RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

**A/1064/2022** **ATAS/734/2022**

# COUR DE JUSTICE

## Chambre des assurances sociales

# Arrêt du 24 août 2022

**4ème Chambre**

En la cause

Monsieur A_____, domicilié à GENÈVE, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître Stéphanie FULD — recourant

contre

OFFICE DE L'ASSURANCE-INVALIDITÉ DU CANTON DE GENÈVE, sis rue des Gares 12, GENÈVE — intimé

**Siégeant : Catherine TAPPONNIER, Présidente; Antonio Massimo DI TULLIO et Larissa ROBINSON-MOSER, Juges assesseur·e·s**

## EN FAIT

**A.** **a.** Monsieur A_____ (ci-après : l'assuré ou le recourant), né en 1963, s'est inscrit auprès de l'office cantonal de l'emploi (ci-après : l'OCE ou l'intimé) le 25 avril 2019 pour le 24 avril 2021 à la recherche d'un emploi à 100%. Il avait été employé dès 2012 en tant que « C_____ » à Genève.

**b.** Sa conseillère en personnel lui a accordé plusieurs mesures d'allègement de contrôle dès le 8 mai 2021, pour se rendre à l'étranger à différents événements en lien avec sa profession, où il pouvait rencontrer de bons contacts actifs dans le domaine des médias.

**c.** L'assuré a restitué à sa conseillère de manière régulière et en temps utile ses preuves de recherches personnelles d'emploi.

**d.** Il a tenu sa conseillère au courant de ses démarches, qui avaient pour but de futurs projets et des possibilités de travail de consultant ou en fixe et d'entretenir son réseau.

**e.** Le 12 septembre 2019, il s'est inscrit au registre du commerce du canton de Genève en tant qu'administrateur-président de B_____, qui a pour but d'exploiter une plateforme en ligne dans le domaine du journalisme, organiser et réaliser des événements en Suisse et à l'étranger et d'exercer des activités dans le domaine du journalisme en général.

**f.** L'assuré a informé sa conseillère le 9 octobre 2019 qu'il n'avait pas de piste de travail en tant que salarié et qu'il projetait de créer une entreprise, en parallèle à sa recherche d'emploi.

**g.** Dans un courriel du 5 décembre 2019, l'assuré a informé sa conseillère qu'il était invité à tester sa technologie aux European Films Awards à Berlin, le samedi, précisant que les tests étaient gratuits, mais que le vol et l'hôtel lui étaient payés. Le meeting à Beijing s'était bien passé. Il voulait aussi faire des tests en décembre 2019.

**h.** Le 12 septembre 2019, il s'est inscrit au registre du commerce du canton de Genève en tant qu'administrateur-président de B_____, qui a pour but d'exploiter une plateforme en ligne dans le domaine du journalisme, organiser et réaliser des événements en Suisse et à l'étranger et d'exercer des activités dans le domaine du journalisme en général.

**i.** Le 12 février 2021, l'assuré a indiqué à sa conseillère avoir toujours beaucoup de contacts pour sa recherche de travail en tant que salarié et pour développer son projet de diffusions sportives en utilisant les smartphones.

**j.** Le 19 novembre 2021, la caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après : la caisse) a soumis le cas de l'assuré à l'examen, demandant une détermination sur son aptitude au placement et son droit à l'indemnisation, au motif que celui-ci s'était inscrit au registre du commerce en tant qu'administrateur-président de

B_____ et que son activité indépendante n'avait jamais été déclarée à l'assurance-chômage.

**k.** Le 30 novembre 2021, le recourant a informé le service juridique de l'OCE qu'il était à la recherche d'un emploi salarié à plein temps. Il cherchait dans le domaine du management senior TV et media pour des événements spéciaux de news, sports, hybrides et des productions à distance. Il était disponible tous les jours de la semaine entre 8h et 19h et sans délai. Il était co-fondateur de B_____ et directeur de la société. L'idée de cette société lui était venue en raison de sa longue expérience dans le domaine de la télévision, dans le cadre de son travail à C_____.

