RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2638/2005 **ATAS/1011/2005**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 1

du 22 novembre 2005

En la cause

Monsieur O_____, domicilié à Genève	recourant
contre	
OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI, Groupe réclamations, sis route de Meyrin 49 à Genève	intimé

Siégeant : Mme Doris WANGELER, Présidente,
Mmes Karine STECK et Maya CRAMER, Juges

EN FAIT

1. Monsieur O_____, né en 1957, s'est réinscrit auprès de l'Office cantonal de l'emploi (ci-après OCE) le 2 août 2002 et un délai-cadre d'indemnisation a été ouvert en sa faveur dès cette date jusqu'au 1er août 2004.

   L'intéressé a été mis au bénéfice d'indemnités de l'assurance-chômage durant le délai-cadre précité.

2. La Caisse cantonale genevoise de chômage, ayant appris par le service des enquêtes que l'intéressé avait inscrit la société X_____ SA au registre du commerce le 5 août 2002, a soumis à la section assurance-chômage de l'OCE (ci-après SACH) le dossier pour examen de l'aptitude au placement de l'intéressé durant le délai-cadre.

3. Ce dernier a répondu le 29 octobre 2004 au questionnaire établi par la SACH comme suit :

   "1. Depuis quand vous êtes vous occupé de la création de la société individuelle X_____, O_____ et à quel taux ?

   Depuis le mois d'août 2002 et jusqu'au mois de novembre 2002 je m'en suis occupé tous les jours à plein temps.

   2. Quels capitaux avez-vous engagés pour débuter l'exploitation de l'entreprise (LPP, aménagement de locaux, achat matériel, etc) ; quelle est leur provenance, joindre les justificatifs s'y rapportant ?

   Oui, j'ai investi de l'argent, j'avais des locaux au Grand-Lancy (20 m^2), j'ai acheté un ordinateur, une imprimante, un fax. J'ai investi environ plus de CHF 20'000.-.

   3. Combien de collaborateurs sont employés dans la société X_____, O_____, qui fixe leurs salaires, signe leurs contrats d'engagement, lettre de licenciement, quelle est la fonction de chacun d'eux ?

   Je n'avais pas d'employé, des amis m'ont aidé, mais à « bien plaire ».

   4. Quel est votre statut de cotisant auprès de l'AVS depuis votre inscription au RC le 5 août 2002 en qualité de titulaire de l'entreprise ? Joindre une attestation de la caisse de compensation le précisant, ainsi que le décompte individuel des cotisations acquittées vous concernant ?

   J'avais fait la démarche auprès de la caisse AVS pour m'annoncer comme indépendant et après les trois premiers mois je suis passé à la caisse AVS

(route de Chêne 54) pour dire que j'arrêtais l'activité. La caisse AVS m'a d'ailleurs écrit un courrier concernant cette période de trois mois et j'ai répondu à celle-ci. L'autorité soussignée me signale qu'elle voudrait vérifier cela à la caisse AVS et je suis tout à fait d'accord.

5. *Copie intégrale du bail des locaux, commerciaux ou non, occupés par la société ; justificatifs de dénonciation du bail et accusé de réception de ladite résiliation par la régie ;*

   C'est Monsieur B_____ qui était titulaire du bail principal du local au Grand-Lancy et il me l'a sous-loué (un contrat de sous location a été établi). Je versais un loyer mensuel de CHF 450.- à Monsieur B_____ sur son compte.

   Par téléphone, je lui ai dit que je renonçais à la sous location vers le mois de janvier ou février 2003. A la demande, je précise qu'entre novembre 2002 et février 2003, j'ai utilisé le local pour le matériel (ordinateur, etc.) qui s'y trouvait et cela pour étudier (apprendre software etc. les nouveaux logiciels).

6. *Copie des contrats d'abonnements au téléphone, fax, Natel, Services industriels, conclu par et pour la société que vous exploitez :*

   J'avais une ligne téléphonique au nom de la société, laquelle comprenait trois lignes ISDN (une ligne pour le Fax, une pour le téléphone et une pour Internet), chacune de ces lignes ayant leur propre numéro.

