

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/553/2018

ATAS/998/2018

COUR DE JUSTICE
Chambre des assurances sociales

Arrêt du 31 octobre 2018

4^{ème} Chambre

En la cause

ASSOCIATION A_____ sise à GENÈVE

recourante

contre

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

intimée

**Siégeant : Catherine TAPPONNIER, Présidente; Maria Esther SPEDALIERO et
Larissa ROBINSON-MOSER, Juges assesseurs**

EN FAIT

1. L'association A_____ (ci-après l'association) a demandé, le 11 août 2017, une allocation de retour en emploi (ci-après ARE) pour l'engagement de Madame B_____ (ci-après l'employée), en qualité de secrétaire-comptable à 80% dès le 1^{er} septembre 2017 pour un salaire de CHF 4'875.-. L'employeur précisait que l'employée devait faire l'objet d'une mise au courant usuelle afin d'être opérationnelle et qu'elle avait des lacunes en matière de formation ou d'expérience utile au poste. Une formation était en cours pour l'obtention du certificat d'assistante en gestion du personnel, avec mention comptabilité, qui devait se terminer en juin 2019.
2. Par décision du 19 octobre 2017, le service des emplois de solidarité (ci-après le SES) de l'office cantonal de l'emploi (ci-après l'OCE) a accepté la demande d'ARE pour la période du 3 octobre 2017 au 2 avril 2018.
3. Le 15 novembre 2017, l'association a formé opposition contre la décision du 19 octobre 2017, faisant valoir que lorsque la mesure avait été demandée, en août 2017, pour une entrée en fonction au 1^{er} septembre 2017, la modification législative n'était pas encore entrée en vigueur. Elle demandait en conséquence à bénéficier de l'ancienne loi qui, par sa formulation, obligeait l'autorité compétente à octroyer la pleine durée en fonction de l'âge de la bénéficiaire. La demande d'ARE se fondait sur le fait que l'employée devait non seulement faire l'objet d'une mise au courant dans ses tâches actuelles, mais aussi entreprendre une formation en comptabilité en vue d'occuper de nouvelles fonctions au sein de l'association. À terme, elle serait appelée à tenir les comptes de cette dernière. Le cours avait été initié en septembre 2016 et s'achèverait en juin 2019. Il fallait également tenir compte du fait l'employée émargeait à l'Hospice général depuis la fin de son droit aux indemnités de chômage, ce qui attestait de son éloignement durable du marché du travail. Enfin, elle était âgée de 58 ans, ce qui constituait une difficulté supplémentaire pour se réinsérer dans le monde du travail. Dès lors qu'à ce jour et à sa connaissance aucun critère pour en fixer la durée n'avait été édicté par le Conseil d'État, l'appréciation de la durée de la mesure octroyée restait aléatoire, voire discrétionnaire. La décision entreprise ne fixait pas les motifs de la durée accordée en l'espèce. Le besoin de formation, l'âge et l'éloignement du marché du travail de l'employée justifiaient une augmentation de la durée de la mesure à vingt-quatre mois.
4. Par décision sur opposition du 25 janvier 2018, l'OCE a rejeté l'opposition formée par l'association. La décision du SES avait été rendue le 19 octobre 2017, soit après l'entrée en vigueur de la modification de l'art. 35 al. 1 LMC au 1^{er} octobre 2017. C'était donc à juste titre que, conformément à l'art. 55A al. 8 LMC, le droit en vigueur à cette date avait été appliqué. Par ailleurs, il ressortait des pièces du dossier que l'employée travaillait déjà depuis 2013 auprès de l'association dans le cadre de mesures de réinsertion, de sorte que la durée octroyée d'ARE de six mois n'était pas critiquable.

