RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3294/2020 **ATAS/1230/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 25 novembre 2021

En la cause

FONDATION A_____, sise à GENÈVE recourante

contre

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

EN FAIT

Siégeant : Valérie MONTANI, Présidente; Catherine TAPPONNIER, Doris GALEAZZI, Karine STECK et Mario-Dominique TORELLO, Juges; Yda ARCE et Christine WEBER-FUX, Juges assesseures

A. a. Le 15 février 2020, la fondation A_____ (ci-après la fondation ou la recourante) a demandé une allocation de retour à l'emploi (ci-après ARE) à l'office cantonal de l'emploi (ci-après l'OCE ou l'intimé), en faveur de Madame B_____ (ci-après l'intéressée), en tant que responsable de projets. Celle-ci était de nationalité suisse, âgée de 62 ans et ne bénéficiait plus du chômage depuis cinq ans tout en assumant des activités bénévoles pour rester en lien avec le monde socio-culturel et professionnel, tandis qu'elle accompagnait ses parents âgés pour leur maintien à domicile.

La fondation était active dans le domaine de l'éducation aux images et aux médias depuis janvier 2008. À l'heure de « l'infox » ou des « fake news », elle développait « EyeSmart », un projet transversal d'ateliers en présentiel et de pratiques en ligne avec le soutien de plusieurs institutions.

Le choix de la fondation s'était porté sur l'intéressée, car elle disposait de solides atouts au niveau de l'organisation d'expositions, de conférences et d'événements socio-éducatifs multi-publics. Elle avait en outre une expérience dans le développement de sites à vocation pédagogique et était à l'aise avec des équipes pluridisciplinaires. Par ce poste lié à un contrat de durée indéterminée, la responsable de projets aurait un emploi à plein temps jusqu'à son âge légal de la retraite. La fondation espérait que l'intéressée pourrait bénéficier de l'ARE dès le 1er avril 2020.

La fondation transmettait en annexe de sa demande, notamment, la copie du contrat de travail qu'elle avait signé avec l'intéressée le 15 février 2020, ainsi que ses comptes pour les années 2016 à 2019.

b. Un analyste financier de l'OCE a émis le 22 mai 2020 un préavis financier négatif au sujet de l'octroi de l'ARE à la fondation.

c. Par décision du 5 juin 2020, l'OCE a refusé la demande d'ARE du 5 mars 2020, au motif que la fondation ne remplissait pas les conditions légales pour son octroi.

B. a. Le 3 juillet 2020, la fondation a formé opposition à la décision de l'OCE du 5 juin 2020 estimant que sa demande remplissait les conditions légales et requérant une motivation plus précise de la décision lui refusant les ARE.

b. Par courriel du 22 juillet 2020, l'OCE a informé l'intéressée que la demande d'ARE avait été refusée « en application de l'art. 32 let. c LMC ».

c. Par courriel du 5 août 2020, l'intéressée a informé l'OCE, au nom de la fondation, que le poste en cause était lié au projet « EyeSmart ». Le vice-président de la fondation formerait l'intéressée, qui était la responsable de ce projet, à l'utilisation d'un outil de gestion administrative. Celle-ci atteindrait l'âge du droit à l'AVS le 2 septembre 2021. Une partie des moyens financiers était déjà à disposition dans les comptes de la fondation et des recherches de fonds étaient en cours. La fondation pourrait donc assumer le 50% du salaire de l'intéressée.

d. Par décision sur opposition du 22 septembre 2020, l'OCE a rejeté l'opposition de la fondation, attendu qu'elle ne disposait pas des moyens financiers suffisants pour assurer une participation d'au moins 50% du salaire de l'intéressée durant toute la durée de l'ARE.

C. a. Le 17 octobre 2020, la fondation a formé recours contre la décision sur opposition de l'OCE. Elle souhaitait engager l'intéressée pour concrétiser le projet « EyeSmart ». Elle l'avait déjà salariée en décembre 2019 et en janvier 2020 dans le cadre de ce projet. L'intéressée avait également œuvré par le passé au bénéfice de la fondation comme bénévole. Pour que des projets puissent être menés à bien, celle-ci avait pris en charge, pour le compte de la fondation, divers frais alors qu'elle n'était pas salariée. Elle partageait les objectifs de la fondation et jouissait de sa confiance.

b. Le 13 novembre 2020, l'intimé a conclu au rejet du recours.

