

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/66/2018

ATAS/866/2018

COUR DE JUSTICE
Chambre des assurances sociales

Arrêt du 2 octobre 2018

1^{ère} Chambre

En la cause

A _____ SA, sise à MEYRIN

recourante

contre

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

intimé

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

EN FAIT

1. La société A_____ SA (ci-après la société) a déposé le 23 juillet 2014 auprès de l'office cantonal de l'emploi (ci-après OCE) une demande d'allocation de retour en emploi – ARE en faveur de Monsieur B_____ (ci-après l'assuré), d'une durée de 24 mois, pour une activité de « ICT Specialist » à plein temps, rémunérée CHF 9'000.- par mois.
2. Par décision du 18 septembre 2014, l'OCE lui a alloué une ARE du 16 septembre 2014 au 15 septembre 2016.
3. Par courrier du 28 décembre 2015, la société a résilié le contrat de travail de l'assuré avec effet au 29 février 2016.
4. Par décision du 20 juin 2016, confirmée sur opposition le 30 septembre 2016, l'OCE a révoqué sa décision du 18 septembre 2014 et réclame à la société le remboursement de la somme de CHF 95'429.05, représentant les montants versés à titre d'ARE de septembre 2014 à février 2016. Il a en effet considéré que le licenciement de l'assuré, sans justes motifs, était intervenu avant le terme prévu de l'ARE.
5. Par arrêt du 14 février 2017, la chambre de céans a rejeté le recours interjeté par la société contre ladite décision sur opposition, confirmant le droit de l'OCE de révoquer les ARE accordées à la société et de réclamer à celle-ci le remboursement de la somme de CHF 95'429.05 représentant les prestations versées depuis septembre 2014 (ATAS/109/2017).
6. Par courrier du 12 avril 2017, la société a sollicité une dispense de remboursement de ladite somme conformément à l'art. 48 b al. 2 LMC, soulignant qu'elle avait été « parfaitement de bonne foi lors du licenciement de Monsieur B_____ qui était inévitable au vu de notre situation financière ». Elle explique que sa situation financière s'est péjorée et que si elle devait rembourser cette somme, cela la mettrait en situation de surendettement.

Elle produit à cet égard son bilan au 31 décembre 2016 duquel il ressort un passif de CHF 146'028.08.
7. Par décision du 11 juillet 2017, l'OCE a rejeté la demande de remise, considérant que la première condition, à savoir la bonne foi, n'était pas réalisée. Il rappelle que le formulaire de demande d'ARE mentionnait expressément que l'employeur était tenu de rembourser les allocations versées s'il résiliait le contrat de travail sans juste motif avant la fin de la durée totale de la mesure ou dans les trois mois suivants.

Il attire l'attention de la société sur le fait qu'une proposition d'arrangement de paiement peut cependant lui être soumise par écrit.
8. La société, représentée par Me Aurèle MULLER, a formé opposition le 4 septembre 2017 contre ladite décision.

Elle rappelle qu'elle a été contrainte de licencier l'assuré en raison de son comportement « perturbant et désorganisant le bon fonctionnement de l'entreprise », d'une part, et qu'elle subit de sérieuses difficultés économiques, d'autre part. La continuation des rapports de travail était pour ces deux raisons insupportable pour la société, de sorte qu'elle n'avait pas eu d'autre choix que de procéder au licenciement. Elle s'étonne de ce que l'OCE n'ait pas attiré son attention sur le fait qu'elle pourrait être tenue au remboursement des ARE versées lorsqu'elle lui a fait part de son intention de résilier le contrat de l'assuré.

Elle rappelle enfin que la seconde condition de l'art. 48 b al. 2 LMC est réalisée, en ce sens que si la décision de restitution des ARE devait être maintenue, le dépôt du bilan serait inévitable.

Elle conclut, préalablement, à l'audition de Monsieur C_____, administrateur unique, et, principalement, à l'annulation de la décision en restitution.

