



POUVOIR JUDICIAIRE

A/2346/2019

ATAS/49/2020

COUR DE JUSTICE
Chambre des assurances sociales

Arrêt du 28 janvier 2020

9^{ème} Chambre

En la cause

A_____ SA, sise à CAROUGE

recourants

Monsieur B_____, domicilié à GENÈVE

tous deux comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître
Tano BARTH

contre

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

intimé

**Siégeant : Eleanor McGREGOR, Présidente; Anny FAVRE et Maria Esther
SPEDALIERO, Juges assesseurs**

EN FAIT

1. C_____ (ci-après : la C_____) est une société en nom collectif inscrite au registre du commerce le 1^{er} décembre 2017, dont le but est le suivant : « conseils et transactions, au nom et pour le compte de tiers, dans le domaine bancaire, des assurances, de la fiscalité et de l'immobilier ; organisation d'événements ; toutes opérations commerciales, mobilières et financières en relation directe ou indirecte avec son but, sous quelque forme que ce soit, notamment sous forme de participations ; ouverture de succursales en Suisse et à l'étranger, fonder ou acquérir toute entreprise poursuivant un but analogue ou complémentaire ; la société peut accorder des prêts ou toutes garanties soit à ses associés, soit à des tiers ».

Ses associés, avec signature individuelle, sont Messieurs D_____ et E_____.

2. Le 1^{er} octobre 2018, Monsieur B_____ (ci-après : le collaborateur), né le _____ 1984, a été engagé par la C_____ en qualité de stagiaire jusqu'au 31 décembre 2018 et, dès le 1^{er} mars 2019, en tant que responsable administratif.
3. Le 15 février 2019, la C_____ a sollicité, en faveur du collaborateur précité, l'octroi d'une allocation de retour en emploi à compter du 1^{er} mars 2019.
4. Par décision du 21 mars 2019, l'office cantonal de l'emploi (ci-après : OCE) a rejeté la demande d'allocation précitée, au motif que l'employeur, soit la C_____, ne pouvait attester des deux ans d'activité requis pour l'octroi d'une telle allocation.
5. Le 27 mars 2019, la C_____ a formé opposition à la décision précitée, expliquant que ses deux associés étaient des agents indépendants depuis 2015 et qu'ils pouvaient par conséquent justifier de plus de deux ans d'activité. Ne réalisant pas une recette annuelle brute de CHF 100'000.-, ses associés n'étaient pas dans l'obligation de s'inscrire individuellement au registre du commerce, raison pour laquelle l'inscription n'avait eu lieu qu'à la fin de l'année 2017, suite à leur association en société en nom collectif.

En annexe figuraient notamment deux documents établis le 7 décembre 2017 par F_____ AG, attestant que MM. D_____ et E_____ avaient travaillé pour son compte en tant qu'agents du 15 mai 2015 au 30 novembre 2017, respectivement du 20 juillet 2015 au 30 novembre 2017.

6. Le 16 avril 2019, la C_____ a été transformée en société anonyme sous la raison sociale A_____ SA (ci-après : la SA).
7. Par décision du 24 avril 2019, l'OCE a écarté l'opposition de la C_____ (*recte* : de la SA), considérant que celle-ci ne pouvait justifier de deux ans d'activité.
8. Le 7 mai 2019, le collaborateur a également formé opposition, en son nom, à l'encontre de la décision du 21 mars 2019, pour les mêmes motifs que ceux invoqués par la SA.

9. Par courrier du 16 mai 2019, l'OCE a informé la C_____ (*recte* : la SA) qu'il annulait la décision sur opposition du 24 avril 2019 et qu'une nouvelle décision sur opposition lui serait notifiée.
10. Le 4 juin 2019, l'office précité a adressé à la C_____ (*recte* : la SA) et à son collaborateur une nouvelle décision sur opposition, par laquelle leurs oppositions respectives étaient rejetées, toujours au motif que l'employeur ne pouvait justifier de deux ans d'activité.
11. Le 19 juin 2019, la SA (ci-après : la recourante) et le collaborateur (ci-après : le recourant) ont interjeté recours contre la décision sur opposition du 4 juin 2019 concluant, préalablement, d'une part aux auditions de MM. D_____ et E_____ ainsi que du recourant et, d'autre part, à la production de toutes les directives internes à l'OCE sur la pratique de l'attribution des allocations de retour en emploi. Principalement, ils requéraient l'annulation de la décision attaquée et l'octroi d'une allocation de retour en emploi en faveur du recourant, subsidiairement, le renvoi de la cause à l'intimé.