   Je n'ai pas résilié à l'époque cette ligne, car je l'ai transférée chez moi. J'ai un document qui peut le démontrer. L'autorité soussignée me demande une copie.

   Par la suite j'ai résilié cette ligne pour changer et obtenir une ligne numérique. A la demande de l'autorité soussignée je fournirai un justificatif

7. *Copie des contrats signés pour vous-même, pour les employés de l'entreprise avec les compagnies d'assurance responsabilité civile entreprise – LPP – perte de gain maladie, accidents, etc ;*

   Je n'ai pas ce type de documents.

8. *Indiquer les heures d'ouverture de l'entreprise à la clientèle ; quel temps journalier, hebdomadaire, consacrez-vous à son exploitation ;*

   De 8 H 00 à 17 H 00 pendant trois mois depuis août 2002.

9. *Comment obtenez-vous des clients ; quels frais avez-vous engagés pour leur recherche (publicité, mailing, etc) ?*

   Je cherchais des clients par le biais de « Directories » CD de Swisscom. Je cherchais des boutiques de vêtements susceptibles d'acheter ma marchandise. J'ai aussi fait les enquêtes dont j'ai parlé avant (questionnaire). Je n'ai trouvé aucun client, j'ai eu des réponses, mais aucun acheteur.

10. *Qui s'occupe de la comptabilité ou transmet les données à une fiduciaire ?*

    C'est moi qui me suis occupé de l'achat du matériel, d'écrire à l'AVS, etc.

11. *Qui s'occupe des formalités, déclarations, etc., avec l'administration en général ?*

    Cf. réponse au point 10

12. *Joindre les comptes d'exploitation depuis la création de la société ;*

    Je n'ai pas de comptes pour la société.

13. *Les bilans et comptes de pertes et profits depuis le début d'exploitation de la société ;*

    Idem réponse 12

14. *Comment justifiez-vous votre disponibilité à plein temps pour reprendre une activité salarié déclarée au chiffre 3 de votre demande d'indemnité signée le 7 août 2002, en raison de votre obligation de titulaire de l'entreprise X_____, O_____ avec signature individuelle ?*

    A la question de savoir si j'aurais accepté un emploi salarié à plein temps pendant la phase de préparation de la société. Je réponds non pour le premier mois, soit août 2002 et ensuite j'aurais accepté tout emploi dès le mois de septembre 2002, évidemment jusqu'à la fin de mon délai-cadre en 2004, car j'avais constaté en septembre déjà que ma société ne marcherait pas.

15. *Avez-vous des engagements dans d'autres entreprises ou sociétés ? Si oui, veuillez préciser le genre d'engagements et le nom des entreprises ou société concernées.*

    Non".

4. Par décision du 2 février 2005, la SACH a déclaré l'intéressé inapte au placement rétroactivement au 2 août 2002, considérant qu'il n'était plus disponible pour un

employeur dès cette date en raison de la création de son entreprise. Elle a à cet égard rappelé que l'intéressé avait indiqué à ses conseillers en personnel, les 5 août et 25 novembre 2002, qu'il se préparait pour devenir indépendant, qu'il n'avait cependant pas participé à la séance d'informations pour bénéficier des mesures d'encouragement à l'exercice d'une telle activité et qu'il n'avait jamais signalé avoir inscrit sa société au registre du commerce le 5 août 2002 déjà.

5. L'intéressé a formé opposition le 7 mars 2005, précisant que son entreprise ne fonctionnait pas, qu'il la gardait parce que « on ne sait jamais ».

6. Par décision du 23 juin 2005, le Groupe réclamations de OCE a partiellement admis l'opposition en ce sens qu'il a confirmé l'inaptitude au placement à compter du 2 août 2002, qu'il a en revanche reconnu l'aptitude au placement dès le 1er février 2003.

7. L'intéressé a interjeté recours le 21 juin 2005 auprès du Tribunal de céans.

8. Dans son préavis du 19 septembre 2005, le Groupe réclamations a persisté dans les termes de sa décision sur opposition du 23 juin 2005, rappelant que l'intéressé avait précisé à la Caisse de compensation AVS-AI le 24 novembre 2003 qu'il avait cessé son activité indépendante le 31 janvier 2003.