c. Le 6 janvier 2021, la fondation a relevé que sa demande ne portait pas sur 24 mais sur 21 mois et que la trésorerie de la fondation permettait de couvrir le 50% du salaire de l'intéressée durant toute la durée de la mesure.

d. Le 8 février 2021, l'intimé a persisté dans ses conclusions.

e. Le 16 février 2021, la recourante a indiqué qu'elle allait bénéficier d'un don privé de CHF 15'000.- par année dès 2021 pendant six ans à affecter en priorité au salaire de l'intéressée.

f. Lors d'une audience du 2 juin 2021 :

- L'intéressée a déclaré avoir été bénévole pour la recourante à plusieurs reprises. Elle avait travaillé pour elle de manière plus ou moins régulière, sans calculer son temps de travail, étant précisé qu'elle s'occupait principalement de ses parents. Depuis 2013, elle n'avait pas eu d'activité salariée. Elle n'avait pas touché l'entier de son salaire dû par la fondation, même s'il était comptabilisé. Elle était prête à renoncer à son salaire, si la fondation n'avait pas les moyens de le verser. Elle était principalement préoccupée par l'avancement du projet en cours et souhaitait voir comment il se développait avant de toucher son salaire. À partir du mois d'octobre de l'année en cours, elle aurait droit à l'AVS. N'ayant pas de 2ème pilier, elle aurait besoin d'être rétribuée par la recourante. Elle trouvait la situation très dure et se sentait punie d'avoir fait du bénévolat.
- La représentante de la recourante a indiqué qu'elle estimait que l'engagement de l'intéressée pour la fondation était de l'ordre de 60% à 70%.

g. Le 15 juin 2021, l'intimé a transmis à la chambre de céans un nouveau préavis financier établi le 7 juin 2021. En dépit des pièces produites et des nouvelles subventions obtenues postérieurement par la recourante, le préavis demeurait négatif. Par ailleurs, l'intéressée occupait, dans les faits, un poste auprès de la recourante depuis plus d'une dizaine d'années, quand bien même elle travaillait comme bénévole, de sorte que l'ARE devait être refusée pour ce motif également.

h. Le 5 juillet 2021, la recourante a indiqué que le pourcentage d'activité de l'intéressée indiqué lors de l'audience concernait la période pendant laquelle celle-ci avait été sous contrat de travail de courte durée, entre décembre 2019 et janvier 2020. L'intéressée percevrait dès l'âge de la retraite une pension de l'ordre de CHF 1'300.- par mois et ne disposait d'aucun 2ème ni 3ème pilier. Elle serait donc contrainte de poursuivre une activité rémunérée. Elle avait donc un réel intérêt à un retour à l'emploi et était ainsi éligible à une ARE.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 134 al. 3 let. b de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05) en vigueur dès le 1er janvier 2011, la chambre des assurances sociales de la Cour de justice connaît, en instance unique, des contestations prévues à l'art. 49 de la loi cantonale en matière de chômage du 11 novembre 1983 (J 2 20 - LMC).

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

2. Interjeté dans les forme et le délai prévus par la loi, le recours est recevable (cf. art. 49 al. 3 LMC et art. 89B de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 [LPA - E 5 10]).

3. Est litigieux en l'espèce le droit de la recourante à l'ARE pour l'intéressée dès le 1er avril 2020.

4. Aux termes de l'art. 30 LMC, les chômeurs ayant épuisé leur droit aux indemnités fédérales peuvent bénéficier d'une ARE, s'ils retrouvent un travail salarié auprès d'une entreprise active en Suisse.

   Selon l'art. 31 al. 4 LMC, pour pouvoir bénéficier d'une ARE, le chômeur doit en outre :

   a. avoir épuisé son droit aux indemnités fédérales ;

   b. être apte au placement ;

   c. ne pas avoir subi, pendant le délai-cadre d'indemnisation fédérale, de suspension du droit à l'indemnité de 31 jours et plus pour les motifs énumérés à l'art. 30 al. 1, let. c, d, e, f et g, de la loi fédérale ;

   d. ne pas avoir fait l'objet d'une condamnation pénale ou administrative en raison d'une infraction réprimée aux art. 105, 106 et 107 de la loi fédérale et 47 et 48 de la présente loi durant les deux dernières années ;

   e. ne pas avoir occupé de poste chez l'employeur dans les deux années précédant le dépôt de la demande d'ARE, hormis les stages ou emplois de courte durée.

   Selon l'art. 32 let. c LMC, pour que l'allocation de retour en emploi puisse être octroyée, l'employeur doit prouver que le poste de travail existait déjà ou, en cas de

nouveau poste, qu'il dispose des moyens financiers suffisants pour assurer une participation d'au moins 50% du salaire durant toute la durée de la mesure.