Il n'était pas affilié à l'OCAS en tant que personne de condition indépendante. Sa société n'avait pas d'employé salarié par manque de moyens financiers et d'activité, étant toujours en développement et d'essai. Le but à long terme était de créer plusieurs emplois à Genève et en Suisse, mais la Covid-19 avait retardé le développement de sa société. Il travaillait pour celle-ci sur son temps libre, soit le weekend et pendant ses jours de congé et ne percevait pas de salaire pour cette activité. Il avait engagé environ CHF 280'000.- de fonds propres pour aider la création de la société, notamment pour payer les frais de développement informatique, sans toucher à son deuxième pilier. Il n'avait pas conclu de contrat de bail pour locaux commerciaux et travaillait chez lui. Il avait en revanche conclu des contrats d'abonnement (téléphone, services industriels, etc.) pour son activité, ce qui était nécessaire pour faire des tests pendant le développement. Il n'avait pas non plus conclu de contrat d'assurance professionnelle (AVS, RC entreprise, LPP, perte de gain, accidents, etc.), n'ayant pas de salariés jusqu'à présent. Il espérait qu'un jour la société pourrait lui fournir un salaire avec des gains financiers suffisants pour embaucher une équipe à Genève. S'il trouvait un emploi, évidemment il le prendrait, indépendamment de sa société. Comme il travaillait pour celle-ci sur son temps libre, il n'aurait pas à renoncer à son activité si l'ORP lui assignait un emploi. Ses nombreux déplacements professionnels à l'étranger qui avaient fait l'objet d'allègements de contrôle avaient pour but de rester pertinent et à jour sur la technologie et en contact avec des professionnels de l'industrie des médias. Il avait investi ainsi dans son avenir en payant lui-même ses frais de voyage et d'hébergement.

**l.** Par décision du 15 décembre 2021, le service juridique de l'OCE a déclaré l'assuré inapte au placement depuis le 25 avril 2019.

**m.** Le 26 novembre 2021, l'assuré a formé opposition à la décision précitée.

**n.** La conseillère en personnel de l'assuré a informé le service juridique que dès que l'assuré lui avait fait part de son projet de création d'entreprise, elle l'avait informé, le 9 octobre 2019, du cadre juridique de l'assurance-chômage et du fait que parallèlement à l'élaboration de son projet d'entreprise, il devait poursuivre sa recherche d'emplois et que dès qu'il aurait un premier contrat/client, il sortirait de

l'assurance-chômage. Elle avait insisté sur le fait que la loi n'avait pas prévu de période de transition pour le début d'activité.

En automne, lorsque l'assuré semblait confiant pour signer son premier contrat, elle lui avait rappelé qu'à la conclusion de celui-ci, son dossier serait fermé.

**o.** Le 21 février 2022, l'assuré, assisté d'un conseil, a informé le service juridique de l'OCE qu'il n'avait pas eu de client dans le cadre de son activité indépendante et qu'il avait seulement réalisé des tests de la technologie de sa société auprès de certains prospects. Cela avait généré des coûts pour la société, qui les avait refacturés au prospect, ce qui avait donné lieu à plusieurs factures qu'il joignait à son courrier. Afin de saisir la nature de ces factures, il était nécessaire de définir le contexte dans lequel elles avaient été établies. La société proposait une nouvelle technologie de diffusion en direct. Avant de conclure éventuellement un contrat de diffusion avec lesdits prospects, ces derniers avaient souhaité expérimenter/essayer cette nouvelle technologie afin de vérifier son applicabilité pratique. Lors de cette phase de test, la société avait reçu des commentaires et suggestions d'ajustement de ces prospects, afin d'améliorer sa prestation technique. Les retours des différents prospects avaient révélé que la technologie proposée par la société nécessitait des développements et des fonctionnalités supplémentaires avant que tout contrat soit envisageable.

Les tests avaient engendré des frais, qui avaient été répercutés dans quatre factures en 2020 (à l'attention d'Actua), des 7 et 21 octobre ainsi que 22 novembre et 21 décembre et quatre factures en 2021, des 23 et 25 juin, 7 juillet et 22 novembre.

**p.** Par décision sur opposition du 2 mars 2022, l'OCE a considéré qu'il était établi que l'assuré avait investi notamment CHF 280'000.- afin de démarrer son activité indépendante auprès de B_____ et qu'il était également avéré qu'il avait régulièrement informé sa conseillère en personnel sur son projet d'activité indépendante et que cette dernière lui avait clairement expliqué, notamment lors de l'entretien de conseil du 9 octobre 2019, que son dossier de l'assurance-chômage serait annulé dès qu'il aurait son premier client. Il était manifeste qu'une première facture avait été émise par B_____ le 7 octobre 2020 et qu'ainsi, conformément aux informations données par sa conseillère, l'assuré devait être déclaré inapte dès cette date. C'était donc à tort que le service juridique de l'OCE l'avait déclaré inapte au placement du 25 avril 2019 au 6 octobre 2020, de sorte que l'opposition du 31 janvier 2022 était partiellement admise et la décision du 15 décembre 2021 annulée, en ce sens que l'assuré était déclaré apte au placement à raison d'une disponibilité à l'emploi de 100% depuis le premier jour contrôlé, soit du 25 avril 2019 au 6 octobre 2020, et inapte au placement dès le 7 octobre 2020.

