RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1684/2022 **ATAS/86/2023**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 10 février 2023

9ème Chambre

En la cause

Monsieur A_____, domicilié à THÔNEX recourant

contre

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

Siégeant : Eleanor McGREGOR, Présidente; Andres PEREZ, Michael RUDERMANN, Juges assesseurs

EN FAIT

A. **a.** Monsieur A_____ (ci-après: l'assuré), né le _____ 1984, a travaillé à plein temps en qualité de vendeur auprès de l'entreprise B_____ SA du 1er octobre 2009 au 30 septembre 2016. Son licenciement, intervenu pour motif économique, lui a été notifié par courrier du 22 juillet 2016.

b. Le 18 août 2016, il s'est inscrit auprès de l'office cantonal de l'emploi (ci-après : OCE) et un délai-cadre lui a été ouvert pour la période comprise entre le 1er octobre 2016 et le 30 septembre 2018.

c. L'OCE a assigné l'assuré à un stage de formation de vendeur alimentaire au sein du magasin C_____ de Lancy qu'il a suivi du 1er septembre 2017 au 28 février 2018 à plein temps.

d. L'assuré a été indemnisé par UNIA CAISSE DE CHÔMAGE (ci-après : la caisse de chômage) jusqu'au mois d'avril 2018.

e. Les recherches d'emploi effectuées par l'assuré pour toute la période litigieuse figurent au dossier.

f. Le 1er septembre 2018, l'assuré et son épouse ont conclu avec Monsieur D_____, administrateur de la société E_____ SA, un contrat de gérance libre du commerce de tabac et alimentation F_____ sis rue de G_____ 51, à Genève.

g. Le 14 juin 2019, l'entreprise individuelle H_____, ayant pour but l'exploitation d'une épicerie-tabac avec siège sis rue de G_____ 51, à Genève, a été inscrite au registre du commerce (ci-après : RC). Cette inscription a été radiée le 25 janvier 2022 par suite de cessation d'exploitation.

B. **a.** Le 15 décembre 2021, suite à une demande de régularisation du versement d'allocations familiales de la part de l'assuré, la caisse de chômage a constaté que l'office cantonal des assurances sociales (ci-après : OCAS) avait versé à l'assuré des allocations familiales pour les mois de janvier à avril 2018 alors même que ce dernier était inscrit au chômage durant cette période. Il ressortait en effet du registre des allocations familiales que la prise en charge avait été admise pour cause d'activité indépendante de l'assuré. La caisse de chômage invitait ainsi l'OCAS à lui transmettre les éléments prouvant la condition d'indépendant de l'assuré.

b. Le 17 décembre 2021, l'OCAS a confirmé à la caisse de chômage que l'assuré était affilié en qualité d'indépendant depuis le 1er janvier 2018.

c. Le 27 décembre 2021, la caisse de chômage a soumis à l'OCE le dossier de l'assuré pour examen afin de déterminer si ce dernier était apte au placement dès son enregistrement en qualité d'indépendant auprès de l'OCAS, à savoir dès le 1er janvier 2018. Dans l'affirmative, il convenait de déterminer à quel taux cette aptitude au placement devait être retenue. La caisse de chômage relevait, en

particulier, qu'après vérification du registre du commerce, il ressortait que l'assuré était relativement actif, mais que les dates ne chevauchaient pas de période d'indemnisation.

d. En date du 11 janvier 2022, l'OCE a demandé à l'assuré de le renseigner sur son activité d'indépendant au sein de l'entreprise individuelle H_____ du 1er janvier 2018 au 31 août 2018. Ce dernier était prié d'indiquer à quel moment il avait commencé son projet d'activité indépendante, ses fonctions au sein de l'entreprise, le temps consacré à cette activité durant cette période, les revenus tirés de cette activité en 2018, s'il était en mesure et disposé à chercher un emploi salarié malgré son activité au sein de cette société et s'il avait effectué des recherches d'emploi durant cette période.

e. Le 23 janvier 2022, la fiduciaire I_____ a, pour le compte de l'assuré, répondu à l'OCE que ce dernier n'avait pas le statut d'indépendant avant l'inscription au registre du commerce de l'entreprise individuelle H_____ en date du 14 juin 2019. L'assuré n'avait, par ailleurs, aucunement effectué les démarches de demande d'affiliation en qualité d'indépendant auprès de l'OCAS (à savoir la soumission d'un formulaire et de ses annexes) pour une activité d'indépendant dès le 1er janvier 2018.

f. Par courriel du 7 mars 2022, l'OCAS a confirmé à l'OCE que l'assuré avait été affilié dans l'exploitation d'une épicerie-tabac entre le 1er janvier 2018 et le 31 décembre 2021.

