RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3630/2021 **ATAS/636/2022**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 5 juillet 2022

15ème Chambre

En la cause

Monsieur A_____, domicilié à GENÈVE	recourant
contre	
OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI, Service juridique, sis rue des Gares 16, GENÈVE	intimé

Siégeant : Marine WYSSENBACH, Présidente; Saskia BERENS TOGNI et Pierre-Bernard PETITAT, Juges assesseurs

EN FAIT

A. **a.** Monsieur A_____ (ci-après : l'assuré) s'est inscrit à l'office cantonal de l'emploi (ci-après : OCE) en déclarant être disposé à travailler à plein temps et en sollicitant le versement des indemnités de chômage dès le 1er février 2021, à la suite du licenciement par son employeur pour le 31 janvier 2021.

b. Un premier entretien s'est tenu le 8 février 2021, à la suite duquel l'assuré a reçu un plan d'action pour retrouver un emploi de nettoyeur. L'assuré a par la suite régulièrement adressé à son conseiller en personnel la preuve de ses recherches d'emploi pour les mois de février à juin 2021. L'assuré a reçu une indemnité de chômage de CHF 5'146.- pour le mois de février 2021.

c. Le 29 avril 2021, l'assuré a été informé par courriel que tout emploi (activité salariée et/ou mandat d'indépendant) était considéré comme un gain intermédiaire qu'il devait consigner sur le formulaire joint intitulé « attestation de gain intermédiaire », tout en continuant ses recherches d'emploi. Lors d'un entretien téléphonique du même jour, il a été rappelé à l'assuré que les recherches en vue de décrocher des mandats d'indépendant ne comptaient pas comme des recherches d'emploi effectives. Il devait faire des recherches en qualité de salarié. En avril 2021, il avait travaillé trois jours comme indépendant. Il a informé son conseiller en placement vouloir idéalement se mettre à son compte.

d. Lors d'un entretien téléphonique du 10 juin 2021, l'assuré a exposé qu'il continuait son activité indépendante, qu'il n'avait pas arrêtée durant les dernières semaines et que son objectif consistait à se mettre à son compte.

e. Lors de l'entretien de conseil du 29 juin 2021, l'assuré a expliqué avoir eu pas mal de mandats et avoir augmenté rapidement son capital-actions.

f. Lors de l'entretien conseil du 26 juillet 2021, l'assuré a indiqué poursuivre son activité indépendante.

g. Sur question d'une juriste de l'OCE, l'assuré a indiqué par courriel le 27 juillet 2021 exercer en tant qu'indépendant à 90%. Il était disponible à 0% pour un emploi salarié depuis son inscription à l'OCE. Il était motivé pour continuer son entreprise et n'était pas à la recherche ni prêt à accepter une offre d'emploi.

h. L'assuré a rempli des attestations de gains intermédiaires de CHF 1'800.- pour avril 2021, de CHF 7'805.65 pour mai 2021, de CHF 4'115.- pour juin 2021 et de CHF 7'382.50 pour juillet 2021.

i. Par décision du 23 août 2021, le service juridique de l'OCE a déclaré l'assuré inapte au placement depuis le premier jour contrôlé, soit dès le 1er février 2021, en se fondant sur les premières déclarations de l'assuré. En effet, ce dernier avait déclaré à la caisse de chômage UNIA exercer une activité indépendante dans le nettoyage depuis le mois d'avril 2021 et ne pas être prêt à accepter une activité salariée, ajoutant qu'il avait indiqué au service précité de l'OCE, le 27 juillet 2021,

notamment que depuis son inscription à l'OCE, il n'était pas disponible pour un emploi salarié compte tenu de son activité indépendante déployée dans le canton de Genève, pour laquelle il avait demandé son affiliation en tant que personne de condition indépendante auprès de la caisse de compensation AVS, avait conclu un contrat de bail et des assurances professionnelles (RC commerce et accident) et avait fait l'acquisition de matériel de nettoyage et d'une voiture et avait pris un dépôt ; son but était de développer son entreprise, précisant qu'il n'était pas à la recherche d'un emploi salarié, ni disposé à prendre un tel emploi.