9. Entendu par le Tribunal de céans le 1er novembre 2005, l'intéressé a déclaré :

> « J'ai informé mon conseiller de mon activité indépendante. Il savait que j'allais essayer pendant trois mois pour voir si cela pouvait fonctionner. Après trois mois, soit à fin octobre 2002, je me suis rendu compte qu'il me fallait arrêter.
>
> J'ai déclaré à l'AVS que j'avais cessé cette activité à fin janvier 2003. Je précise à cet égard que l'activité elle-même a cessé fin octobre 2002, mais jusqu'à fin janvier 2003 j'ai gardé le bail des locaux. Je n'ai pas annulé mon inscription au registre du commerce parce que, renseignement pris auprès de cet office, il n'y avait pas de conséquences à cela. Dès fin octobre je ne me suis plus du tout occupé de cette société.
>
> J'ai suivi un cours de Web Designer dans le cadre du chômage, j'espérais trouver un emploi grâce à ce cours. Tel n'a malheureusement pas été le cas. J'ai alors eu l'idée de cette vente de vêtements par internet. Ca n'a pas marché du tout. Aucun client n'a été intéressé à l'achat de vêtements ».

10. Sur quoi 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 1er 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. 1 let. a ch. 8 LOJ, le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations prévues à l'article 56 de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA) qui sont relatives à la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982 (LACI).

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

3. Le recours, interjeté en temps utile, est recevable (articles 56 et 60 LPGA).

4. L'objet du litige porte sur l'aptitude au placement de l'intéressé du 2 août 2004 au 31 janvier 2005.

   Aux termes de l'art. 53 LPGA :

   « Les décisions et les décisions sur opposition formellement passées en force sont soumises à révision si l'assuré ou l'assureur découvre subséquemment des faits nouveaux importants ou trouve des nouveaux moyens de preuve qui ne pouvaient être produits auparavant.

   L'assureur peut revenir sur les décisions ou les décisions sur opposition formellement passées en force lorsqu'elles sont manifestement erronées et que leur rectification revêt une importance notable.

   Jusqu'à l'envoi de son préavis à l'autorité de recours, l'assureur peut reconsidérer une décision ou une décision sur opposition contre laquelle un recours a été formé ».

   La SACH et le Groupe réclamations étaient ainsi fondés à revoir rétroactivement l'aptitude au placement, ce conformément à cette disposition légale.

5. En l'espèce, la SACH a rendu une décision le 2 février 2005 par laquelle elle constate l'inaptitude au placement de l'intéressé rétroactivement au 2 août 2002.

Le Groupe réclamation a confirmé l'inaptitude, mais en a limité la durée au 31 janvier 2003.

Selon la jurisprudence, lorsqu'une caisse est appelée à trancher de manière rétroactive la question du droit à l'indemnité de chômage déjà touchée par l'assuré, elle est tenue d'ordonner directement la restitution des montants versés à tort (ATF non publié C 81/01 du 11 octobre 2002, consid. 1.3). Il n'existe dans de tels cas aucune circonstance justifiant que l'on tranche de manière préalable la question du droit à l'indemnité dans une décision en constatation distincte.

Il en va autrement lorsque la caisse soumet à l'autorité cantonale la question du droit de l'assuré à l'indemnité en application de l'art. 81 al. 2 let. a LACI (dans sa teneur en vigueur jusqu'au 30 juin 2003). Dans ce cas en effet, l'autorité cantonale est compétente pour rendre une décision de constatation sur la période d'indemnisation écoulée, la question de la restitution des prestations étant du ressort de la caisse.

En l'espèce, la SACH, à laquelle la Caisse cantonale genevoise de chômage avait soumis le dossier pour examen, a rendu la décision (art. 81 al. 2 let. a LACI).

Force dès lors est de constater qu'elle était fondée à rendre une décision de constatation de droit, la question de la restitution des prestations étant du ressort de la caisse.

6. Pour avoir droit à l'indemnité de chômage, l'assuré doit, entre autres conditions, être apte au placement (art. 8 al. 1 let. f LACI). Est réputé apte au placement, selon l'article 15 LACI, le chômeur qui est disposé à accepter un travail et est en mesure et en droit de le faire.