C. **a.** Par décision du 16 mars 2022, le service juridique de l'OCE a déclaré l'assuré inapte au placement dès le 1er août 2018 (recte : le 1er janvier 2018). Il ressortait des pièces du dossier qu'il avait été inscrit comme indépendant auprès de l'OCAS dès le 1er janvier 2018 et qu'il avait été inscrit au registre du commerce en qualité de titulaire, avec signature individuelle, de l'entreprise individuelle H_____ depuis le 14 septembre 2019 (recte : le 14 juin 2019).L'assuré a formé opposition à cette décision le 9 avril 2022. Il a contesté être inapte au placement au motif qu'il n'avait jamais demandé à être affilié auprès de l'OCAS en qualité d'indépendant depuis le 1er janvier 2018. Au contraire, il avait été en recherche d'emploi sans exercer d'autre activité jusqu'au 14 septembre 2019 (recte : le 14 juin 2019). Il demandait à l'OCAS d'apporter la preuve de sa demande d'affiliation en qualité d'indépendant dès le 1er janvier 2018.

c. Par courriel du 26 avril 2022, le service juridique de l'OCE a indiqué qu'il incombait à l'assuré, et non pas à cet office, d'apporter la preuve des faits allégués, lui accordant un délai au 10 mai 2022 pour compléter son opposition.

d. L'assuré ne s'est pas déterminé dans le délai imparti.

e. Par décision sur opposition du 16 mai 2022, l'OCE a rejeté l'opposition formée par l'assuré contre la décision du service juridique de l'OCE du 16 mars 2022 déclarant l'assuré inapte au placement dès le 1er août 2018 (recte : le 1er janvier 2018). En substance, les motifs invoqués par l'assuré à l'appui de son opposition

n'apportaient aucun élément nouveau permettant de revoir la décision litigieuse. Ses déclarations étaient contraires aux informations récoltées auprès de l'OCAS et à celles figurant au registre du commerce. L'assuré n'avait pas apporté la preuve des faits allégués, soit qu'il n'avait jamais été affilié en tant qu'indépendant auprès de l'OCAS, ni inscrit au registre du commerce en qualité de titulaire avec signature individuelle de l'entreprise individuelle H_____ avant le 14 septembre 2019 (recte : le 14 juin 2019). C'était donc à juste titre que l'assuré avait été déclaré inapte au placement depuis le 1er janvier 2018.

D. **a.** Par acte du 25 mai 2022, l'assuré a recouru par-devant la chambre des assurances sociales de la Cour de justice contre cette décision. Il a contesté son inaptitude au placement dès le 1er janvier 2018 au motif qu'il effectuait un stage de formation assigné par l'OCE au sein de la société C_____ du 1er septembre 2017 au 28 février 2018, qu'il avait poursuivi ses recherches d'emploi jusqu'au 1er septembre 2018 et que ce n'était qu'à partir de cette date qu'il avait signé un contrat de gérance libre avec M. D_____, administrateur de la société E_____ SA. Ce n'était donc qu'à partir du 1er septembre 2018 qu'il avait commencé une activité indépendante. Le courrier du service des prestations complémentaires du 10 octobre 2018, produit à l'appui du recours, indiquait en outre la date du 1er septembre 2018 comme date de commencement de son activité d'indépendant. L'inscription de la date du 1er janvier 2018 constituait une erreur de la part de l'OCAS mais il ne savait comment le prouver.

b. Par réponse du 17 juin 2022, l'intimé a conclu au rejet du recours, le recourant n'apportant aucun élément nouveau susceptible de revoir la décision litigieuse.

c. Par réplique du 25 juillet 2022, le recourant a indiqué que le courriel de l'OCAS du 7 mars 2022, produit par l'intimé, ne constituait pas une preuve suffisante de son affiliation en tant qu'indépendant dès le 1er janvier 2018. Il était nécessaire que l'intimé produise "une copie du document de l'OCAS qui indique [s]on inscription en tant qu'indépendant à la date du 1er janvier 2018" signé de sa main.

d. Par duplique du 23 août 2022, l'intimé a persisté intégralement dans les termes de sa décision sur opposition du 16 mai 2022. Il a produit deux pièces complémentaires transmises par l'OCAS le 4 août 2022 concernant l'affiliation du recourant à l'OCAS, à savoir la décision d'affiliation du 20 mai 2020 adressée au recourant par laquelle l'OCAS indique avoir procédé à son affiliation au 1er janvier 2018 comme personne de condition indépendante, ainsi que l'attestation d'affiliation du 4 août 2022 adressée au recourant indiquant que ce dernier a été affilié dans l'exploitation d'une épicerie-tabac auprès de la caisse de compensation entre le 1er janvier 2018 et le 31 décembre 2021 en qualité d'assuré de condition indépendante.

e. Invité à se déterminer sur la duplique du 23 août 2022, le recourant n'a pas formulé d'observations complémentaires dans le délai imparti.

EN DROIT

1.

1.1 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), 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).

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

1.2 Interjeté dans la forme et le délai de trente jours prévus par la loi, le recours est recevable (art. 56 ss LPGA, art. 62 ss et 89B de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 ; LPA - E 5 10).