**B.** **a.** L'assuré a formé recours contre la décision précitée auprès de la chambre des assurances sociales de la Cour de justice le 4 avril 2022, concluant à l'annulation

de la décision sur opposition du 2 mars 2022 et à la condamnation de l'OCE à lui verser les indemnités jusqu'au 24 janvier 2022, avec suite de frais et dépens. Subsidiairement, il concluait à l'annulation de la décision sur opposition et au renvoi à l'OCE pour calculer la réduction de la perte de travail proportionnellement à son activité indépendante dès le 7 octobre 2020.

**b.** L'intimé a conclu au rejet du recours.

**c.** Le recourant a été entendu par la chambre de céans le 29 juin 2022.

## EN DROIT

**1.** Conformément à l'art. 134 al. 1 let. a ch. 2 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. 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-invalidité du 19 juin 1959 (LAI - RS 831.20).

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

**2.** Interjeté en temps utile, le recours est recevable (art. 60 LPGA).

**3.** Le litige porte uniquement sur l'aptitude au placement du recourant à compter du 7 octobre 2020, seul objet de la décision querellée. La conclusion du recourant visant à la condamnation de l'OCE à lui verser les indemnités jusqu'au 24 janvier 2022 est irrecevable (art. 52 al. 1 LPGA).

**4.**

**4.1** À teneur de l'art. 8 al. 1 let. f LACI, l'assuré a droit à l'indemnité de chômage s'il est apte au placement.

Est réputé apte à être placé le chômeur qui est disposé à accepter un travail convenable et à participer à des mesures d'intégration et qui est en mesure et en droit de le faire (art. 15 al. 1 LACI).

L'aptitude au placement comprend ainsi deux éléments : la capacité de travail d'une part, c'est-à-dire la faculté de fournir un travail - plus précisément d'exercer une activité lucrative salariée - sans que l'assuré en soit empêché pour des causes inhérentes à sa personne, et d'autre part la disposition à accepter un travail convenable au sens de l'art. 16 LACI, ce qui implique non seulement la volonté de prendre un tel travail s'il se présente, mais aussi une disponibilité suffisante quant au temps que l'assuré peut consacrer à un emploi et quant au nombre des employeurs potentiels (arrêt du Tribunal fédéral 8C_443/2014 du 16 juin 2015 consid. 3.1 et les références).

Est notamment réputé inapte au placement l'assuré qui n'a pas l'intention ou qui n'est pas à même d'exercer une activité salariée, parce qu'il a entrepris - ou

envisage d'entreprendre - une activité lucrative indépendante, cela pour autant qu'il ne puisse plus être placé comme salarié ou qu'il ne désire pas ou ne puisse pas offrir à un employeur toute la disponibilité normalement exigible. L'aptitude au placement doit par ailleurs être admise avec beaucoup de retenue lorsque, en raison de l'existence d'autres obligations ou de circonstances personnelles particulières, un assuré désire seulement exercer une activité lucrative à des heures déterminées de la journée ou de la semaine. Un chômeur doit être en effet considéré comme inapte au placement lorsqu'une trop grande limitation dans le choix des postes de travail rend très incertaine la possibilité de trouver un emploi. Peu importe, à cet égard, le motif pour lequel le choix des emplois potentiels est limité (ATF 120 V 385 consid. 3a ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_65/2020 du 24 juin 2020 consid. 5.3).

Un assuré qui exerce une activité indépendante n'est pas d'entrée de cause, inapte au placement. Il faut bien plutôt examiner si l'exercice effectif d'une activité lucrative indépendante est d'une ampleur telle qu'elle exclut d'emblée toute activité salariée parallèle. Pour juger du degré d'engagement dans l'activité indépendante, les investissements consentis, les dispositions prises et les obligations personnelles et juridiques des indépendants qui revendiquent des prestations sont déterminants et doivent ainsi être examinés soigneusement. L'aptitude au placement doit donc être niée lorsque les dispositions que doit prendre l'assuré pour mettre sur pied son activité indépendante entraînent des obligations personnelles et juridiques telles qu'elles excluent d'emblée toute activité salariée parallèle. Autrement dit, seules des activités indépendantes dont l'exercice n'exige ni investissement particulier, ni structure administrative lourde, ni dépenses importantes peuvent être prises en considération à titre de gain intermédiaire. On examinera en particulier les frais de matériel, de location de locaux, de création d'une entreprise, l'inscription au registre du commerce, la durée des contrats conclus, l'engagement de personnel impliquant des frais fixes, la publicité faite etc. (arrêt du Tribunal fédéral 8C_342/2010 du 13 avril 2011 consid. 3.2 et 3.3).

