

# **GE\_GERICHTE ATAS/1120/2014 vom 4. November 2014**

GE Cour de justice, 2014-11-04, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_1120\\_2014](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_1120_2014)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/1120/2014 du 4 novembre 2014

IT: GE\_GERICHTE ATAS/1120/2014 del 4 novembre 2014

## **Erwägungen**

### **E. 1**

a) Conformément à l'art. 134 al. 1 let. a ch. 8 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ; RS E 2 05), en vigueur dès le 1er janvier 2011, 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 présent recours, dirigé contre une décision sur opposition fondée sur la LACI, est donc établie. b) La procédure devant la chambre de céans est régie par les dispositions de la LPGA et celles du titre IVA (soit les art. 89B à 89I) de la loi sur la procédure administrative, du 12 septembre 1985 (LPA ; RS E 5 10), complétées par les autres dispositions de la LPA en tant que ses articles précités n'y dérogent pas (art. 89A LPA), les dispositions spécifiques que la LACI contient le cas échéant sur la procédure restant réservées (art. 1 al. 1 LACI). Le recours a été interjeté en temps utile, le 28 janvier 2014, soit dans le délai légal de 30 jours à compter de la notification de la décision attaquée (art. 60 al. 1 LPGA), étant précisé que la décision attaquée a été rendue le 18 décembre 2013, le délai de recours n'a pas couru du 18 décembre au 2 janvier inclusivement (art. 38 al. 4 et 60 al. 2 LPGA ; art. 89C LPA), le délai légal de recours de 30 jours a commencé à courir le 3 janvier 2014 et arrivait ainsi à échéance le lundi 3 février 2014 (compte tenu du report au premier jour utile du dernier jour d'un délai tombant sur un samedi, un dimanche ou un jour légalement férié [art. 17 al. 3 LPA]). Il satisfait aux exigences de forme et de contenu prescrites par l'art. 61 let. b LPGA (cf. aussi art. 89B LPA). Le recourant a qualité pour recourir contre la décision attaquée, étant touché par cette décision et ayant un intérêt digne de protection à son annulation ou modification (art. 59 LPGA). c) Il sied de préciser que la décision attaquée est uniquement la décision sur opposition de l'OCE du 18 décembre 2013 rejetant l'opposition du recourant à la décision dudit office du 3 septembre 2013 le déclarant inapte au placement dès le premier jour contrôlé. N'est pas litigieuse, du moins dans le cadre du présent recours, la décision de la CCGC du 21 juin 2013 reportant du 1er avril 2013 au 10 juillet 2013 le droit de l'assuré à percevoir l'indemnité de chômage en raison du versement d'une prime de CHF 208'500.- consentie par l'ancien employeur de l'assuré (autrement dit le premier jour contrôlé), décision contre laquelle le recourant a formé opposition en anglais et dont l'issue définitive ne résulte pas du dossier. d) Le présent recours sera donc déclaré recevable.

### **E. 2**

L'art. 8 LACI énumère les conditions d'octroi de l'indemnité de chômage. L'assuré doit, pour bénéficier de cette prestation prévue par l'art. 7 al. 2 let. a LACI, être sans

A/256/2014 - 15/29 - emploi ou partiellement sans emploi, avoir subi une perte de travail à prendre en considération, être domicilié en Suisse, avoir achevé sa scolarité obligatoire et n'avoir pas encore atteint l'âge donnant droit à une rente AVS et ne pas toucher de rente de vieillesse de l'AVS, remplir les conditions relatives à la période de cotisation ou en être libéré, être apte au placement et satisfaire aux exigences de contrôle (art. 8 al. 1 LACI). Ces conditions sont cumulatives (ATF 124 V 215 consid. 2). Elles sont précisées par plusieurs dispositions de la LACI. Le premier jour où toutes les conditions d'octroi d'une indemnité de chômage sont remplies, la caisse de chômage ouvre deux types de délais-cadres, en principe tous deux de deux ans, tournés l'un vers l'avenir, s'appliquant à la période d'indemnisation, et l'autre vers le passé, s'appliquant à la période de cotisation. On les appelle respectivement délai-cadre d'indemnisation et délai-cadre de cotisation (art. 9 al. 1 LACI). C'est durant le délai-cadre d'indemnisation que l'assuré exerce son droit à l'indemnité, auprès d'une caisse de son choix (art. 20 al. 1 LACI), et peut ainsi obtenir un nombre maximal d'indemnités journalières calculé en fonction de son âge et de la période durant laquelle il a cotisé ou était libéré de cette condition (art. 27 al. 1 LACI). A l'échéance du délai-cadre d'indemnisation, un nouveau délai-cadre d'indemnisation peut être ouvert si toutes les conditions légales sont réunies (art. 9 al. 4 LACI). Le délai-cadre de cotisation est la période de référence durant laquelle l'assuré doit avoir eu la qualité de travailleur et, à ce titre, avoir cotisé à l'assurance-chômage, durant un temps minimal, qui est de douze mois (art. 13 al. 1 LACI), conditionnant l'obtention d'un certain nombre d'indemnités journalières, une période de cotisation supérieure à ce minimum durant le délai-cadre de cotisation augmentant le nombre d'indemnités journalières susceptibles d'être perçues durant le délai-cadre d'indemnisation (art. 27 al. 2 LACI). N'ont ainsi droit à l'indemnité de chômage en principe que des personnes qui ont travaillé et ainsi contribué au financement de l'assurance (Boris RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, n° 2 et 8 ad art. 13).