2. Le litige porte sur l'aptitude au placement du recourant du 1er janvier au 31 août 2018.

3.

3.1 L'assuré a droit aux indemnités de chômage s'il remplit un certain nombre de conditions cumulatives, dont en particulier celle d'être apte au placement (art. 8 al. 1 let. f LACI).

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 (ATF 125 V 51 consid. 6a et les références ; ATF 123 V 214 consid. 3).

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 et les références ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_65/2020 du 24 juin 2020 consid. 5.3 et les références).

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_41/2012 du 31 janvier 2013 consid. 2.2 et 2.3 et les références).

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 consid. 4.3; Bulletin LACI établi par le Secrétariat d'État à l'économie, valable dès le 1er janvier 2023, ch. B237).

3.2 En ce qui concerne la preuve, 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 353 consid. 5b ; ATF 125 V 193 consid. 2 et les références ; cf. ATF 130 III 321 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 135 V 39 consid. 6.1 et la référence).

3.3 En l'espèce, il convient de déterminer si le recourant était apte au placement du 1er janvier au 31 août 2018, date de sa sortie du chômage.

La chambre de céans constate tout d'abord que le recourant a exercé une activité salariée de vendeur avant son inscription au chômage, son dernier contrat de travail ayant duré du 1er octobre 2009 au 30 septembre 2016. Ce contrat de travail a été résilié par l'employeur pour motif économique.

S'agissant des mois de janvier et février 2018, il est établi et non contesté que l'intéressé a participé, à plein temps, à une mesure de formation assignée par l'intimé, soit un stage de formation de vendeur alimentaire auprès de la société C_____, de sorte que son aptitude au placement ne saurait être écartée pour cette période.

Il reste à examiner si le recourant était apte au placement du 1er mars au 31 août 2018.

L'intimé se fonde sur les pièces remises par l'OCAS, à savoir la décision d'affiliation du 20 mai 2020 et l'attestation d'affiliation du 4 août 2022, pour retenir que le recourant était affilié auprès de l'OCAS en qualité d'indépendant depuis le 1er janvier 2018.

Le recourant conteste avoir demandé son affiliation en qualité d'indépendant auprès de l'OCAS dès le 1er janvier 2018.

La question de savoir si le recourant a été affilié, à juste titre, en tant qu'indépendant dès le 1er janvier 2018 peut rester ouverte, dès lors que, conformément à la jurisprudence applicable, un assuré qui exerce une activité indépendante n'est pas d'entrée de cause inapte au placement. Ainsi, même si l'exercice d'une activité indépendante pouvait être inférée des attestations de l'OCAS produites par l'intimé, ce fait ne constituerait pas un élément suffisant permettant de conclure que le recourant n'avait pas la volonté d'accepter un travail salarié ou qu'il ne présentait pas une disponibilité suffisante quant au temps qu'il pouvait consacrer à un emploi salarié.

En l'occurrence, l'intimé n'apporte aucun élément permettant de retenir que le recourant n'avait pas l'intention ou qu'il n'était pas à même d'exercer une activité salariée. La participation du recourant à un stage de formation de vendeur alimentaire durant les mois de janvier et février 2018 tend d'ailleurs à démontrer le contraire. Il ne ressort pas non plus du dossier que le recourant souhaitait seulement exercer une activité lucrative à des heures déterminées de la journée ou de la semaine ou que ce dernier aurait limité ses choix de postes de travail. Au contraire, force est de constater, au vu des recherches d'emploi dûment effectuées, que le recourant était disposé à accepter un travail salarié sans limitation

particulière. À teneur des pièces, il n'a pas non plus manqué à un entretien d'embauche, ni refusé de donner suite à une assignation. Enfin, contrairement à ce qu'avance l'intimé, le fait que le recourant se soit inscrit au registre du commerce en date du 14 juin 2019 n'est pas pertinent dès lors que cette inscription est intervenue plus d'une année après la période de chômage concernée.

Eu égard à tout ce qui précède, la chambre de céans considère comme établi, au degré de la vraisemblance prépondérante requis, que le recourant était également apte au placement du 1er mars au 31 août 2018.

Par conséquent, il y a lieu de constater l'aptitude au placement du recourant du 1er janvier au 31 août 2018.

Bien fondé, le recours sera admis et la décision du 16 mai 2022 annulée en tant qu'elle déclare le recourant inapte au placement.

4. Le recourant, qui n'est pas représenté, ne se verra pas octroyer de dépens (art. 61 let. g a contrario LPGA).

Pour le surplus, 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.
3. Annule la décision sur opposition du 16 mai 2022.
4. Dit que le recourant était apte au placement du 1er janvier 2018 au 31 août 2018.
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
Sylvie CARDINAUX	Eleanor McGREGOR

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'au Secrétariat d'État à l'économie par le greffe le