On précisera également que l'assurance-chômage n'a pas pour but de couvrir les risques inhérents aux risques d'exploitation tels qu'ils se présentent pour l'assuré qui souhaite développer une activité indépendante durable (arrêt du Tribunal fédéral 8C_49/2009 du 21 novembre 2008, publié in DTA 2009, p. 336).

Selon le Bulletin LACI du Secrétariat d'État à l'économie du Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche (ci-après : SECO), valable dès le 1er juillet 2021, seules des activités indépendantes à caractère transitoire, temporaires et ne nécessitant que peu d'investissement entrent en ligne de compte comme gain intermédiaire. L'assuré qui exerce une telle activité doit poursuivre intensivement ses recherches en vue de trouver une activité salariée. L'activité indépendante doit avoir été prise en réaction au chômage et dans le seul but de diminuer le dommage. S'il souhaitait depuis longtemps entreprendre une activité

indépendante et qu'il profite de son chômage pour se lancer par le biais du gain intermédiaire, l'aptitude au placement doit lui être niée. L'assuré doit pouvoir abandonner l'activité indépendante exercée en gain intermédiaire dans les meilleurs délais pour prendre une activité salariée (Bulletin LACI ch. B235).

On déterminera si l'assuré s'est lancé dans une activité indépendante de façon durable ou simplement pour remplir son devoir de diminuer le dommage à l'aide des critères suivants :

- étendue des dispositions et des engagements de l'assuré (création d'entreprise, location de locaux à long terme, contrats d'engagement de personnel, investissements, etc.) ;
- importance des dépenses déduites du revenu brut ;
- déclarations, intentions et comportement de l'assuré ;
- intensité de l'activité indépendante ;
- recherches effectuées en vue de trouver une activité salariée.

Si, après avoir examiné ces critères, la caisse a des doutes quant à l'aptitude au placement de l'assuré, elle transmet le dossier à l'autorité compétente pour décision (Bulletin LACI ch. B236).

Les dispositions et engagements que l'assuré a pris pour exercer son activité indépendante ne doivent pas être trop importants et doivent être facilement résiliables. Ils ne doivent pas empêcher l'assuré de prendre une activité salariée dans les meilleurs délais. Un assuré peut aussi, au nom de son obligation de diminuer le dommage, prospecter les possibilités de travailler comme indépendant (en gain intermédiaire). Mais si ces recherches l'accaparent démesurément au détriment de la recherche d'une activité salariée, l'aptitude au placement lui sera niée (arrêt du Tribunal fédéral 8C_49/2009 du 5 juin 2009 ; Bulletin LACI ch. B237).

**4.2** 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. Parmi tous les éléments de fait allégués ou envisageables, le juge doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables (ATF 130 III 321 consid. 3.2 et 3.3 ; ATF 126 V 353 consid. 5b ; ATF 125 V 193 consid. 2 et les références). Aussi n'existe-t-il pas, en droit des assurances sociales, un principe selon lequel l'administration ou le juge devrait statuer, dans le doute, en faveur de l'assuré (ATF 126 V 319 consid. 5a).

**5.** En l’espèce, l’intimé a considéré dans sa décision sur opposition qu’il était manifeste qu’une première facture avait été émise par B_____ le 7 octobre 2020 et qu’ainsi, conformément aux informations données par sa conseillère en

personnel, le recourant devait être déclaré inapte dès cette date. L'intimé a ainsi admis que jusque-là, l'activité du recourant pour sa société ne le rendait pas inapte au placement, quand bien même il avait investi le montant conséquent de CHF 280'000.-.

Le recourant a expliqué que les factures en cause concernaient le paiement de frais liés à des tests de fonctionnement de la technologie de sa société auprès d'éventuels futurs clients, lesquels n'avaient toutefois pas abouti à des contrats.

Le fait qu'il a facturé des frais pour la société ne permettait donc pas à l'intimé de retenir que celle-ci dégageait des revenus ni de considérer que dorénavant le recourant n'était plus apte au placement.

**6.** En conséquence, le recours doit être partiellement admis et la décision sur opposition doit être réformée dans le sens que le recourant doit être déclaré apte au placement dès le 25 avril 2019 et au-delà du 6 octobre 2020.

Le recourant obtenant partiellement gain de cause et étant assisté d'un conseil, il a droit à des dépens qui seront fixés à CHF 2'000.- et mis à la charge de l'intimé (art. 61 let. g LPGA).

La procédure est gratuite (art. 61 let. fbis a contrario LPGA).

**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 sur opposition du 2 mars 2022 dans le sens que le recourant doit être déclaré apte au placement dès le 25 avril 2019 et au-delà du 6 octobre 2020.
4. Alloue au recourant, à la charge de l'intimé, CHF 2'000.- à titre de dépens.
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 ainsi qu'à l'Office fédéral des assurances sociales par le greffe le