Préalablement, les recourants ont invoqué une violation de leur droit d'être entendus, l'intimé n'ayant pas donné suite à leur demande d'audition et ce, sans en donner les raisons. En outre, l'intimé n'avait pas expliqué pour quels motifs il ne retenait pas les deux ans d'activité en ce qui concernait les associés de la C_____.

Sur le fond, les recourants ont allégué que l'employeur ne pouvait être la C_____ dès lors que celle-ci ne jouissait pas de la personnalité morale. C'était en réalité ses associés, MM. D_____ et E_____, qui devaient être considérés comme les employeurs. Or, ils pouvaient attester de plus de deux ans d'activité, s'étant associés en 2015 tout d'abord sous la forme d'une société simple puis d'une société en nom collectif, ce qui était notamment confirmé par l'engagement, en commun, d'une assistante. En tout état, la disposition légale prévoyant une activité de plus de deux ans créait une distorsion de concurrence entre les sociétés implantées depuis longtemps et les plus jeunes, et ce sans motif valable, ce qui allait à l'encontre de la liberté économique. Enfin, les recourants étaient d'avis que le comportement de l'intimé, consistant à annuler la première décision sur opposition pour en rendre une nouvelle en tous points identiques, à l'exception des destinataires, consacrait une violation du principe de la bonne foi.

12. L'intimé a répondu en date du 8 juillet 2019 et a persisté dans les termes de sa décision sur opposition du 4 juin 2019. En effet, les recourants n'apportaient pas de preuves d'une éventuelle association de MM. D_____ et E_____ antérieurement à la création de la société en nom collectif le 19 décembre 2017, l'engagement en commun d'une assistante n'étant en particulier pas démontré.
13. Par écriture du 17 juillet 2019, les recourants ont persisté dans leurs conclusions.
14. Sur ce, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 134 al. 3 let. b LOJ 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, en instance unique, des contestations prévues à l'art. 49 al. 3 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]). Touchés par la décision attaquée et ayant un intérêt digne de protection à son annulation ou sa modification, les recourants ont qualité pour recourir (art. 60 LPA), étant précisé que la société en nom collectif C_____, destinataire de la décision litigieuse, a été transformée en société anonyme sous la raison sociale A_____ SA le 16 avril 2019.
4. Le litige porte sur l'octroi d'une allocation de retour en emploi en faveur du recourant, singulièrement sur la personne de l'employeur (la recourante ou ses associés), sur la violation de la liberté économique des recourants et du principe de la bonne foi.
5. Les recourants invoquent tout d'abord une violation de leur droit d'être entendus. Ce grief, de nature formelle, doit être examiné en premier lieu (ATF 127 V 431 consid. 3d/aa ; ATF 124 V 90 consid. 2 notamment).

a. Compris comme l'un des aspects de la notion générale de procès équitable au sens de l'art. 29 Cst., le droit d'être entendu garantit notamment au justiciable le droit de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à son détriment, d'avoir accès au dossier, de prendre connaissance de toute argumentation présentée au tribunal et de se déterminer à son propos, dans la mesure où il l'estime nécessaire, que celle-ci contienne ou non de nouveaux éléments de fait ou de droit, et qu'elle soit ou non concrètement susceptible d'influer sur le jugement à rendre (ATF 142 III 48 consid. 4.1.1 p. 52). L'art. 29 al. 2 Cst. ne confère cependant pas le droit d'être entendu oralement (cf. ATF 134 I 140 consid. 5.3 p. 148 et les références). En effet, l'autorité peut mettre un terme à l'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de former sa conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude que ces dernières ne pourraient l'amener à modifier son opinion (ATF 130 II 425 consid. 2.1 ; ATF 125 I 127 consid. 6c/cc in fine, ATF 124 I 417 consid. 7b ; ATF 124 I 208 consid. 4° ; ATF 124 I 274 consid. 5b ; ATF 115 Ia 8 consid. 3a ; ATF 106 Ia 161 consid. 2b).