9. Par décision sur opposition du 24 novembre 2017, l'OCE, rappelant que la société n'ayant pas prêté toute l'attention que l'on était en droit d'attendre d'elle ou de toute personne raisonnable se trouvant dans la même situation, avait commis une négligence grave, de sorte que la condition de la bonne foi ne pouvait pas lui être reconnue. Aussi a-t-elle rejeté l'opposition.
10. La société a interjeté recours le 11 janvier 2018 contre ladite décision. Elle reprend les arguments déjà développés dans son opposition du 4 septembre 2017, affirmant plus particulièrement que lorsqu'elle a informé l'OCE, soit Madame D_____, de sa décision de mettre un terme au contrat de l'assuré, celle-ci lui a répondu qu'il suffisait de cesser d'envoyer les factures mensuelles à l'OCE, sans attirer son attention sur l'obligation de restituer les montants déjà reçus, et conclut à l'annulation de la décision de l'OCE.
11. Dans sa réponse du 8 février 2018, l'OCE a proposé le rejet du recours. Il a relevé que la société n'avait pas démontré avoir pris contact ni obtenu de mauvais renseignements de la part de l'OCE avant de procéder au licenciement de son employé, précisant que la collaboratrice mentionnée dans le recours, est employée au service de comptabilité et ne pouvait dès lors fournir à la société des renseignements sur les conditions d'octroi ou de révocation des allocations de retour en emploi.
12. La chambre de céans a ordonné la comparution personnelle des parties le 11 septembre 2018. Elles ont déclaré que
« M. C_____ :
Nous avons pris contact avec Mme D_____, parce que nous n'avions eu à faire qu'à elle depuis l'octroi de l'ARE. Lorsque j'avais une question à poser, je m'adressais à elle. Je lui ai téléphoné pour l'informer de notre intention et elle m'a simplement répondu que je ne devais plus envoyer les factures relatives à l'ARE chaque mois. Elle ne m'a rien dit d'autre.

Nous avons bien pris note de ce qui est indiqué dans le formulaire de demande ARE. Nous l'avons toutefois compris, en ce sens que si l'employé était licencié pour de justes motifs, il n'y avait pas à restituer les prestations reçues. Nous avons pensé que nous avions de justes motifs. Nous aurions dû le licencier avec effet immédiat.

Nous n'étions pas satisfaits du travail fourni par cet employé. Nous avons voulu le former, mais cette formation n'a pas donné les résultats escomptés. Les clients s'en sont plaints. C'est la raison pour laquelle nous avons attendu quelques temps. Nous avons décidé de le licencier avant la fin de la mesure. Nous ne nous attendions pas à une réaction de la sorte de l'OCE.

Ce n'est pas moi qui ai appelé Mme D_____, c'est mon assistante. Je ne sais pas si elle a donné des explications sur les raisons pour lesquelles nous envisagions de licencier l'employé.

La société existe depuis une trentaine d'années. Elle emploie de nombreux salariés. Nous n'avons jamais eu de problèmes avec les Prud'Hommes.

La société ne pourra supporter une dette de CHF 95'000.-. Nous devons déposer le bilan.

Mme E_____ :

J'aurais souhaité savoir pour quelle raison l'argument relatif à la demande de renseignements par téléphone n'a été invoqué que tardivement.

M. C_____ :

Parce que nous n'avons pas pensé tout de suite à le dire. Pour nous, nous avons agi correctement. L'appel téléphonique est intervenu un peu avant le licenciement.

Mme E_____ :

Mme D_____ est à présent à la retraite. Elle travaillait au service administratif et financier. C'est avec ce service que les employeurs ont contact puisqu'ils lui adressent les factures mensuellement. Les personnes qui travaillent dans ce service sont supposées dire à l'employeur qu'il faut s'adresser au service de l'ARE.

Quoi qu'il en soit, l'OCE conteste qu'il y ait eu un appel téléphonique.

M. C_____ :

Je précise que ce n'est que lorsque nous avons rédigé le recours du 31 octobre 2016, que nous avons compris la différence entre licenciement ordinaire et licenciement pour justes motifs ».

13. Ce courrier a été transmis à la société et la cause 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]).
4. Le litige porte sur le refus de l'OCE d'accorder à l'employeur la remise de l'obligation de rembourser la somme de CHF 95'429.05, représentant les prestations de l'ARE versées à tort, étant rappelé que la décision sur opposition du 30 septembre 2016, fixant le principe et le montant de la restitution et confirmée par l'arrêt de la chambre de céans du 14 février 2017, est entrée en force.
5. 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).
6. a. Aux termes de l'art. 48B LMC,

« ¹ En cas de violation de la présente loi, de son règlement d'exécution ou des obligations contractuelles mises à charge du bénéficiaire de la mesure, de l'entité utilisatrice ou de l'employeur, l'autorité compétente peut révoquer sa décision d'octroi et exiger la restitution des prestations touchées indûment. ² L'autorité compétente peut renoncer à exiger la restitution sur demande de l'intéressé, lorsque celui-ci est de bonne foi et que la restitution le mettrait dans une situation financière difficile.