5. Le 14 février 2018, l'association a formé recours contre la décision précitée auprès de la chambre des assurances sociales de la Cour de justice. Elle estimait que l'administration ne pouvait se contenter de laisser le temps s'écouler et d'affirmer que le nouveau droit s'appliquait du seul fait qu'elle avait pris sa décision après l'entrée en vigueur du nouveau droit promulgué par le Conseil d'État. La demande d'allocation et l'entrée en fonction de l'allocataire étaient déterminantes, dès lors qu'elles précédaient l'entrée en vigueur du nouveau droit. Les critères avancés dans l'opposition du 15 novembre 2017 et repris à l'art. 27A RMC n'avaient pas été examinés par l'OCE. Celui-ci ne s'était pas prononcé sur l'éloignement du marché du travail de l'allocataire, son âge ainsi que le besoin et la durée de formation pour occuper la fonction de secrétaire-comptable. La recourante concluait ainsi, principalement, à l'annulation de la décision entreprise et à ce que la mesure soit octroyée pour vingt-quatre mois, en application de l'art. 35 LMC dans son ancienne teneur, et subsidiairement, à ce qu'il soit laissé à l'appréciation de la chambre des assurances sociales de fixer la durée de la mesure en fonction des critères prévus aux art. 35 al. 1 LMC et 27A RMC actuels.
6. Le 15 mars 2018, l'intimé a conclu au rejet du recours. La date déterminante selon l'art. 55A al. 8 LMC était celle de l'octroi de la mesure et non du dépôt de la demande d'allocation. L'art. 35 dans sa teneur en vigueur jusqu'au 30 septembre 2017 prévoyait les mêmes durées maximales de la mesure que dans sa teneur dès le 1^{er} octobre 2017. Indépendamment du droit applicable, aucun droit à obtenir la durée maximale prévue n'était garanti. Dans l'examen de la durée de l'ARE, l'intimé avait tenu compte de l'âge de l'employée, de son besoin de formation et de l'éloignement du marché de l'emploi et du fait que ceux-ci n'avaient pas empêché l'association de travailler avec elle depuis près de trois ans dans le cadre d'une activité de réinsertion avant de déposer la demande d'ARE.
7. Le 23 avril 2018, la recourante a observé que si l'art. 55A al. 8 LMC semblait résoudre la question du droit applicable, il n'en demeurerait pas moins que l'engagement de l'employée avait débuté effectivement le 1^{er} septembre et non le 1^{er} octobre 2017. Aussi, elle ne comprenait pas pourquoi l'intimé n'en n'avait pas tenu compte alors que la demande d'ARE déposée en août l'exprimait très précisément. Elle n'était pas loin de penser que cette relative lenteur administrative ne pouvait que servir les intérêts de l'intimé dans la mesure où l'ancienne loi entrée en vigueur en septembre 2017 n'envisageait pas, à la différence de l'actuelle, de moduler les durées de douze, respectivement vingt-quatre mois. Si la chambre de céans appliquait le droit actuel, elle devrait constater que les critères de durée définis à l'art. 27A du RMC, à savoir l'éloignement du marché de l'emploi et le besoin de formation utile au poste et l'âge du bénéficiaire, avaient été « très lâchement » appréciés par l'intimé.
8. Lors d'une audience du 3 octobre 2018 :
 - a. La représentante de l'intimé a déclaré à la chambre de céans que depuis novembre 2015, le SES utilisait une tablette interne pour fixer la durée de l'ARE et

que le nouveau droit n'avait rien changé à cet égard. Elle a produit la table utilisée dans le cas d'espèce, dans sa teneur du 13 avril 2017, précisant que cette table avait été modifiée en octobre 2017. Elle a expliqué que dans le cas d'espèce, la durée de 6 mois de la mesure avait été fixée en partant d'une durée de 18 mois, vu l'âge de l'employée, plus 3 mois pour tenir compte du fait que cette dernière était éloignée du marché de l'emploi, plus 3 mois pour la formation invoquée, soit 24 mois, dont 18 mois avaient été déduits pour tenir compte du fait que l'employée avait travaillé du 1^{er} septembre 2013 au 31 août 2016 pour l'association, soit 3 mois par tranche de 6 mois de stage.

b. Le représentant de la recourante a déclaré qu'il ignorait l'existence de la table interne utilisée et relevé que sous l'ancienne loi, la durée maximum était octroyée en fonction de l'âge.

c. La représentante de l'intimé a confirmé que cela correspondait à une ancienne pratique, mais que celle-ci n'était plus en cours depuis 2015. La table avait été concrétisée, dès le 1^{er} novembre 2017, à l'art. 27A RMC et le temps de traitement de la demande d'ARE avait été dû au fait que l'employeur n'avait pas précisé dans celle-ci que l'employée avait travaillé pour l'association et que le dossier devait passer devant la commission tripartite.

d. La recourante a demandé à la chambre de céans d'exercer son pouvoir d'appréciation.