La jurisprudence a déduit du droit d'être entendu prévu par la disposition précitée le devoir pour le juge de motiver sa décision, afin que le justiciable puisse la comprendre, la contester utilement s'il y a lieu et exercer son droit de recours à bon escient. Pour répondre à ces exigences, le juge doit mentionner, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidé et sur lesquels il a fondé sa décision, de manière à ce que l'intéressé puisse se rendre compte de la portée de celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause. Il n'a toutefois pas l'obligation d'exposer et de discuter tous les faits, moyens de preuve et griefs invoqués par les parties, mais peut au contraire se limiter à l'examen des questions décisives pour l'issue du litige (ATF 141 V 557 consid. 3.2.1 ; ATF 139 IV 179 consid. 2.2 ; ATF 134 I 83 consid. 4.1). Dès lors que l'on peut discerner les motifs qui ont guidé la décision de l'autorité, le droit à une décision motivée est respecté même si la motivation présentée est erronée. La motivation peut d'ailleurs être implicite et résulter des différents considérants de la décision (ATF 141 V 557 consid. 3.2.1). En revanche, une autorité se rend coupable d'un déni de justice formel prohibé par l'art. 29 al. 2 Cst. si elle omet de se prononcer sur des griefs qui présentent une certaine pertinence ou de prendre en considération des allégués et arguments importants pour la décision à rendre (ATF 133 III 235 consid. 5.2 ; ATF 126 I 97 consid. 2b ; ATF 125 III 440 consid. 2a).

La violation du droit d'être entendu - pour autant qu'elle ne soit pas d'une gravité particulière - est réparée lorsque la partie lésée a la possibilité de s'exprimer devant une autorité de recours jouissant d'un plein pouvoir d'examen. Au demeurant, la réparation d'un vice éventuel ne doit avoir lieu qu'exceptionnellement (ATF 135 I 279 consid. 2.6.1).

b. En l'espèce, les recourants sont d'avis que la condition des deux ans d'activité s'applique aux associés d'une société en nom collectif et non pas à la société elle-même. C'est dans ce contexte qu'ils reprochent à l'intimé, d'une part, de ne pas avoir donné suite à leur demande d'audition, laquelle devait permettre de démontrer une association entre MM. F_____ et E_____ depuis l'été 2015 déjà et, d'autre part, de ne pas avoir motivé le rejet de leur demande d'audition et de ne pas avoir expliqué pour quels motifs lesdits associés ne formaient pas de société depuis l'été 2015 déjà.

Force est tout d'abord de rappeler que le droit d'être entendu ne confère pas le droit d'être entendu oralement. Le refus d'entendre les associés de la C_____ et le recourant ne constitue dès lors pas une violation du droit d'être entendu des recourants, ce d'autant moins qu'ils ont pu faire valoir leurs arguments, par écrit, dans la procédure d'opposition.

En outre, dans la décision sur opposition querellée, l'intimé a expliqué de manière claire que c'était la société qui devait être considérée comme l'employeur du recourant et non ses associés, l'expérience professionnelle des associés depuis 2015 en tant qu'agents indépendants auprès de G_____ ne changeant rien à ce qui précède.

Par conséquent, conformément à la jurisprudence susmentionnée, dès lors que les recourants ont pu discerner les motifs ayant guidé la décision de l'intimé, le droit à une décision motivée a été respecté.

Une éventuelle violation aurait quoi qu'il en soit été réparée, dans la mesure où la présente procédure a fait l'objet d'un double échange d'écritures au cours duquel les recourants ont pu fournir toutes les explications utiles à l'appui de leur position et produire les pièces qu'ils estimaient pertinentes.

6. Sur le fond, les recourants font tout d'abord grief à l'intimé d'avoir violé l'art. 32 let. b LMC en considérant que la condition des deux ans d'activité n'était pas réalisée.

a. Aux termes de l'art. 30 LMC, les chômeurs ayant épuisé leur droit aux indemnités fédérales peuvent bénéficier d'une allocation de retour en emploi (ci-après : ARE) s'ils retrouvent un travail salarié auprès d'une entreprise active en Suisse. L'octroi de la mesure est subordonné à la production, avant la prise d'emploi, d'un contrat de travail à durée indéterminée (art. 34 LMC).