### **E. 3**

a) L'assuré n'a droit à l'indemnité de chômage que s'il est apte au placement (art. 8 al. 1er 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 : d'une part la capacité de travail, 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. L'aptitude au placement peut dès lors être niée notamment en raison de recherches

A/256/2014 - 16/29 - d'emploi continuellement insuffisantes, en cas de refus réitérés d'accepter un travail convenable, ou encore lorsque l'assuré limite ses démarches à un domaine d'activité dans lequel il n'a, concrètement, qu'une très faible chance de trouver un emploi. 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 125 V 51 consid. 6a ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 117/05 du 14 février 2006 consid. 3 et les références). b) 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). Les mêmes critères s'appliquent par analogie lorsque l'assuré, quoique formellement salarié, s'investit dans l'exercice de son activité réputée non indépendante avec une intensité, un pouvoir de décision et au bénéfice d'une liberté d'organisation affectant sa disponibilité de façon similaire. c) Lorsqu'un employeur, en accord avec ses employés, introduit une réduction de l'horaire de travail, voire une suspension temporaire de l'activité dans son entreprise, afin de surmonter des difficultés économiques passagères, les employés

A/256/2014 - 17/29 - peuvent, à certaines conditions, bénéficier d'une indemnité spécifique, dite indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail (art. 31 ss LACI). N'y ont cependant pas droit, selon l'art. 31 al. 3 LACI, les travailleurs dont la réduction de l'horaire de travail ne peut être déterminée ou dont l'horaire de travail n'est pas suffisamment contrôlable (let. a), le conjoint de l'employeur, occupé dans l'entreprise de celui-ci (let. b), et les personnes qui fixent les décisions que prend l'employeur – ou peuvent les influencer considérablement – en qualité d'associé, de membre d'un organe dirigeant de l'entreprise ou encore de détenteur d'une participation financière à l'entreprise, étant ajouté qu'il en va de même des conjoints de ces personnes, qui sont occupés dans l'entreprise (let. c). Le recourant ne s'est pas trouvé dans une situation de réduction d'horaire de travail au sens de cette disposition. Aussi était-ce normal que tant l'OCE que la caisse ne l'ont pas considéré comme d'emblée exclu du droit à l'indemnité de chômage du seul fait qu'il réaliserait des gains intermédiaires au sein de l'entreprise de son épouse.

#### **E. 4**

En l'espèce, lorsqu'il s'est inscrit au chômage, le 14 mars 2013, le recourant a déclaré rechercher une activité professionnelle à plein temps en qualité d'expert en communication et marketing. Il en est venu à évoquer avec son conseiller, au plus tard début avril 2013, son