j. L'assuré a formé opposition contre cette décision, le 13 septembre 2021, en exposant qu'en mars 2021, aucune proposition d'emploi ne lui était parvenue et que ses recherches étaient restées vaines. Au début du mois d'avril 2021, il avait eu la chance de trouver des mandats à condition qu'il s'inscrive en qualité d'indépendant auprès de l'office cantonal des assurances sociales (OCAS). Cela avait été approuvé par son conseiller en personnel. L'assuré avait eu l'impression que les gains obtenus grâce à ces quelques mandats devaient être simplement déduits de ses indemnités de chômage. Il avait acheté du matériel pour ses mandats de nettoyage, conclu des assurances, et recherché des mandats supplémentaires, toutes ses tentatives pour obtenir un emploi salarié s'étant soldées par des réponses négatives. Il s'était inscrit à un cours du soir pour préparer un certificat professionnel et s'était ainsi concentré sur la recherche de mandats, précisant qu'il avait une femme et des enfants à nourrir et qu'il était tout à fait disposé à accepter un emploi salarié à plein temps ou à temps partiel.

k. Par décision sur opposition du 23 septembre 2021, l'intimé a rejeté l'opposition en se fondant sur les premières déclarations de l'assuré, selon lesquelles il exerçait une activité indépendante et n'était ni à la recherche ni disposé à reprendre une activité salariée, pour le déclarer inapte au placement.

B. **a.** Par acte du 23 octobre 2021 complété le 26 novembre 2021, l'assuré a recouru contre cette décision à la chambre des assurances sociales de la Cour de justice (ci-après : chambre de céans), en concluant à son annulation et à ce que la chambre de céans dise qu'il a droit aux prestations de la caisse de chômage pour les mois de février, mars et avril 2021.

b. Par acte du 3 janvier 2022, l'intimé a conclu au rejet du recours.

c. À l'issue de l'échange d'écritures, 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), 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.

2. Interjeté dans la forme et le délai prévus par la loi, le recours est recevable (art. 56 ss LPGA).

3. Le litige porte sur l'aptitude au placement du recourant pour les mois de février, mars et avril 2021 compte tenu des conclusions de ce dernier.

3.1 En vertu de l'art. 8 al. 1 LACI, l'assuré a droit à l'indemnité de chômage s'il est sans emploi ou partiellement sans emploi (let. a), s'il a subi une perte de travail à prendre en considération (let. b), s'il est domicilié en Suisse (let. c), s'il a achevé sa scolarité obligatoire, qu'il n'a pas encore atteint l'âge donnant droit à une rente AVS et ne touche pas de rente de vieillesse de l'AVS (let. d), s'il remplit les conditions relatives à la période de cotisation ou en est libéré (let. e), s'il est apte au placement (let. f) et s'il satisfait aux exigences du contrôle (let. g).

3.2 L'art. 15 al. 1 LACI dispose qu'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.

3.3 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 ; ATF 123 V 214 consid. 3 et la référence).

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).

3.4 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).

3.5 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).

3.6 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).

3.7 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.

3.8 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.

4.1 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).

4.2 Il convient en général d'accorder la préférence aux premières déclarations de l'assuré, faites alors qu'il en ignorait peut-être les conséquences juridiques, les explications nouvelles pouvant être – consciemment ou non – le fruit de réflexions ultérieures (ATF 121 V 47 consid. 2a ; ATF 115 V 143 consid. 8c).

5.