L'art. 32 LMC, énonçant les conditions relatives à l'employeur, prévoit que :

Pour que l'allocation de retour en emploi puisse être octroyée, l'employeur doit :

- a) (...)
- b) attester d'au moins 2 ans d'activité ;
- c) (...)
- (...)

b. Selon l'art. 319 de la loi fédérale du 30 mars 1911, complétant le Code civil suisse (CO, Code des obligations - RS 220), par le contrat individuel de travail, le travailleur s'engage, pour une durée déterminée ou indéterminée, à travailler au service de l'employeur et celui-ci à payer un salaire fixé d'après le temps ou le travail fourni (salaire aux pièces ou à la tâche). L'employeur peut être une personne physique ou morale ou encore une collectivité de personnes, comme par exemple une société simple (Rémy WYLER / Boris HEINZER, Droit du travail, 4^e édition, 2019, p. 59).

c. À teneur de l'art. 552 CO, la société en nom collectif est celle que contractent deux ou plusieurs personnes physiques, sous une raison sociale et sans restreindre leur responsabilité envers les créanciers de la société, pour faire le commerce, exploiter une fabrique ou exercer en la forme commerciale quelque autre industrie (al. 1). Les membres de la société sont tenus de la faire inscrire sur le registre du commerce (al. 2).

L'art. 562 CO prévoit, quant à lui, que la société peut, sous sa raison sociale, acquérir des droits et s'engager, actionner et être actionnée en justice.

Si la société en nom collectif n'est pas une personne morale, l'art. 562 CO lui reconnaît une quasi-personnalité juridique (Pascal MONTAVON / Michael MONTAVON / Rémy BUCHELER / Ivan HABBOUR /

Alban MATTHEY / Jeremy REICHLIN, Abrégé de droit commercial, 2017, pp. 159 et 160). Du fait de l'art. 562 CO, une société en nom collectif peut être liée par un contrat de travail (voir dans le même sens l'arrêt de la chambre des prud'hommes de la Cour de justice n° CAPH/28/2016 du 22 avril 2016 consid. 4.7), un contrat de mandat (arrêt de la chambre civile de la Cour de justice n° ACJC/1184/2003 du 14 novembre 2003 consid. 2), un contrat de prêt (arrêt du Tribunal fédéral 4A_440/2018 du 10 décembre 2018 consid. 5) ou encore un contrat de bail (arrêt du Tribunal fédéral 4C.262/2005 du 22 novembre 2005 consid. 2.2).

7. a. Dans le domaine des assurances sociales, la procédure est régie par la maxime inquisitoire, selon laquelle 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 (art. 61 let. c LPGA). 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 ; cf. ATF 130 I 183 consid. 3.2). Le devoir du juge de constater les faits pertinents ne dispense donc pas les parties de collaborer à l'administration des preuves en donnant des indications sur les faits de la cause ou en désignant des moyens de preuve (ATF 130 I 184 consid. 3.2 ; 128 III 411 consid. 3.2).

Autrement dit, si la maxime inquisitoire dispense les parties de l'obligation de prouver, elle ne les libère pas du fardeau de la preuve. En cas d'absence de preuve, c'est à la partie qui voulait en déduire un droit d'en supporter les conséquences (ATF 117 V 264 consid. 3), sauf si l'impossibilité de prouver un fait peut être imputée à son adverse partie (ATF 124 V 375 consid. 3). Au demeurant, il n'existe 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).

b. 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 126 V 360 consid. 5b ; ATF 125 V 195 consid. 2 et les références ; cf. ATF 130 III 324 consid. 3.2 et 3.3). 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).

Si l'administration ou le juge, se fondant sur une appréciation consciencieuse des preuves fournies par les investigations auxquelles ils doivent procéder d'office, sont convaincus que certains faits présentent un degré de vraisemblance prépondérante

et que d'autres mesures probatoires ne pourraient plus modifier cette appréciation, il est superflu d'administrer d'autres preuves (appréciation anticipée des preuves ; ATF 122 II 469 consid. 4a ; ATF 122 III 223 consid. 3c). Une telle manière de procéder ne viole pas le droit d'être entendu selon l'art. 29 al. 2 Cst. (SVR 2001 IV n. 10 p. 28 consid. 4b), la jurisprudence rendue sous l'empire de l'art. 4 aCst. étant toujours valable (ATF 124 V 94 consid. 4b ; ATF 122 V 162 consid. 1d).