L'aptitude au placement comprend deux éléments. Sur le plan objectif, l'aptitude au placement a pour corollaire l'aptitude au travail, c'est-à-dire l'aptitude physique et mentale à accomplir un travail. L'aptitude au placement va toutefois plus loin que l'aptitude au travail ; chaque personne apte au travail n'est pas toujours apte au placement ; à l'inverse, en cas d'inaptitude complète au travail, l'aptitude au placement doit être niée. A côté de cet aspect objectif, l'aptitude au placement requiert aussi de l'assuré qu'il soit subjectivement disposé à travailler.

On considère en conséquence comme inapte au placement celui qui n'est pas disposé ou en mesure de mettre à disposition sa faculté de travailler (Secrétariat d'Etat à l'économie, (ci-après Seco), circ. IC/01.92, ch. 72).

Le Tribunal fédéral des assurances a ainsi considéré que la disposition à accepter un travail convenable 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 d'employeurs potentiels (ATF 115 V 436 ; DTA 1995 p. 57).

Selon le Seco, la seule volonté ou la déclaration d'être disponible pour le placement est insuffisante pour admettre l'aptitude au placement. Bien plus, on exige de l'assuré une attitude qui reflète cette volonté de manière perceptible. L'absence de démarches ou de dispositions prises par l'assuré entraîne la négation de la disponibilité au placement et celui-ci ne peut se prévaloir de sa volonté d'être placé ou de rechercher un emploi. Ainsi, l'élément subjectif doit être confirmé par l'élément objectif.

Il y a inaptitude au placement notamment lorsque l'assuré n'est pas disposé ou en mesure d'exercer une activité salariée, parce qu'il a entrepris ou envisage d'entreprendre une activité indépendante et ne peut par conséquent plus être placé comme salarié ou ne peut ou ne veut plus être engagé dans une mesure normalement exigée par un employeur. La prise d'une activité indépendante ne doit pas remettre en question l'aptitude au placement (Seco, Bulletin AC 94/1, fiche 3/6 ; ATF 112 V 327 ; DTA 1992 p. 132).

Selon le Tribunal fédéral des assurances, le fait qu'un assuré exerce une activité indépendante à temps partiel tout en recherchant un nouvel emploi ne suffit pas en soi à exclure l'aptitude au placement. Pour trancher cette question, il faut tenir compte des circonstances du cas concret, notamment du point de savoir si l'exercice d'une activité indépendante a des conséquences sur la disponibilité de l'assuré et dans quelle mesure (ATF 112 V 136). Il faut encore se demander, au regard de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce, si l'assuré avait encore la volonté d'accepter un travail et s'il était en mesure de prendre un tel travail eu égard au temps qu'il aurait pu consacrer à un emploi et au nombre des employeurs potentiels (DTA 1992 p. 129).

A cet égard, le Seco a eu l'occasion de préciser que l'activité dont l'horaire de travail n'est pas contrôlable doit être considérée comme une activité à plein temps (Bulletin AC 93/1 fiche 7).

Il s'agit, en relation avec le devoir de l'assuré de tout mettre en oeuvre pour éviter le chômage ou l'abréger (art. 17 LACI), de déterminer si celui-ci a décidé d'exercer une activité indépendante non pour mettre fin à son chômage, mais simplement parce que, indépendamment de toutes considérations liées à sa perte d'un emploi précédent, il avait l'intention de changer de type d'activité. Pour que l'aptitude au placement soit admise, la prise d'une activité indépendante ne doit pas satisfaire une aspiration professionnelle de l'assuré, mais refléter sa réaction au chômage et son intention de diminuer le dommage. Il est nécessaire que l'assuré préfère exercer une activité salariée mais, qu'en raison du manque de places vacantes, il prenne une activité indépendante qu'il serait en mesure

d'abandonner et le ferait dans un délai opportun s'il trouvait un emploi réputé convenable (DTA 1993/1994 112 ; ATF du 22 janvier 1999 dans la cause B).

Ainsi, lorsque les dispositions que doit prendre l'assuré pour mettre sur pied une activité indépendante entraînent une obligation personnelle, juridique et quant à sa disponibilité telle qu'il n'est plus en mesure d'accepter ailleurs une activité salariée, ni en principe disposé à l'accepter, l'aptitude au placement doit être niée (Seco, Bulletin AC 98/1 fiche 18/7).

