au terme de ladite période, mais un mois après ledit terme, estimant ainsi avoir respecté ses obligations tant envers son employé qu'envers l'autorité intimée. Ces éléments démontrent qu'elle était persuadée, sans mauvaise foi, de ne pas enfreindre ses obligations dès l'instant qu'elle maintenait le contrat jusqu'à l'échéance de l'ARE,

et même un mois après, ce que confirme le fait qu'il aurait été déraisonnable d'assumer le risque de devoir rembourser CHF 54'600.- plutôt que de verser un mois de salaire, soit CHF 4'550.- (voire quatre mois de salaire – CHF 18'200.- –, si elle avait pensé à la clause inscrite dans le formulaire de demande d'ARE, qui prolongeait la période de trois mois, en violation du principe de la légalité, conformément à la jurisprudence susmentionnée).

Au vu de ce qui précède, la négligence dont a fait montre la recourante en ne se souvenant pas ou n'attribuant pas assez d'importance, à ce stade ultime de la mesure, à la clause du formulaire de demande d'ARE reprenant l'obligation légale de maintenir un tel contrat jusqu'à l'échéance de la mesure, sauf justes motifs de résiliation immédiate, doit être qualifiée de modérée et ne fait pas obstacle à la reconnaissance de la bonne foi requise pour qu'une remise de l'obligation de restitution entre en considération.

Le grief sera par conséquent admis.

11. Dans ces circonstances, la décision du 16 janvier 2019 et la décision sur opposition du 31 octobre 2019 seront annulées, le recours sera partiellement admis et le dossier sera renvoyé à l'OCE pour examen de la seconde condition d'une remise, à savoir celle de l'exposition à une situation financière difficile, celle de la bonne foi devant être considérée comme remplie.
12. La procédure est gratuite (art. 89H al. 1 LPA).

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

Statuant

À la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet partiellement.
3. Annule les décisions de l'office cantonal de l'emploi du 31 octobre 2019.
4. Renvoie la cause à l'office cantonal de l'emploi pour nouvelle décision, au sens des considérants.
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

Pascale HUGI

Francine PAYOT
ZEN-RUFFINEN

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