8. a. À titre liminaire, les recourants requièrent la production de toutes les directives internes à l'intimé relatives à l'allocation de retour en emploi.

Les directives de l'administration, si elles visent à assurer l'application uniforme de certaines dispositions légales, n'ont pas force de loi et ne lient ni les administrés ni les tribunaux. Elles ne peuvent sortir du cadre fixé par la norme supérieure qu'elles sont censées concrétiser. En d'autres termes, elles ne peuvent prévoir autre chose que ce qui découle de la législation ou de la jurisprudence (cf. ATF 131 V 42 consid. 2.3 ; 128 I 171 consid. 4.3).

Dès lors que la question de l'employeur (une société en nom collectif ou ses associés) est purement juridique, d'éventuelles directives internes ne sont d'aucune utilité, ce d'autant moins qu'elles ne peuvent prévoir autre chose que ce qui découle de la législation ou de la jurisprudence.

Par conséquent, il ne sera pas donné suite à la demande de production de ces directives.

b. Les recourants considèrent ensuite que dans la mesure où la C_____ ne dispose pas de la personnalité morale, seuls ses associés peuvent être considérés comme les employeurs. Or, dans la mesure où ceux-ci sont actifs depuis 2015, la condition prévue par l'art. 32 let. b LMC est réalisée, de sorte que la demande d'allocation de retour en emploi aurait dû être admise.

La position des recourants ne saurait toutefois être suivie. Une société en nom collectif n'est certes pas une personne morale. Conformément à l'art. 562 CO, une telle société dispose cependant de la quasi-personnalité juridique, en ce sens qu'elle peut s'engager juridiquement. Or, dans le cas présent, c'est bien la C_____ – et non ses associés – qui est liée par le contrat de travail conclu avec le recourant. Cela ressort non seulement du contrat de travail, lequel fait référence à C_____ en qualité d'employeur, mais également du formulaire de demande d'une ARE du 18 février 2019 qui mentionne également la société comme employeur. Ces documents ont du reste tous été établis et signés par la société en question.

C'est donc bien la C_____ – et non ses associés – qui doit être considérée comme l'employeur du recourant et qui doit, par conséquent, pouvoir attester de deux ans d'activité. Or, la société précitée a été inscrite au registre du commerce le 1^{er} décembre 2017, soit moins de deux ans avant le dépôt de la demande d'allocation de retour en emploi. Par conséquent, de prime abord, elle ne remplit pas la condition des deux ans d'activité prévue par l'art. 32 let. b LMC.

c. L'inscription de la C_____ au registre du commerce n'étant que déclarative, il convient encore d'examiner si la société précitée existait déjà, sous une forme ou une autre, avant le 1^{er} décembre 2017.

Dans leur mémoire de recours, les recourants ont expliqué que MM. D_____ et E_____, les deux associés de la C_____, s'étaient rencontrés en juillet 2015 et qu'à la fin de l'été 2015, ils avaient décidé d'exercer en commun leur activité indépendante, effectuant notamment divers entretiens d'embauche, partageant leurs connaissances et s'assistant mutuellement, en rencontrant notamment certains clients ensemble. Par l'engagement, le 1^{er} avril 2016, d'une assistante, l'association de MM. D_____ et E_____, sous la forme d'une société simple ou d'une société en nom collectif, d'abord implicite, était devenue explicite.