9. Sur ce, la cause a été 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 1er 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. Interjeté en temps utile, le recours est recevable (art. 49 al. 3 LMC).

3. Sur le plan matériel, sont en principe applicables les règles de droit en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 129 V 1 consid. 1; ATF 127 V 467 consid. 1 et les références). En ce qui concerne en revanche la procédure, et à défaut de règles transitoires contraires, le nouveau droit

s'applique sans réserve dès le jour de son entrée en vigueur (ATF 117 V 93 consid. 6b; ATF 112 V 360 consid. 4a; RAMA 1998 KV 37 p. 316 consid. 3b).

4. Selon l'art. 30 al. 1 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. L'autorité compétente peut également proposer une telle mesure de sa propre initiative.

Selon l'art. 35 LMC, dans sa teneur en vigueur dès le 1^{er} octobre 2017, la durée de la mesure ne peut pas dépasser :

- a) 12 mois consécutifs pour les chômeurs de moins de 50 ans au moment du dépôt de la demande ;
- b) 24 mois consécutifs pour les chômeurs de 50 ans et plus au moment du dépôt de la demande.

Sont réservés les cas d'interruption de mesure sans faute de l'intéressé (al. 2).

Le Conseil d'État fixe les critères applicables pour la détermination de la durée de la mesure en veillant à respecter les principes de l'égalité de traitement et de l'interdiction de l'arbitraire (al. 3).

Selon l'art. 55A LMC, dès l'entrée en vigueur de la loi 11804, du 1^{er} juin 2017, modifiant la loi en matière de chômage, du 11 novembre 1983, l'octroi de nouvelles mesures cantonales est régi exclusivement par le nouveau droit.

Selon l'art. 27A RMC, adopté le 11 octobre 2017 et entré en vigueur le 1^{er} novembre 2017, la durée de la mesure selon l'art. 35 al. 1 de la loi cantonale est fixée notamment en fonction de l'éloignement du chômeur du marché de l'emploi, de ses besoins en formation nécessaires au poste de travail et de son âge.

Selon l'art. 35 LMC, dans sa teneur avant le 1^{er} octobre 2017, l'ARE était versée pendant une durée de :

- a) 12 mois consécutifs au maximum pour les chômeurs de moins de 50 ans au moment du dépôt de la demande ;
- b) 24 mois consécutifs au maximum pour les chômeurs de 50 ans et plus au moment du dépôt de la demande (al. 1).

Étaient réservés les cas d'interruptions de mesures sans faute de l'intéressé. Le Conseil d'État fixe les règles applicables (al. 2).

Jusqu'au 1^{er} novembre 2017, le RMC ne contenait pas de disposition relative à la durée de la mesure.

À teneur de l'exposé des motifs relatif à l'art. 35 LMC (Mémorial du Grand Conseil - PL 11804 p. 12), la durée maximale de la mesure restait inchangée. Elle ne pouvait ainsi dépasser 12 mois pour les chômeurs de moins de 50 ans au moment du dépôt de la demande et 24 mois pour ceux âgés de 50 ans et plus. Le Conseil d'État devrait établir dans le règlement d'application de la présente loi des critères

objectifs permettant de fixer cette durée, notamment en tenant compte du budget disponible et de la situation personnelle du demandeur d'emploi.

5. a. À teneur de la table à l'usage exclusif du SES relative à la durée de l'ARE dans sa teneur au 13 avril 2017, celle-ci est fixée au minimum à 18 mois pour une personne âgée de 55 ans et plus. Un abattement de 3 mois est appliqué en cas d'emploi, de stage ou de GI (gain intermédiaire) préalables à l'ARE, et intervenu pendant plus de 6 mois dans l'entreprise au cours de 3 dernières années. Cet abattement est majoré de 3 mois supplémentaires pour chaque nouvelle tranche de 6 mois d'emploi, de stage ou de GI préalables à l'ARE, et intervenue dans l'entreprise en cours des 3 dernières années.

Trois mois forfaitaire sont ajoutés en principe en cas :

1. d'éloignement du marché de l'emploi (ORP / LIASI/...).
2. d'absence d'expérience professionnelle utile au poste.
3. de formation offerte par l'employeur.
4. de secteur socio-économique saturé.
5. selon la structure de l'entreprise (PME ou micro-entreprise).