intention de travailler à temps partiel comme salarié au sein de la société créée par son épouse. Il a concrétisé cette intention dès le 15 mai 2013, de façon formalisée par un contrat à la fin mai/tout début juin 2013. Il appert que, dans les faits, le recourant a déployé d'emblée et déploie toujours, de plus en plus d'ailleurs, une intense activité au sein de la société enregistrée formellement au nom de son épouse, mais dont lui-même était et est l'ayant droit économique, possiblement conjointement avec son épouse. Son horaire effectif de travail ne s'est pas limité et ne se limite pas à un 60%, réparti au surplus sur trois jours comme prévu par son contrat de travail, mais l'a impliqué dans le lancement et l'implique dans la marche de ladite société quasi quotidiennement. Le temps qu'il lui restait et lui reste le cas échéant était d'emblée, à compter de son inscription au chômage, et est insuffisant non seulement pour chercher efficacement un emploi, mais aussi pour pouvoir en accepter un et être placé, étant précisé que, de façon d'ailleurs compréhensible et légitime, il n'était et n'est ni dans les intérêts du couple ni dans leurs vues qu'il se consacre à une autre activité lucrative, ni parallèlement ni à la place de son engagement au sein de leur société, sauf à provoquer l'effondrement de leur société. Il n'était et ne serait pas concevable que le recourant résilie son contrat de travail à temps partiel à bref délai pour prendre un emploi à plein temps. Cette difficulté d'activités le cas échéant parallèles se doublait et se double toujours d'une confusion, source d'incompatibilité, entre ses activités exercées au profit de leur société, à lui et son épouse, et celles, objet de ses recherches, qu'il déploierait pour un autre employeur dans une sphère de compétence et un secteur d'activités similaires, soit essentiellement la gestion des droits à l'image de sportifs et en

A/256/2014 - 18/29 - particulier des droits télévisuels de manifestations sportives. Il en résultait et en résulterait une ambiguïté, rendant au surplus ses recherches d'emploi guère contrôlables, quant à la finalité effective de ses contacts pris par l'activation de ses réseaux et la mise à profit de ses compétences et son expérience. Le développement de la société du couple ne pouvait et ne peut que l'emporter dans ses préoccupations et visées, au point qu'il n'avait et n'a pas la disponibilité minimale suffisante pour être placé. Il est symptomatique à cet égard que le recourant, pourtant invité à le faire de façon plus précise, n'a pas annoncé dans le formulaire mensuel IPA les divers voyages qu'il a entrepris à l'étranger, si bien qu'il ne saurait être retenu qu'ils s'inséreraient dans le cadre de recherches d'emploi et non du développement de leur société, à lui et son épouse. En plus de la quantité du travail fourni par le recourant pour cette société et de sa finalité réelle déterminante, c'est le vaste spectre de ses activités déployées au sein de cette société, grâce à ses seules compétences, qui révèle qu'il y assumait et assume une fonction dirigeante assimilable à celle d'un organe de la société. Au passé (en réalité dès la création de la société) comme au présent, c'est lui qui est non seulement la cheville ouvrière mais aussi la tête pensante de cette société. Alors que son épouse y effectue pour l'essentiel des travaux de secrétariat (organisation de voyages, demandes de visas, réservation d'hôtels et de billets d'avions), à un taux moyen partiel qu'elle-même n'a pas été à même de préciser ne serait-ce qu'approximativement, le recourant - aux dires mêmes de sa "patronne", qu'il n'a pas contestés - établit la stratégie de la société, se charge du marketing, recherche des clients, les rencontre et négocie avec eux, rédige les contrats, tient la comptabilité, remplit les déclarations d'impôts, établit les factures, bref il en est le "leader", et sans lui la société ne pourrait avoir d'activités et survivre ; il pourrait même engager la société par sa signature, quand bien même seule son épouse est inscrite au Registre du commerce comme associée gérante, titulaire de la signature individuelle. Une appréciation globale de la situation commande de retenir que le recourant n'avait, ni d'emblée ni par la suite, la disponibilité minimale requise pour trouver

et accepter un emploi salarié. Lui-même a d'ailleurs concédé n'avoir guère la perspective de trouver un employeur prêt à l'engager comme dépendant, des ouvertures ne se présentant pour lui que pour des mandats rémunérés à la commission. La conclusion à en tirer est son inaptitude au placement dès le premier jour contrôlé, au sens de l'art. 15 al. 1 LACI.

#### **E. 5**

Le recourant indique s'être entouré des conseils des organes d'exécution de l'assurance-chômage pour se lancer dans la solution d'un travail à temps partiel au sein de la société de son épouse, dans la perspective d'y réaliser pendant la période de contrôle, donc tout en étant chômeur, des gains valant comme gains intermédiaires, lui permettant de percevoir de l'assurance-chômage une compensation de sa perte de gain, soit la différence entre le gain assuré et le gain

A/256/2014 - 19/29 - intermédiaire (cf. art. 24 LACI). Il ne l'aurait pas fait, indique-t-il, s'il n'avait pas obtenu d'eux des assurances que cette solution était praticable et sûre. Il se prévaut de la sorte d'une violation du principe de la bonne foi.