Force est toutefois de constater que le dossier soumis à la chambre de céans ne comporte aucun élément permettant de considérer que MM. D_____ et E_____ se seraient associés sous la forme d'une société en nom collectif, voire d'une société simple, transformée par la suite en société en nom collectif, antérieurement à décembre 2017. La C_____ l'a d'ailleurs elle-même admis dans son opposition du 27 mars 2019 (« Monsieur D_____ ainsi que Monsieur E_____ (...) sont des agents indépendants depuis courant 2015 (...). Cela confirme, donc, qu'ils bénéficient de plus de deux ans d'activité. Cependant, selon l'art. 36 de l'ORC, ne dépassant pas une recette brute de CHF 100'000.- / année Monsieur D_____ ainsi que Monsieur E_____ n'étaient individuellement pas dans l'obligation de s'inscrire au registre du commerce ce qui explique une inscription seulement en fin d'année 2017 suite à leur association en société en noms collectifs [C_____] »). On comprend ainsi de cette déclaration que l'association ne s'est constituée qu'à la fin de l'année 2017. Cela est notamment corroboré par la prise d'un local commercial quatre mois après l'inscription (cf. pièce 5a recourants). Par ailleurs, si les associés avaient créé une société, que ce soit sous la forme d'une société simple ou d'une société en nom collectif, MM. D_____ et E_____ auraient dû procéder à des apports et partager les revenus réalisés. Or, ils ne l'allèguent pas, encore moins le démontrent. Enfin, contrairement à ce que prétendent les recourants, les associés de la C_____ n'ont procédé à aucun engagement en commun, l'assistante ayant en réalité été engagée par G_____ et étant à la disposition des associés à raison de 40 %, les associés de la C_____ devant simplement, en contrepartie, participer aux coûts pour le poste en question, d'où la signature de la convention produite. Il appert en réalité que les associés de la C_____ sont restés agents indépendants jusqu'à leur association en décembre 2017 et qu'ils se sont limités, entre 2015 et 2017, à s'entraider, en partageant leurs connaissances et en s'assistant mutuellement afin d'optimiser leurs conseils.

En conclusion, il n'est pas établi, au degré de la vraisemblance prépondérante, que la C_____ aurait existé préalablement à son inscription au registre du commerce.

d. S'agissant de la demande d'audition de MM. D_____ et E_____ ainsi que de celle du recourant, elles seront rejetées par appréciation anticipée des preuves, les pièces au dossier étant suffisantes pour se prononcer.

9. En troisième lieu, les recourants invoquent une violation de l'art. 27 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), au motif que l'allocation de retour en emploi créerait une distorsion de la concurrence entre les sociétés implantées depuis longtemps et les plus jeunes.

a. Selon l'art. 27 Cst. :

¹ La liberté économique est garantie.

² Elle comprend notamment le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique lucrative privée et son libre exercice.

Invocable tant par les personnes physiques que morales, la liberté économique (art. 27 Cst.) protège toute activité économique privée, exercée à titre professionnel et tendant à la production d'un gain ou d'un revenu (ATF 137 I 167 consid. 3.1 ; ATF 135 I 130 consid. 4.2). Elle comprend notamment le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique lucrative privée et son libre exercice (art. 27 al. 2 Cst.).

La liberté économique comprend le principe de l'égalité de traitement entre personnes appartenant à la même branche économique. Selon ce principe, déduit des art. 27 et 94 Cst., sont prohibées les mesures étatiques qui ne sont pas neutres sur le plan de la concurrence entre les personnes exerçant la même activité économique. On entend par concurrents directs les membres de la même branche économique qui s'adressent avec les mêmes offres au même public pour satisfaire les mêmes besoins. Ne sont considérés comme concurrents directs au sens de cette règle que les entreprises situées dans la circonscription territoriale à laquelle s'applique la législation en cause. L'égalité de traitement entre concurrents directs n'est pas absolue et autorise des différences, à condition que celles-ci reposent sur une base légale, qu'elles répondent à des critères objectifs et résultent du système lui-même ; il est seulement exigé que les inégalités ainsi instaurées soient réduites au minimum nécessaire pour atteindre le but d'intérêt public poursuivi (arrêt du Tribunal fédéral 2C_441/2015 du 11 janvier 2016 consid. 7).

b. En l'espèce, les recourants considèrent que l'art. 32 let. b LMC crée « une distorsion de concurrence entre les sociétés implantées depuis longtemps à Genève et les plus jeunes, sans motif valable ». En d'autres termes, les recourants reprochent à l'art. 32 let. b LMC d'être contraire à la Constitution fédérale et plus particulièrement à son art. 27 relatif à la liberté économique, sous l'aspect de l'égalité de traitement entre concurrents directs.

La disposition litigieuse pose certes l'exigence de deux ans d'activité pour l'octroi d'une allocation de retour en emploi. En cela, l'art. 32 LMC traite différemment les nouvelles sociétés des sociétés implantées depuis deux ans. Toutefois, n'en déplaie

aux recourants, cette condition ne consacre aucune violation du principe de l'égalité de traitement entre personnes appartenant à la même branche économique.