En cas de cumul de plusieurs critères, la durée de l'ARE peut aller jusqu'à 24 mois maximum pour les 50 ans et plus.

b. Destinées à assurer l'application uniforme des prescriptions légales, les directives de l'administration n'ont pas force de loi et, par voie de conséquence, ne lient ni les administrés ni les tribunaux; elles ne constituent pas des normes de droit et n'ont pas à être suivies par le juge. Elles servent tout au plus à créer une pratique administrative uniforme et présentent à ce titre une certaine utilité; elles ne peuvent en revanche sortir du cadre fixé par la norme supérieure qu'elles sont censées concrétiser. En d'autres termes, à défaut de lacune, les directives ne peuvent prévoir autre chose que ce qui découle de la législation ou de la jurisprudence (ATF 132 V 121 consid. 4.4 et les références; ATF 131 V 42 consid. 2.3 et les références; arrêt du Tribunal fédéral 9C_283/2010 du 17 décembre 2010 consid. 4.1).

6. En l'espèce, il convient de relever en premier lieu que la nouvelle teneur de l'art. 35 LMC en vigueur dès le 1^{er} octobre 2017 n'a pas modifié les durées maximales des ARE prévues dans l'ancienne teneur de la disposition, ce que confirme l'exposé des motifs selon le Mémorial du Grand Conseil. Conformément à l'art. 55A LMC en vigueur dès le 1^{er} octobre 2017, l'art. 35 LMC, dans sa nouvelle teneur, régissait exclusivement l'octroi des ARE dès son entrée en vigueur et, par conséquent, la décision rendue par le SES le 19 octobre 2017. À cette date, l'art. 27A RMC n'était en revanche pas encore entré en vigueur. L'intimé a indiqué que la durée de la mesure en cause a été fixée en application d'une table interne, conformément à la pratique existant depuis 2015. Cette table s'appliquait donc au cas d'espèce.

Il en ressort qu'il n'y a pas eu de changement de pratique de l'administration au moment de l'entrée en vigueur de l'art. 35 LMC dans sa nouvelle teneur et en particulier lors de la décision du 19 octobre 2017 fixant la durée de la mesure à 6 mois. Même si la tablette utilisée par le SES n'avait pas force de loi, elle contribuait à une application égalitaire de l'art. 35 LMC, ce qui justifie d'examiner si elle a été correctement appliquée au cas d'espèce.

En l'occurrence, le SES a correctement fixé la durée de l'ARE en tenant compte de l'âge de l'employée, de sa formation et du fait qu'elle était durablement éloignée du marché de l'emploi. En revanche, en retenant une réduction de la durée de la mesure de 18 mois du fait que l'employée avait travaillé pour la recourante du 1^{er} septembre 2013 au 31 août 2016, il n'a pas appliqué strictement la tablette. En effet, l'abattement de 3 mois par tranche de 6 mois en cas d'emploi, de stage ou de GI préalables à l'ARE ne portait, selon la tablette, que sur les « trois dernières années ». Il en résulte que la période à prendre en considération débutait trois ans avant la décision du SES, soit le 19 octobre 2014 et se terminait le 31 août 2016, date de fin de stage retenue par le service, ce qui représente 22 mois et trois tranches de 6 mois pleines. Par conséquent, la réduction de la durée de la mesure pour tenir compte de l'activité de l'employée pour la recourante devait être de 9 mois (3 tranches x 3 mois) et non de 18 mois et la durée totale de l'ARE aurait dû être fixée à 15 mois (24 - 9).

7. Le recours sera en conséquence partiellement admis et la décision querellée réformée dans le sens précité.
8. La recourante obtenant partiellement gain de cause a droit à une indemnité qui sera fixée à CHF 500.- (art. 89H al. 3 LPA).
9. 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. L'admet partiellement.
3. Réforme la décision rendue par l'intimé le 25 janvier 2018 en ce sens que la durée de la mesure d'allocation de retour à l'emploi est fixée à quinze mois.
4. Alloue à la recourante une indemnité de CHF 500.- à la charge de l'intimé.
5. Dit que la procédure est gratuite.
6. 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

Catherine TAPPONNIER

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