

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3303/2005

ATAS/94/2006

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 2

du 31 janvier 2006

En la cause

M_____ SA,

Recourante

contre

OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI, domicilié Groupe
réclamations;Route de Meyrin 49;Case postale 288, 1211 Genève
28

intimé

Madame D_____, comparant avec élection de domicile en
l'étude de Maître BENOIT Gérald

appelée en cause

**Siégeant : Madame Isabelle DUBOIS , Présidente, Mesdames Doris WANGELER et
Juliana BALDE, Juges**

EN FAIT

1. Madame L_____ était au bénéfice d'indemnités de chômage versées par l'OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI (ci-après OCE) lorsqu'elle a trouvé un emploi auprès de la société M_____ SA (ci-après la société) au mois d'octobre 2004.

Selon son contrat de travail, qui date du 12 octobre 2004, l'entrée en fonction est fixée au 13 octobre 2004, la fonction est celle de secrétaire, assistante de direction, le salaire est de Fr. 7'800.-- par mois brut, l'horaire de travail de 44 heures par semaine, et la durée indéterminée après une période d'essai de trois mois. Son employeur est M_____ SA , succursale de Satigny.

2. Il ressort du Registre du commerce que la société M_____ SA est inscrite au registre de Zürich depuis le 6 janvier 1978, Monsieur P_____ en étant l'administrateur avec signature individuelle. La succursale est inscrite au registre de Genève depuis le 16 décembre 2004.

3. Par pli du 4 janvier 2005, complété par formulaire du 27 janvier 2005, la société a sollicité de l'OCE une allocation de retour à l'emploi (ci-après ARE) pour son employée correspondant au montant de Fr. 7'800.-- sur 4 mois (d'octobre à janvier).

Il ressort des documents produits par la société que la succursale, initialement sise à Satigny, occupe un bureau en sous-location au 3 bis, rue du Stand depuis le 1er mars 2005.

4. Par décision du 22 mars 2005, notifiée à nouveau en date du 4 avril 2005, l'OCE a rejeté la demande d'ARE, en raison du préavis négatif de la commission tripartite ayant jugé que l'implantation et le développement de la société n'était pas démontré de manière probante.

5. Suite à l'opposition de la société, du 3 mai 2005, l'OCE a confirmé sa décision en date du 23 août 2005. L'Office constate que la succursale n'est inscrite au registre du commerce que depuis le 16 décembre 2004, alors que l'allocation est sollicitée depuis le 13 octobre 2004 déjà ; en outre, elle sous-loue un local et n'a qu'une seule employée, Madame D_____.

6. Par acte du 21 septembre 2005, complété le 8 octobre 2005, la société recourt contre cette décision. Elle sollicite le versement de l'allocation à partir du 1er mars 2005, avec suite de dépens. Elle rappelle que grâce à son engagement, Madame D_____ n'émarge plus au chômage depuis le mois d'octobre 2004, et qu'une place de travail a été créée dans le canton. L'allocation doit en tout cas être versée depuis le mois de mars 2005, date à laquelle la succursale dispose d'un bail à loyer.

7. Dans sa réponse du 7 novembre 2005, l'OCE conclu au rejet du recours, aucun élément nouveau n'étant apparu. L'Office rappelle que la commission tripartite à la compétence de se prononcer sur le choix de l'entreprise.
8. Par ordonnance du 17 novembre 2005, le tribunal a appelé en cause Madame D_____, a ordonné la production par la société des fiches de paye de Madame D_____, ainsi que le préavis négatif de la commission tripartite par l'Office, et a ordonné l'audition de Madame D_____.
9. Lors de l'audience du 13 décembre 2005, Monsieur GOLAY, représentant le service des mesure cantonale, a expliqué que la Commission tripartite prévue par la loi genevoise en matière de chômage (ci-après LMC) pour donner un préavis en matière d'ARE est celle qui avait été constituée pour se prononcer sur les permis de travail, dont la légitimité a été confirmée par le SECO. Elle est constituée de représentants des partenaires sociaux, c'est-à-dire employeurs et associations professionnelles, les représentants de l'administration fiscale, des caisses de compensations AVS et de l'Office de la main d'œuvre étrangère; elle est présidée par le directeur Monsieur Philippe ECUER ou l'adjoint de celui-ci. Elle siège à environ 15 membres.

Madame D_____ a pour sa part exposé ce qui suit:

"Je produis copie de mes fiches de salaire comme demandé. J'explique qu'i n'y a pas de local à Satigny, il s'agissait d'une adresse postale pour le démarrage de la société. Les locaux se trouvent toujours à la rue du Stand 3 bis.