À teneur de l'art. 34 LMC, la demande d'ARE, complétée et signée par le chômeur et l'employeur, doit impérativement être déposée avant la prise d'emploi accompagnée d'un contrat de travail de durée indéterminée (al. 1). Les bénéficiaires de prestations d'aide sociale qui sont adressés par l'Hospice général à l'autorité compétente dans le cadre de l'application de l'art. 42A, al. 2, de la loi sur l'insertion et l'aide sociale individuelle, du 22 mars 2007, pour une allocation de retour en emploi ou un emploi de solidarité, ne doivent pas s'inscrire au chômage pour bénéficier immédiatement de ces prestations (al. 2).

5. 5.1. En l'espèce, la recourante a fait valoir qu'elle remplissait la condition de l'art. 32 let. c LMC. L'on pourrait également se demander si un droit à l'ARE peut être ouvert pour l'intéressée, dans la mesure où elle ne pouvait plus avoir droit aux indemnités du chômage à l'issue de la mesure, ayant alors atteint l'âge de la retraite, ou encore si elle devait être inscrite au chômage pour pouvoir bénéficier de l'ARE, en lien avec l'art. 34 al. 2 LMC. Ces questions peuvent toutefois rester ouverte, dès lors que le droit à l'ARE doit être nié à la recourante pour une autre cause.

En effet, dans la mesure où il ressort des faits que l'intéressée travaille de longue date pour la recourante, notamment en tant que bénévole, se pose la question de savoir si l'on doit considérer qu'elle a « occupé un poste chez l'employeur dans les deux années précédant le dépôt de la demande d'ARE », au sens de l'art. 31 al. 4 let. e LMC. Cette disposition doit être interprétée, dans la mesure où il ne paraît pas exclu qu'elle puisse concerner un emploi bénévole et pas seulement un emploi salarié.

5.2.1. En matière d'interprétation de dispositions légales, il faut, en premier lieu, se fonder sur la lettre de la disposition en cause (interprétation littérale). Si le texte de cette dernière n'est pas absolument clair, si plusieurs interprétations de celui-ci sont possibles, le juge recherchera la véritable portée de la norme en la dégageant de sa relation avec d'autres dispositions, de son contexte (interprétation systématique), du but poursuivi, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique), ainsi que de la volonté de son auteur telle qu'elle ressort notamment des travaux préparatoires (interprétation historique). Le sens que prend la disposition dans son contexte est également important (ATF 128 II 347 consid. 3.5 ; ATF 128 V 105 consid. 5 ; ATF 128 V 207 consid. 5b ; ATF 125 II 484 consid. 4). Le Tribunal fédéral ne privilégie aucune méthode d'interprétation, mais s'inspire d'un pluralisme pragmatique pour rechercher le sens véritable de la norme; en particulier, il ne se fonde sur la compréhension littérale du texte que s'il en découle sans ambiguïté une solution matériellement juste (ATF 143 II 202 consid. 8.5 ; ATF 143 I 109 consid. 6.1 ; ATF 134 I 184 consid. 5.1). Par ailleurs, les dispositions d'exception ne doivent être interprétées ni restrictivement ni extensivement, mais conformément à leur sens et à leur but, dans les limites de la règle générale (ATF 131 V 279

consid. 2.4 ; ATF 130 V 229 consid. 2.2 ; ATF 130 V 472 consid. 6.5.6 ; ATF 118 Ia 175 consid. 2d ; ATF 117 Ib 114 consid. 7c ; ATF 114 V 298 consid. 3e).

L'interprétation littérale consiste en substance à tirer tous les renseignements possibles du sens littéral de la règle. Il s'agit ainsi de comprendre la signification de chaque mot pris individuellement et de se concentrer sur les relations grammaticales entre les mots telles que résultant de la syntaxe (accords, objet d'une négation) ainsi que de l'usage de la ponctuation. En outre, la manière dont le législateur a ordonné les alinéas d'un article, dont il a divisé le texte (au moyen de titres, sous-titres, etc.) et structuré les notes marginales relève également de l'interprétation littérale.