5.1 En l'espèce, il convient de déterminer si le recourant est apte au placement depuis le 1er février 2021.

5.2 La chambre de céans constate tout d'abord que le recourant a toujours exercé son activité de nettoyeur en tant que salarié, son avant dernier contrat ayant duré du mois de septembre 2018 au mois d'août 2020 et son dernier contrat de septembre 2020 à fin janvier 2021. Ce contrat de travail a été résilié avec effet au 31 janvier 2021 par l'employeur en raison d'une restructuration. Le recourant s'est inscrit auprès de l'intimé le 1er février 2021, en indiquant chercher un emploi

à 100%. Il a rempli ses obligations de recherche d'emploi notamment durant les mois litigieux, soit les mois de février à avril 2021. Le 29 avril 2021, l'assuré a informé son conseiller en personnel avoir travaillé trois jours comme indépendant durant le mois et vouloir idéalement se mettre à son compte. Il a réitéré cette volonté de se mettre à son compte lors d'un entretien du 10 juin 2021.

Ces différents éléments permettent de considérer comme établi, au degré de la vraisemblance prépondérante requis, que l'activité indépendante a été débutée au plus tôt en avril 2021, alors que le recourant recherchait vainement du travail. Le fait que l'intéressé ait par la suite déclaré, dans son courriel du 27 juillet 2021, qu'il était disponible à 0% pour un emploi salarié depuis son inscription à l'OCE ne suffit pas à remettre en cause cette appréciation. S'il est vrai qu'à la fin du mois de juillet 2021, le recourant avait trouvé suffisamment de mandats pour réaliser des revenus supérieurs à ses indemnités de chômage, il n'en allait pas ainsi durant les mois litigieux de février à avril 2021. Il n'a à cet égard réalisé que CHF 1'800.- en avril 2021 en trois jours de travail et était disponible le reste du mois.

En ce qui concerne la disposition du recourant à accepter un travail salarié, la chambre de céans constate que durant les mois de février et mars 2021, le recourant n'avait pas de mandat d'indépendant, de sorte qu'il était objectivement disponible pour une activité salariée. Il en va de même en avril 2021, dans la mesure où il n'a travaillé que trois jours ce mois-ci. Les procès-verbaux des réunions avec ses conseillers en personnel démontrent également que la volonté du recourant de se mettre à son compte est née en avril 2021 et qu'il a débuté des démarches pour ce faire uniquement à partir d'avril. L'on doit dès lors comprendre son courriel du 27 juillet 2021 comme l'expression de sa volonté de se mettre à son compte à partir du mois d'avril 2021, sans toutefois que ce projet ne se soit effectivement concrétisé ce mois-ci.

S'agissant de l'étendue des dispositions prises et des engagements de l'assuré, ce dernier a acquis du matériel de nettoyage, s'est inscrit à l'OCAS et a conclu une assurance responsabilité civile. Ces démarches nécessitaient peu d'investissement et de temps. Elles n'étaient pas incompatibles avec la recherche d'emplois salariés entre février et avril 2021. Dans les faits, le recourant était disponible pour accepter une activité salariée jusqu'à la fin avril 2021.

S'agissant de l'intensité de l'activité indépendante, il ressort des attestations de gain intermédiaire que le recourant n'a commencé à travailler qu'au mois d'avril 2021 à raison de trois jours sur le mois. Le temps consacré à l'activité indépendante n'excluait donc pas l'exercice d'une activité salariée. On ne saurait reprocher au recourant d'avoir souhaité augmenter son activité indépendante, et diminuer ainsi le dommage, alors que ses postulations demeuraient vaines et que l'intimé ne l'avait assigné à aucun emploi.

Le recourant s'est conformé à ses obligations, à tout le moins en ce qui concerne la quantité des recherches à réaliser, durant les mois litigieux.

6. 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 apte au placement en février, mars et avril 2021.

Par conséquent, il y a lieu de constater l'aptitude au placement du recourant dès le 1er février 2021 jusqu'au 30 avril 2021.

Bien fondé, le recours sera admis et la décision du 23 septembre 2021 annulée en tant qu'elle déclare le recourant inapte au placement.

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

8. Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. fbis 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 du 23 septembre 2021 et dit que le recourant était apte au placement les mois de février à avril 2021 compris.
4. Dit que la procédure est gratuite.
5. 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
Nathalie LOCHER	Marine WYSSENBACH

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