J'ai trouvé ce travail par l'entremise d'une connaissance qui m'a mise en contact avec M. P_____, je lui ai remis mon curriculum vitae et il a été d'accord de m'engager, dans un premier temps, pour m'occuper de l'implantation de la succursale dans le canton de Genève et de la question administrative par la suite. Du 13 octobre 2004 à fin février 2005 environ, je me suis occupée de l'implantation, en particulier de l'inscription au registre du commerce et de la recherche de locaux. Mon travail administratif a commencé à proprement parler le 28 avril 2005 à la fin de mon congé maternité, les locaux de la rue du Stand ayant été pris à bail depuis le 1^{er} mars 2005. De janvier à avril 2005, j'ai touché les indemnités maternité de la caisse de compensation.

Mon travail consiste d'une part à établir et envoyer des offres pour les appareils de climatisation et de ventilation qu'installe la société M_____ AG, d'autre part, à trouver de la clientèle en me rendant sur les chantiers en construction dans le canton, enfin en travail administratif comme saisie de documents (saisies informatiques des offres), établissement de ma feuille d'impôt etc., documents qui me sont envoyés par Internet de Zürich. Je m'occupe également des pages Internet de l'entreprise. M_____ compte environ 4 personnes à Zürich, son but est de s'implanter de la même façon dans le canton de Genève. A ce jour il n'y a pas eu de commande suite à nos offres dans le canton de Genève.

L'adresse de Satigny sur la fiche de salaire procède d'un oubli, elle aurait dû être supprimée au bénéfice de la rue du Stand.

C'est Monsieur P_____ qui m'apporte les documents de Zürich, il vient environ 2 fois par mois à Genève".

À l'issue de l'audience le Tribunal a ordonné l'audition en qualité de témoin du président de la commission tripartite, ainsi que l'audition de M. P_____.

10. Lors de son audition en date du 10 janvier 2006, Monsieur Philippe ANDEREGG, adjoint à l'Office de la main d'œuvre étrangère, a expliqué que la Commission tripartite existe depuis une cinquantaine d'années et est compétente principalement en matière de main d'œuvre étrangère. Elle est composée de 18 membres titulaires, 18 membres suppléants ainsi que d'experts en matière de santé, d'enseignement et d'économie générale, ces derniers étant convoqués en fonction du dossier soumis à la commission. Sont présents également des représentants de l'OCE. La commission se réunit toutes les semaines, toute l'année. Le gros de l'activité concerne toutefois la main d'œuvre étrangère, mais en moyenne trois dossiers ARE par semaine sont présentés en début de séance par le représentant concerné de l'OCE, qui quitte la séance une fois les dossiers ARE terminés.

Il a expliqué que le document en possession du Tribunal est le seul document qui est établi. Elaboré par l'OCE, il est remis le jour de la séance aux membres de la séance, prérempli par l'OCE et il est complété par la commission tripartite à titre de préavis. Sur ce document en fin de séance, la commission reporte ses remarques. Le dossier est discuté par les partenaires sociaux et le représentant de l'OCE concerné, les autres membres n'interviennent en principe pas (sauf le cas où l'administration fiscale par exemple aurait connaissance d'une difficulté liée à l'entreprise). Les cas de refus sont assez rares. Il a en outre déclaré :

« Vous me donnez lecture des art. 37 RMC et 34 LMC, soit en particulier des conditions qui doivent être examinées par la commission liées à l'entreprise pour que l'ARE puisse être accordée. J'explique que les membres concernés de la commission, examinent implicitement si ces conditions sont remplies et, en cas de doute, demandent un report d'une ou deux semaines en général, afin d'examiner si ces conditions sont remplies dans l'intervalle. Tel a été le cas en l'espèce puisqu'elle a été reportée à quinze jours. Vous me lisez le contenu du préavis, négatif, relatif à M_____, soit "implantation et développement n'est pas démontré de manière probante". Je suppose que les partenaires sociaux ont cherché à joindre l'entreprise et à obtenir des renseignements la concernant, en vain. Il pourrait arriver qu'il s'agisse d'une entreprise qui souhaite s'implanter dans le canton par le biais de l'ARE, ce qui donnerait lieu à un préavis négatif. Il faut que l'entreprise soit financièrement solide pour garantir le paiement du salaire et si possible la durée du contrat de travail ».

Entendu le même jour, Monsieur P_____ a notamment déclaré ce qui suit :

« Je suis le propriétaire de l'entreprise M_____. L'occupation principale de mon entreprise, qui existe depuis 1977 à Zürich, est le domaine de la récupération

de chaleur et de l'économie d'énergie dans les bâtiments. Nous vérifions les installations de refroidissement, de chauffage, de climatisation et nous faisons des offres pour les améliorer quand cela est possible ou nécessaire.