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

Cette disposition reprend pour les prestations complémentaires cantonales de chômage, dont l'ARE, les mêmes principes et règles qu'expriment, dans leur domaine respectif d'application, l'art. 25 LPGA (cf. aussi art. 2 à 5 de l'ordonnance sur la partie générale du droit des assurances sociales du 11 septembre 2002 - OPGA - RS 830.11) – dans celui des assurances sociales fédérales – et par exemple l'art. 24 al. 1 de la loi cantonale sur les prestations cantonales complémentaires du 25 octobre 1968 (LPCC - J 4 25) – pour les prestations complémentaires cantonales à l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité. Il y a lieu d'interpréter l'art. 48B LMC de la même façon que ces autres dispositions, que ce soit pour la procédure à

suivre ou sur le fond (ATAS/376/2016 du 17 mai 2016 consid. 4a), même s'il paraît laisser un pouvoir d'appréciation à l'autorité lorsque les deux conditions d'une remise sont remplies (ATAS/505/2016 du 28 juin 2016 consid. 4a).

b. Comme la jurisprudence l'a précisé, la procédure de restitution de prestations sociales comporte trois étapes en principe distinctes, à savoir une première décision sur le caractère indu des prestations, une seconde décision sur la restitution en tant que telle des prestations (comportant l'examen de la réalisation des conditions d'une révision ou d'une reconsidération, dans la mesure où les prestations fournies à tort l'ont été en exécution d'une décision en force), et, le cas échéant, une troisième décision sur la remise de l'obligation de restituer (arrêt du Tribunal fédéral 9C_678/2011 du 4 janvier 2012 consid. 5.2 ; ATAS/82/2016 du 2 février 2016 consid. 2 ; Ueli KIESER, ATSG-Kommentar, 3^{ème} éd., 2015, n. 9 ad art. 25, p. 383). Cette procédure en plusieurs temps s'explique – et se justifie aussi en matière de prestations complémentaires cantonales de chômage – par le fait que l'obligation de restituer des prestations sociales indûment touchées et son étendue dans le temps sont indépendantes de la bonne foi du bénéficiaire des prestations, car il s'agit simplement de rétablir l'ordre légal, après la découverte d'un fait nouveau (arrêt du Tribunal fédéral des assurances P 61/2004 du 23 mars 2006 consid. 5 in fine ; ATAS/505/2016 du 28 juin 2016 consid. 4 ; ATAS/513/2015 du 30 juin 2015 consid. 3 ; ATAS/107/2014 du 23 janvier 2014 consid. 6a in fine).

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

c. Les deux conditions matérielles que prévoit l'art. 48B al. 2 LMC, sur le modèle de l'art. 25 al. 1 phr. 2 LPGA, à savoir la bonne foi et l'exposition à une situation difficile, sont cumulatives (ATF 126 V 48 consid. 3c p. 53 ; DTA 2001 p. 160, C 223/00 consid. 5 ; ATAS/14/2016 du 12 janvier 2016 consid. 5a).

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

Selon la jurisprudence, l'ignorance, par le bénéficiaire, du fait qu'il n'avait pas droit aux prestations versées ne suffit pas pour admettre qu'il était de bonne foi. Il faut bien plutôt qu'il ne se soit rendu coupable non seulement d'aucune intention

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

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

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

Le Tribunal fédéral a précisé qu'aucun devoir de renseignement ou de conseil au sens de l'art. 27 LPGA n'incombe à l'institution d'assurance tant qu'elle ne peut pas,

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

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

8. Il y a lieu en outre de rappeler que, dans le domaine des assurances sociales notamment, la procédure est régie par le principe inquisitoire, selon lequel les faits pertinents de la cause doivent être constatés d'office par le juge. Mais ce principe n'est pas absolu. Sa portée est restreinte par le devoir des parties de collaborer à l'instruction de l'affaire. Celui-ci comprend en particulier l'obligation des parties d'apporter, dans la mesure où cela peut être raisonnablement exigé d'elles, les preuves commandées par la nature du litige et des faits invoqués, faute de quoi elles risquent de devoir supporter les conséquences de l'absence de preuves (ATF 125 V 195 consid. 2 et les références). Selon la jurisprudence et la doctrine, l'autorité administrative ou le juge ne doivent considérer un fait comme prouvé que lorsqu'ils

sont convaincus de sa réalité (KUMMER, Grundriss des Zivilprozessrechts, 4ème éd., Berne 1984, p. 136 ; GYGI, 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, la société qui était au bénéfice d'une ARE du 16 septembre 2014 au 15 septembre 2016, a résilié le contrat de travail de son employé le 28 décembre 2015 avec effet au 29 février 2016, de sorte que l'OCE a, par décision sur opposition du 30 septembre 2016 entrée en force, révoqué l'ARE et réclamé la restitution des allocations versées. Par la décision litigieuse, il a rejeté la demande de remise, considérant que la condition de la bonne foi n'était pas réalisée.
10. La société fait valoir qu'elle n'avait pas compris qu'elle devrait rembourser l'allocation perçue, si elle résiliait le contrat de travail de l'assuré avant la fin de la mesure.