Quant à l'interprétation systématique, elle vise à prendre la mesure de la structure formelle dans laquelle la règle s'intègre : l'ordonnancement des titres, des notes marginales, des alinéas et des phrases donnant un rapport hiérarchique aux règles, ce qui permet souvent d'en déterminer le champ d'application. Il y a également lieu d'examiner les liens établis par le texte légal entre certaines règles, au moyen de renvois plus ou moins explicites à d'autres dispositions. Relève également de l'interprétation systématique le fait de comparer des normes et, lorsqu'elles ont des éléments communs et des différences, d'en tirer des conclusions sur les intentions du législateur (STEINAUER, Le Titre préliminaire du Code civil et Droit des personnes, 2e éd., 2009, n° 262 et ss, p. 87 et ss).

5.2.2. 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 ; 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 et les références). 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; cf. ATF 130 III 324 consid. 3.2 et 3.3).

5.3.1. Selon la définition du Larousse « un poste » est un emploi professionnel assigné à quelqu'un en un lieu donné et « une profession » est une activité rémunérée et régulière exercée pour gagner sa vie (www.larousse.fr/dictionnaires/français). Selon la définition du dictionnaire Le Robert, « un poste » est un emploi auquel on est nommé, une charge ou une fonction (dictionnaire.lerobert.com). Il résulte ainsi de l'interprétation littérale de la disposition en cause qu'elle vise en principe une activité plutôt salariée, mais une activité bénévole n'apparaît pas exclue selon la seconde définition précitée.

5.3.2. Il convient ensuite de procéder à l'interprétation téléologique et historique de la disposition en cause.

Selon les travaux préparatoires, l'ARE a été introduite dans la LMC en 1997 avec 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). En effet, l'employeur qui engage un chômeur de longue durée fait face à un challenge concernant la rentabilité de cette personne (Rapport PL 11804-A p. 5). Le but de cette mesure est donc d'encourager un employeur à prendre un risque, à savoir engager une personne inconnue qui n'a pas eu d'activité professionnelle pendant une longue durée (Rapport PL 11804-A p. 53). L'ARE a ainsi pour fonction de permettre à une personne qui est plus ou moins éloignée du marché du travail d'y revenir (PL 11804-A p. 56). Plusieurs députés ont estimé que l'ARE n'avait pas pour vocation de favoriser les réorientations au sein d'une même entreprise (Rapport PL 11804-A pp. 53 et 55 notamment), considérant même qu'il n'appartenait pas à l'État de financer le retour d'un employé, mais à l'entreprise qui connaissait le travailleur en question et souhaitait le reprendre en lui donnant éventuellement une autre orientation (Rapport PL 11804-A p. 58). L'ARE ayant pour but que l'employeur engage quelqu'un qu'il ne connaît pas, engager quelqu'un qui avait déjà travaillé dans l'entreprise allait à l'encontre de l'esprit de l'ARE (Rapport PL 11804-A p. 25). Lorsqu'une personne a quitté l'entreprise, l'employeur connaissait ses capacités et le risque n'était donc pas le même que celui qu'il prendrait avec un inconnu (Rapport PL 11804-A p. 59).

Au vu du but de l'ARE et de la volonté du législateur, il convient d'interpréter l'art. 31 al. 4 let. e LMC dans un sens large, à savoir que les termes « « occupé un poste chez l'employeur » incluent une activité à titre bénévole. En effet, une telle activité permet à l'employeur de connaître la personne qui l'effectue ainsi que ses capacités, de sorte qu'il ne se justifie pas de lui octroyer les ARE pour compenser le risque d'engager une personne inconnue.

5.4. En l'espèce, il est établi et non contesté que l'intéressée a travaillé régulièrement pour la recourante depuis des années, puisqu'elle a déjà été engagée par la fondation sous ARE en 2011 et 2012, selon le rapport établi par l'analyste financier de l'intimé du 22 mai 2020, puis qu'elle a régulièrement travaillé comme bénévole, en particulier en charge du projet « EyeSmart », avant d'être salariée en décembre 2019 et janvier 2020. La recourante a précisé que l'intéressée partageait ses objectifs et jouissait de sa confiance.

Il en résulte que l'intéressée n'a pas seulement effectué pour la recourante des stages ou emplois de courte durée, au sens de l'art. 31 al. 4 let. e LMC, et que la recourante la connaissait bien et ne doutait pas de ses compétences lorsqu'elle a demandé l'ARE pour celle-ci.

Par substitution de motifs, il y a lieu de confirmer la décision de l'intimé niant à la recourante le droit à l'ARE pour l'intéressée.

6. Infondé, le recours doit être rejeté.

   La procédure est gratuite.

***

PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

Conformément à l'art. 133 al. 2 LOJ

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
Isabelle CASTILLO	Valérie MONTANI

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