Avant de fonder M_____, j'ai travaillé dans une entreprise dont le siège était à Genève et c'est pour ça que j'ai toujours voulu un jour y créer une succursale. Le projet s'est concrétisé petit à petit dès l'été 2004, période où j'ai cherché concrètement comment m'implanter. Il n'y avait rien d'urgent, dans notre entreprise les délais entre les contacts avec la clientèle et la réalisation sont très longs, ils peuvent même atteindre une quinzaine d'années. J'avais besoin d'une personne parlant bien le français, qui puisse présenter notre entreprise aux clients du canton. Mme D_____ correspondait à ce profil, il lui fallait bien sûr une formation technique que je lui ai donnée. Sa formation est en cours. A cela s'ajoute que nous avons décidé de développer un service Internet, non seulement pour y présenter nos produits mais également pour y loger nos clients.

Le but est que Mme D_____ puisse, à terme, gérer de façon autonome la succursale, tant l'aspect Internet que l'aspect récupération de chaleur. Son engagement a donc été prévu pour le long terme.

S'agissant de l'entreprise M_____, j'explique que le chiffre d'affaires actuellement ascende à 1 ou 2'000'000 de fr. mais durant les années passées, il a atteint 10'000'000 de fr. Jusqu'en 1994, l'entreprise comptait 20 à 25 employés. Nous avons totalement revu la structure de l'entreprise et depuis lors, j'étais le seul salarié jusqu'à l'arrivée de Mme D_____, et les anciens employés travaillent maintenant pour l'entreprise sur mandat.

Sur question j'indique que l'OCE ne m'a pas demandé les bilans de l'entreprise. Je dirais que l'entreprise M_____ est saine financièrement.

J'explique que le canton de Genève avait promis cette allocation. Je paye le salaire de Mme D_____ sans difficulté. Le montant qu'elle touche aujourd'hui tient compte de ce que l'allocation devrait être versée, son salaire net est donc équivalent au salaire brut plus allocations sous déduction des cotisations. Il est clair que lorsque le droit à l'ARE aura pris fin, M_____ paiera l'entier du salaire.

Sur question, j'indique que je contrôle le travail de Mme D_____. Pour moi sa rédaction est suffisante. Mme D_____ fait des "bricoles" pour Zürich ».

11. Par pli du 11 janvier 2006, Monsieur Philippe ANDEREGG a transmis au Tribunal de céans les listes des commissaires présents lors des séances des 8 et 22 février 2005 de la commission tripartite, aujourd'hui dénommée commission tripartite pour l'économie. Il a précisé avoir lui-même présidé la première séance, M. ECUER ayant présidé la seconde. Il a rappelé que, vérification faite, l'examen des demandes d'ARE par la commission ne peut aboutir qu'à un préavis et non à une décision. Ainsi le préavis n'est pas destiné à servir de décision formelle, la commission tripartite n'étant pas compétente en la matière, seul le service d'insertion professionnelle ayant cette compétence.

12. Après transmission de cette écriture et de ses annexes aux parties, par pli du 12 janvier 2006, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ) a été modifiée et a institué, dès le 1^{er} août 2003, un Tribunal cantonal des assurances sociales, composé de 5 juges, dont un président et un vice-président, 5 suppléants et 16 juges assesseurs (art. 1 let. r et 56 T LOJ).

Suite à l'annulation de l'élection des 16 juges assesseurs, par le Tribunal fédéral le 27 janvier 2004 (ATF 130 I 106), le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février, une disposition transitoire urgente permettant au Tribunal cantonal des assurances sociales de siéger sans assesseurs à trois juges titulaires, ce, dans l'attente de l'élection de nouveaux juges assesseurs.

2. Conformément à l'art. 56 V al. 2 let. b LOJ, le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations relatives à la loi cantonale en matière de chômage, du 11 novembre 1983 (ci-après LC).