Or, dans le formulaire de demande d'ARE du 23 juillet 2014, 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, et qu'à l'issue de la période d'essai, si le contrat de travail est résilié avant la fin de la durée totale de la mesure ou dans les trois mois suivants, l'employeur doit rembourser les allocations, pour autant qu'il ne s'agisse pas d'un licenciement pour justes motifs au sens de l'art. 337 CO.

Il est vrai que l'obligation de restituer en cas de résiliation du contrat de travail avant la fin de l'ARE ne figure en l'espèce que dans le formulaire pré-imprimé de demande d'ARE, et pas dans la décision d'octroi de l'ARE. Or, compte tenu d'expériences similaires dans lesquelles des employeurs n'avaient pas prêté une attention suffisante à l'obligation qui leur serait faite de restituer les ARE perçues en cas de résiliation ordinaire du contrat de travail durant la durée de la mesure, l'OCE a par la suite inséré l'annonce de cette obligation dans les décisions d'octroi d'ARE. S'il ne s'ensuit pas que des employeurs étaient au bénéfice d'une assurance donnée par omission de pouvoir procéder à une résiliation ordinaire du contrat de travail sans devoir rembourser les ARE perçues jusque-là (ATAS/136/2017 du 21 février 2017 consid. 5c), l'opportunité sinon la nécessité qu'il y a eu de modifier la pratique représente un argument en faveur d'une approche non rigoriste de la

question, à savoir qu'il est concevable qu'un employeur, se référant plus naturellement à la décision d'octroi de l'ARE qu'au formulaire de demande, ne pense plus, des mois sinon près de deux ans plus tard, à cette clause, même si cette dernière s'appuyait sur l'art. 32 al. 2 LMC, et donc qu'il ne saurait par définition n'être pas de bonne foi dans le cadre d'une demande de remise de l'obligation de restituer.

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

Dans cet arrêt, la chambre de céans s'est fondée sur le fait que l'entreprise n'avait résilié le contrat de travail de l'employé que pour l'échéance légale de la mesure, en respectant le délai minimal de congé de deux mois, de sorte qu'elle a considéré que l'entreprise pouvait imaginer, sans être de mauvaise foi, qu'elle n'enfreignait pas ses obligations dès l'instant qu'elle maintenait le contrat jusqu'à l'échéance de la mesure. La chambre de céans a également tenu compte de ce que même si le formulaire pré-imprimé de demande d'ARE prévoyait une prolongation de trois mois de la durée légale de la mesure, clause qui était à l'époque jugée valable à titre de clause accessoire (ATAS/40/2015 du 20 janvier 2015 consid. 7), par un récent arrêt rendu en plénum, la chambre des assurances sociales avait jugé cette clause contraire au principe de la légalité (ATAS/610/2017 du 30 juin 2017 consid. 10).

Tel n'est pas le cas en l'espèce. En effet, le contrat de travail a été résilié le 28 décembre 2015 avec effet au 29 février 2016, alors que l'ARE prenait fin le 15 septembre 2016, soit plus de six mois après.

De surcroît, la société déclare au contraire avoir bien pris note de ce qui est indiqué dans le formulaire de demande ARE.

11. La société allègue qu'elle avait compris que si l'employé était licencié pour de justes motifs, il n'y avait pas à restituer les prestations reçues, précisant à cet égard que « nous avons pensé que nous avions de justes motifs. Nous aurions dû le licencier avec effet immédiat. Je précise que ce n'est que lorsque nous avons rédigé le recours du 31 octobre 2016, que nous avons compris la différence entre licenciement ordinaire et licenciement pour justes motifs ».