Les dispositions et investissements nécessaires (obligations personnelles et juridiques) à l'exercice d'une activité indépendante doivent être relativement minimes, c'est-à-dire que l'assuré doit pouvoir les liquider facilement et qu'ils ne doivent pas constituer un obstacle important au retour en temps utile de l'assuré à une activité salariée. Seules les activités indépendantes dont l'exercice n'exige ni investissement particulier ni dépenses importantes peuvent être prises en considération comme gain intermédiaire (Seco, Bulletin AC 98/1 fiche 18/8).

Le droit à l'indemnité de chômage d'un assuré doit en revanche s'éteindre lorsque ses démarches en vue d'une activité indépendante sont à tel point avancées qu'il ne puisse plus accepter une activité salariée ou que cela ne soit guère possible, c'est-à-dire s'il se consacre essentiellement à la préparation d'une activité indépendante (DTA 1993/1994 p. 212).

Par ailleurs, si l'on peut déduire, selon le principe de la plus grande vraisemblance, sur la base de circonstances objectives et subjectives (dispositions prises, obligations personnelles et juridiques, temps disponible, investissements, déclarations d'intention etc.) que l'assuré n'est plus apte ni disposé à être placé, l'indemnisation doit être exclue (Seco, Bulletin AC 98/1 fiche 18/9).

Le fait que l'assuré ne réalise en règle générale aucun revenu, voire qu'un revenu minime durant ces préparatifs ou immédiatement après la prise d'une activité indépendante n'y change rien. En effet, le rôle de l'assurance-chômage n'est pas de fournir une aide en capital à la création d'entreprises ou de servir de transition lorsqu'un assuré passe d'une activité salariée à une activité indépendante, ou encore de couvrir de quelconques risques d'entreprises (DTA 1993/1994 n°30 p. 212).

En outre, un assuré se consacrant exclusivement à la fondation et à la mise sur pied de son entreprise ne peut être considéré comme apte au placement car, en raison de son activité, il n'est ni disposé à accepter un autre travail, ni en mesure de le faire (DTA 1990 p. 25).

7. En l'espèce, force est de constater que les déclarations de l'assuré s'agissant de la date à laquelle il a cessé d'exercer son activité d'indépendant ont varié. Il a en effet indiqué à la Caisse de compensation le 26 avril 2005 que l'activité avait

cessé au 31 octobre 2002, et le 24 novembre 2003 qu'il s'agissait du 31 janvier 2003.

Il y a également lieu de relever qu'il n'a pas mis fin à la location de son local, après le 31 octobre 2002, et a conservé le raccordement ISDN comportant trois lignes. Les explications de l'assuré tentant de justifier les raisons pour lesquelles il avait agi de la sorte n'ont pas convaincu le Tribunal de céans. La décision du Groupe réclamations considérant qu'il était inapte au placement du 2 août 2002 au 31 janvier 2003 ne peut dès lors être que confirmée.

Une décision en restitution sera vraisemblablement notifiée à l'assuré par la caisse. L'attention de celui-ci est attirée sur le fait qu'il aura alors la possibilité de demander la remise de l'obligation de restituer.

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. 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 par plis recommandé adressé au Tribunal fédéral des assurances, Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE, en trois exemplaires. Le délai ne peut être prolongé. Le mémoire doit : a) indiquer exactement quelle décision le recourant désire obtenir en lieu et place de la décision attaquée; b) exposer pour quels motifs il estime pouvoir demander cette autre décision; c) porter sa signature ou celle de son représentant. Si le mémoire ne contient pas les trois éléments énumérés sous lettres a) b) et c) ci-dessus, le Tribunal fédéral des assurances ne pourra pas entrer en matière sur le recours qu'il devra déclarer irrecevable. Le mémoire de recours mentionnera encore les moyens de preuve, qui seront joints, ainsi que la décision attaquée et l'enveloppe dans laquelle elle a été expédiée au recourant (art. 132, 106 et 108 OJ).

La greffière	La Présidente :
Marie-Louise QUELOZ	Doris WANGELER

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