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

3. Interjeté dans les forme et délai prévus par la loi, le recours est recevable (art. 49 LC).
4. La question litigieuse est de savoir si Madame D_____ a droit à l'allocation de retour en emploi (ARE). La société considère que les conditions en sont réunies. L'OCE pour sa part constate que la commission tripartite a donné un préavis négatif, qui la lie. Elle explique qu'à son sens la commission a rendu un tel préavis au motif que la loi prévoit que la société doit être active dans le canton, et qu'une société qui s'implante dans le canton par le biais d'une succursale ne correspond pas à cette notion.
5. Aux termes de la LC et de son règlement (RC), les chômeurs ayant épuisé leur droit aux indemnités fédérales peuvent bénéficier d'une allocation de retour en emploi s'ils retrouvent un travail salarié auprès d'une entreprise active dans le canton de Genève. L'autorité compétente peut également proposer une telle mesure de sa propre initiative (art. 30 al.1 LC). Peuvent bénéficier d'une telle allocation, les chômeurs domiciliés dans le canton de Genève au moment de l'ouverture du droit. Les étrangers non visés par l'Accord sur la libre circulation des personnes ou la Convention AELE doivent justifier, en sus, d'un domicile préalable dans le canton de Genève pendant 2 ans au moins dans les 3 ans qui précèdent l'ouverture du droit et être titulaires d'un permis B, C ou F (art. 31 LC).

Pour bénéficier de la mesure, le chômeur doit présenter à l'autorité compétente, avant la prise d'emploi, un contrat de travail dont la durée est en principe de 12 mois au minimum (art. 32 al. 1 LC). Il doit, en outre :

- a) avoir épuisé son droit aux indemnités fédérales;
 - b) être âgé au moins de 25 ans révolus;
 - c) ne pas avoir bénéficié d'un stage professionnel de réinsertion, d'une allocation de retour en emploi ou d'un emploi temporaire au cours des 4 années précédant le dépôt de la demande sous réserve des cas visés à l'alinéa 3;
 - d) être apte au placement;
 - e) ne pas avoir subi, pendant le délai-cadre d'indemnisation fédérale, de suspension du droit à l'indemnité de plus de 31 jours pour les motifs suivants :
 - 1° avoir refusé un emploi convenable assigné par l'autorité compétente;
 - 2° ne pas avoir fait tout ce qui peut raisonnablement être exigé de lui pour trouver un travail convenable;
 - 3° avoir donné des indications fausses ou incomplètes ou avoir enfreint de quelque manière l'obligation de fournir des renseignements spontanément ou sur demande ou l'obligation d'aviser;
 - 4° avoir obtenu ou tenté d'obtenir indûment l'indemnité de chômage;
 - f) ne pas avoir fait l'objet d'une condamnation pénale ou administrative en raison d'une infraction réprimée aux articles 105, 106, 107 de la loi fédérale et 47 et 48 de la présente loi.
- (cf. art. 32 al. 2 LC).

Par ailleurs, l'art. 34, sous le titre "Choix de l'entreprise" prévoit ce qui suit:

¹ L'entreprise proposée par le chômeur doit offrir des conditions d'engagement conformes aux usages professionnels et locaux de la branche.

² Pour être agréée, l'entreprise ne doit pas :

- a) avoir procédé à un licenciement collectif au sens des articles 23 et suivants de la loi cantonale sur le service de l'emploi et la location de services, du 18 septembre 1992, au cours de l'année qui précède l'engagement du chômeur;
- b) avoir licencié sans motif un travailleur, dans le but d'engager un chômeur pouvant prétendre à l'allocation de retour en emploi;

c) être au bénéfice d'indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail au sens des articles 31 et suivants de la loi fédérale.

³ En outre, l'entreprise ou ses dirigeants ne doivent pas avoir fait l'objet d'une condamnation pénale ou administrative en raison d'une infraction réprimée aux articles 105, 106, 107 de la loi fédérale, 23 et 24 de la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers, du 26 mars 1931, et 47 et 48 de la présente loi".

L'art. 35 LC est relatif à la durée de la mesure, et prévoit que le chômeur peut prétendre à l'allocation de retour en emploi pendant une durée de 12 mois au maximum, comprise dans un délai de 2 ans. Ce délai s'ouvre au jour où la mesure est octroyée pour la première fois. La durée de la mesure est établie en fonction du nombre de mois de cotisation nécessaire au chômeur, au sens de l'article 13, alinéa 1, de la loi fédérale, pour prétendre à son terme à de nouvelles indemnités fédérales.

Quant au montant de l'allocation, il est réglé par l'art. 36 LC:

"¹ L'autorité compétente verse l'allocation de retour en emploi sous forme d'une participation au salaire.

² Le salaire déterminant pour le versement de l'allocation est plafonné au montant maximum du gain mensuel assuré dans l'assurance-accidents obligatoire.

³ L'allocation est versée par l'intermédiaire de l'employeur, lequel doit payer les cotisations usuelles aux assurances sociales sur l'intégralité du salaire et prélever la part du travailleur.

⁴ Le Conseil d'Etat détermine le montant de la participation au salaire. Celle-ci est fixée en fonction de l'âge du chômeur; en tout état de cause, elle ne pourra être inférieure à 20%, ni supérieure à 40% du salaire brut versé".