Il y a lieu de rappeler que dans son arrêt du 14 décembre 2017, la chambre de céans a constaté que la société avait renoncé à se prévaloir d'un licenciement pour justes motifs et en a conclu que celle-ci avait mis fin au contrat de travail avant l'échéance de la mesure, sans qu'il y ait justes motifs au sens de l'art. 337 CO. On ne saurait dès lors revenir sur ce point. Il s'agit en revanche de déterminer dans le cadre de l'examen des conditions de la remise, si, lorsque l'employeur part de l'idée que le

licenciement était fondé sur de justes motifs, en ce sens qu'il avait de bonnes raisons de se séparer de l'employé, sans qu'il puisse être fait application de l'art. 337 CO, cet employeur peut être considéré comme ayant été de bonne foi.

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

Il paraît à cet égard difficile de considérer que les responsables de la société puissent ne pas faire la différence entre un licenciement pour justes motifs au sens de l'art. 337 CO et un licenciement « ordinaire », alors que la société emploie de nombreux salariés depuis de nombreuses années.

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

12. a. La société fait enfin valoir qu'elle a voulu informer l'OCE de sa décision de mettre un terme au contrat de l'assuré et que lorsqu'elle l'a fait, une collaboratrice de l'OCE lui a répondu qu'il suffisait de cesser d'envoyer les factures mensuelles à l'OCE, sans lui rappeler qu'elle aurait ensuite l'obligation de restituer les montants déjà reçus.

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

Selon la jurisprudence, un renseignement ou une décision erronés de l'administration peuvent obliger celle-ci à consentir à un administré un avantage contraire à la réglementation en vigueur, à condition que a) l'autorité soit intervenue dans une situation concrète à l'égard de personnes déterminées, b) qu'elle ait agi ou soit censée avoir agi dans les limites de ses compétences et c) que l'administré n'ait pas pu se rendre compte immédiatement de l'inexactitude du renseignement obtenu. Il faut encore qu'il se soit fondé sur les assurances ou le comportement dont il se prévaut pour d) prendre des dispositions auxquelles il ne saurait renoncer sans subir de préjudice, et e) que la réglementation n'ait pas changé depuis le moment où l'assurance a été donnée (ATF 131 II 627 consid. 6 ; ATF 129 I 161 consid.

4.1 ; ATF 126 II 377 consid. 3a et les références citées). Une autorité ne peut toutefois pas valablement promettre le fait d'une autre autorité (arrêt du Tribunal fédéral des assurances K 7/04 du 27 janvier 2005 consid. 3.1).

c. En l'espèce, l'OCE a relevé que la société n'avait pas démontré avoir pris contact avec la collaboratrice dont il mentionne le nom dans le recours avant de procéder au licenciement de l'assuré, ajoutant que celle-ci est employée au service de comptabilité, et ne pouvait dès lors fournir à la société des renseignements sur les conditions d'octroi ou de révocation des allocations de retour en emploi.

La société, soit pour elle M. C_____, a toutefois précisé, lors de l'audience du 11 septembre 2018, que son épouse avait appelé cette collaboratrice, parce que c'est à elle qu'elle s'adressait toujours lorsqu'elle avait un problème au sujet de l'ARE.

Il apparaît ainsi vraisemblable, au degré requis par la jurisprudence, que l'épouse ait bel et bien appelé la personne avec laquelle la société était en contact pour le paiement des factures. Il est également vraisemblable que l'épouse n'ait pas fait la différence entre un collaborateur du service administratif et financier et un collaborateur du service de l'ARE.

On ignore toutefois ce qui s'est dit lors de l'entretien téléphonique en question. La représentante de l'OCE a confirmé que « c'est avec ce service que les employeurs ont contact puisqu'ils lui adressent les factures mensuellement », tout en précisant que, pour toute question autre que celles relatives aux factures, « les personnes qui travaillent dans ce service sont supposées dire à l'employeur qu'il faut s'adresser au service de l'ARE ». Selon la société, la collaboratrice approchée s'est bornée à indiquer que la société ne devait dorénavant plus envoyer les factures relatives à l'ARE chaque mois. M. C_____ a à cet égard reconnu qu'il ne savait pas si son épouse avait donné des explications sur les raisons pour lesquelles la société envisageait de licencier l'assuré. On ne sait pas non plus si l'épouse a interrogé la collaboratrice sur ce qu'il fallait entendre par les « justes motifs » mentionnés dans la formule de demande ARE. Il paraît hautement vraisemblable que tel n'a pas été le cas, puisque la collaboratrice n'a pas jugé utile de lui conseiller de poser la question au service de l'ARE.

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

14. Partant, le recours sera rejeté.

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

Statuant

À la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

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

La greffière

La présidente

Nathalie LOCHER

Doris GALEAZZI

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties par le greffe le