Cette condition, qui repose sur une base légale formelle - l'art. 32 let. b LMC -, répond à un intérêt public évident, à savoir aider les chômeurs en fin de droit à se réinsérer. Il ressort en effet des travaux préparatoires que l'allocation de retour en emploi, introduite dans la LMC en 1997, a pour objectif, grâce à l'aide financière de l'État, d'encourager les chômeurs à retrouver une place de travail et d'inciter les employeurs à engager des chômeurs en fin de droit (MGC 1996 37/VI 5692 ; voir également le rapport PL 11804-A p. 5). Le but des allocations de retour en emploi est de permettre à un employeur de verser moins à une personne, car elle n'est pas au niveau où elle devrait être. Il ne s'agit pas d'aides à l'entreprise (rapport PL 11804-A p. 27). Des mécanismes, autres que les allocations de retour en emploi, existent pour aider les nouvelles entreprises à démarrer (rapport PL 11804-A p. 29). De plus, le délai de deux ans est proportionné, le but de cette limitation étant de s'assurer, si possible, de la fiabilité d'une entreprise. La mesure étant destinée à favoriser la réinsertion d'un chômeur en fin de droit, elle est inutile si l'on peut supposer, dès le début, que l'entreprise ne sera pas en mesure de payer l'intégralité du salaire à la fin de la mesure.

Le grief tiré de la violation de la liberté économique doit partant être rejeté.

10. Enfin, les recourants invoquent une violation du principe de la bonne foi.

a. 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 141 V 530 consid. 6.2). Il découle de ce principe que l'administration et les administrés doivent se comporter réciproquement de manière loyale, que l'administration doit s'abstenir de tout comportement propre à tromper l'administré et que celle-ci ne saurait tirer aucun avantage des conséquences d'une incorrection ou insuffisance de sa part. À certaines conditions, le citoyen peut ainsi exiger de l'autorité qu'elle se conforme aux promesses ou assurances précises qu'elle lui a faites et ne trompe pas la confiance qu'il a légitimement placée dans celles-ci (ATF 143 V 95 consid. 3.6.2 ; ATF137 II 182 consid. 3.6.2).

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 137 II 182 consid. 3.6.2 ; ATF 131 II 627 consid. 6 ; ATF 129 I 161 consid. 4.1 ; ATF 126 II 377 consid. 3a et les références citées).

En l'absence de toute assurance concrète, aucun droit ne saurait être revendiqué au titre du principe de la protection de la bonne foi (ATF 133 II 153 ; ATF 133 V 279 ; ATF 129 I 113).

En général, seul peut se fonder sur la protection de la bonne foi celui qui a fait preuve de l'attention requise par les circonstances et peut ainsi être considéré comme étant de bonne foi (ATF 130 III 399 consid. 1.2.3). Par conséquent, celui qui n'a pas lui-même pris les mesures nécessaires pour sauvegarder ses droits ne peut invoquer la protection de la bonne foi (ATF 127 II 230 consid. 1b ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances U 187/06 du 13 novembre 2006 consid. 3.3.1).

b. En l'espèce, les recourants reprochent à l'intimé d'avoir annulé la décision du 21 mars 2019 pour rendre une décision identique, au lieu de prononcer la jonction des causes. Ce faisant, l'intimé aurait fait croire à l'administré qu'elle révoquait sa décision. En raison de cette expectative, la recourante aurait confié des tâches plus importantes au recourant, lequel n'avait effectué aucune démarche pour trouver un nouvel emploi.

Force est toutefois de constater que si, par courrier du 16 mai 2019, l'intimé a effectivement annulé la décision sur opposition du 24 avril 2019, il a précisé qu'une nouvelle décision serait notifiée par la suite, sans fournir la moindre assurance quant à l'octroi d'une allocation de retour en emploi. Les éventuelles mesures prises par la recourante ne se fondent ainsi aucunement sur des assurances concrètes données par l'intimé, mais sont consécutives à de simples déductions.

Les recourants ne peuvent dès lors pas se prévaloir du principe de la bonne foi.

11. La décision de l'intimé, niant le droit de la recourante à une allocation de retour en emploi en faveur du recourant, est en conséquence conforme au droit.

Le recours sera donc rejeté et la décision sur opposition confirmée.

Les recourants succombant, il n'y a pas lieu de leur octroyer des dépens.

Pour le surplus, la procédure est gratuite.

* * * * *

**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

Marie NIERMARÉCHAL

Eleanor McGREGOR

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