Enfin, s'agissant de la procédure, l'art. 37 indique ce qui suit:

"¹ L'autorité compétente sollicite le préavis des commissions dépendant du conseil de surveillance du marché de l'emploi institué par la loi sur le service de l'emploi et la location de services, du 18 septembre 1992.

² Ce préavis porte sur le choix de l'entreprise proposée par le chômeur et sur les conditions de l'engagement,

Cet article est complété et précisé par l'art. 37 RC, ainsi rédigé:

Art. 37 Préavis

"¹ Avant de statuer, le service d'insertion professionnelle sollicite le préavis de la commission tripartite du marché de l'emploi, qui examine si l'entreprise réunit les conditions prévues par l'article 34 de la loi cantonale.

² Sur la base du préavis, le service d'insertion professionnelle rend une décision

concernant l'octroi de l'allocation de retour en emploi. Cette décision est susceptible de recours."

6. En l'espèce, le Tribunal constate que la société, inscrite de longue date au registre du commerce de Zürich, saine financièrement, s'est implantée dans le canton de Genève par le biais de la création d'une succursale, inscrite au registre du commerce le 16 décembre 2004. Elle a engagé une secrétaire assistante de direction au mois d'octobre 2004, chargée dans un premier temps de s'occuper de l'implantation de la société, puis de faire des appels d'offres auprès des entreprises du canton pour les produits proposés par la société mère d'une part, d'autre part de s'occuper du site Internet, destiné également à loger les clients de la société. Le contrat de travail a été conclu pour une durée indéterminée, et le salaire est payé sans difficulté par la société mère.

S'agissant des conditions légales à l'obtention d'une ARE, le Tribunal constate qu'elles sont parfaitement remplies. En particulier il n'a pas été prétendu, par la commission tripartite ou par l'OCE, que les conditions de l'article 34 LMC ne seraient pas respectées par l'entreprise. Quant à l'activité déployée par la société dans le canton, force est de constater que cette condition est également remplie, depuis le mois d'avril 2005, les premiers mois ayant servi à l'installation de la succursale (de mi-octobre à fin décembre 2004) puis Madame D _____ ayant été en congé maternité.

À ce propos, l'exigence d'une inscription au registre du commerce et d'un local dans lequel l'activité est déployée permet de garantir que l'ARE n'est pas sollicitée de façon fictive. Il n'y a en revanche pas de raison d'interpréter la notion « d'activité dans le canton » comme le fait l'intimé et, implicitement, la commission tripartite dont le rôle doit se limiter à celui prévu par la loi, à savoir donner un préavis après vérification de ce que les conditions de l'article 34 LMC sont remplies. En matière de mesures cantonales, le Tribunal de céans a déjà eu l'occasion de rappeler que le texte clair d'une loi n'est pas sujet à interprétation et que l'autorité cantonale ne saurait ajouter des conditions à l'octroi de prestations que la loi ne prévoit (cf. ATAS 475/2004). Il faut également garder à l'esprit le but visé par cette mesure, instaurée en 1997 et "destinée aux chômeurs en fin de droit (...). Ces prestations ont pour objectifs d'encourager les chômeurs à retrouver un emploi par eux-mêmes et parallèlement d'inciter les entreprises à engager des chômeurs en fin de droit moyennant une contribution financière versée par l'Etat" (cf. Mémorial du Grand Conseil, 1997 IV p. 4069).

Le cas d'espèce est parfaitement dans la cible du législateur. Certes la demande eut elle dû précéder la prise d'emploi. Cependant dans le cas présent, compte tenu du fait que Madame D _____ a été engagée dans un premier temps pour l'implantation de la société, il était vain pour elle de déposer la demande d'ARE avant que l'implantation ne soit opérée. Par ailleurs, l'activité concrète de la société

datant d'avril 2005, l'ARE sera due dès cette date, et donc bien postérieurement à la prise d'emploi.

L'ARE sera due pour une durée de 12 mois conformément à la loi, et selon un pourcentage du salaire qu'il incombera à l'OCE de fixer.

7. En conclusion, le recours sera admis, les décisions annulées et la cause renvoyée à la caisse pour calcul de l'ARE.

**PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES**

Statuant

(conformément à la disposition transitoire de l'art. 162 LOJ)

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet, et annule les décisions des 22 mars et 23 août 2005.
3. Renvoie le dossier à la caisse pour fixation du montant de l'ARE, au sens des considérants.
4. Dit que la procédure est gratuite.

Le greffier

La Présidente :

Pierre RIES

Isabelle DUBOIS

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