#### **E. 6**

a) C'est un principe général, de rang constitutionnel, que les organes de l'Etat et les particuliers doivent agir de manière conforme aux règles de la bonne foi (art. 5 al. 3 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, du 18 avril 1999 - Cst. – RS 101). Ce principe est complété par un droit constitutionnel, source de prétentions justiciables devant les autorités et tribunaux, à savoir celui de toute personne d'être traitée par les organes de l'Etat conformément aux règles de la bonne foi (art. 9 Cst.). L'application du principe de la bonne foi suppose que l'autorité soit intervenue par un acte ou une omission dans une situation concrète à l'égard de personnes déterminées, qui, seules, peuvent le cas échéant se prévaloir de sa violation et, si sont réalisées les conditions exceptionnelles dans lesquelles le principe de la bonne foi doit l'emporter sur celui de la légalité, obtenir une adaptation de leur régime légal dans la mesure nécessaire au respect du principe de la bonne foi (Pierre MOOR / Alexandre FLÜCKIGER / Vincent MARTENET, Droit administratif, 3ème éd. 2012, I/6.4.1). L'administration peut ainsi se trouver liée par des renseignements inexacts (et a fortiori des assurances erronées) qu'elle donnerait, pour autant qu'elle était compétente (à tout le moins apparemment) pour ce faire, que les renseignements en question étaient inexacts, ont été fournis sans réserve, en termes clairs et catégoriques, en rapport avec une situation concrète déterminée, que l'inexactitude ne tient pas un changement subséquent de la loi, que l'administré n'a pas été en mesure, en faisant preuve d'un minimum d'attention, de reconnaître l'erreur, et qu'il a pris, en se fiant à ces renseignements, des dispositions irréversibles (Pierre MOOR / Alexandre FLÜCKIGER / Vincent MARTENET, op. cit., I/6.4.2). b) Le principe de la bonne foi s'applique en matière d'assurances sociales. Le législateur en a ancré certaines de ses prémisses dans la LPGA et les lois spécifiques, à savoir le devoir de renseigner. Selon l'art. 27 LPGA, dans les limites de leur domaine de compétence, les assureurs et les organes d'exécution des diverses assurances sociales sont tenus de renseigner les personnes intéressées sur leurs droits et obligations (al. 1), chacun ayant au surplus le droit d'être conseillé, en principe gratuitement, sur ses droits et obligations, par les assureurs à l'égard desquels les intéressés doivent faire valoir leurs droits ou remplir leurs obligations (al. 2) ; si un assureur constate qu'un assuré ou ses proches ont droit à des prestations d'autres assurances sociales, il les en informe sans retard (al. 3). Des dispositions analogues existent en matière d'assurance-chômage. Les autorités

cantonales conseillent les chômeurs et s'efforcent de les placer, et veillent à ce que les possibilités de réinsertion de chaque assuré soient clarifiées avec soin durant le premier mois de chômage contrôlé (art. 85 al. 1 let. a LACI) ; les organes d'exécution mentionnés à l'art. 76 al. 1 let. a à d LACI renseignent les assurés sur leurs droits et obligations entrant dans les domaines d'activité spécifiques,

A/256/2014 - 20/29 - notamment sur la procédure d'inscription et leur obligation de prévenir et d'abrégier le chômage (art. 19a al. 1 OACI). Les caisses renseignent les assurés sur leurs droits et obligations entrant dans le domaine d'activité des caisses (art. 81 al. 2 LACI). c) L'art. 27 al. 1 LPGA pose une obligation générale et permanente de renseigner, par le biais par exemple de brochures, fiches, instructions, lettres-circulaires, indépendamment de la formulation d'une demande par les personnes intéressées (cf. rapport de la Commission du Conseil national de la sécurité sociale et de la santé, du 26 mars 1999, in FF 1999 V 4229, concernant l'art. 35 du projet de LPGA, correspondant à l'art. 27 finalement adopté). En revanche, l'art. 27 al. 2 LPGA prévoit l'obligation de donner une information précise ou un conseil dans un cas particulier, de sorte qu'il peut conduire à l'obligation de verser des prestations sur la base du principe de la bonne foi (cf. Premiers problèmes d'application de la LPGA, in Journée AIM, intervention du juge fédéral Ulrich MEYER, le 7 mai 2004 à Lausanne). Les conseils ou renseignements considérés portent sur les faits que la personne ayant besoin de conseils doit connaître pour pouvoir correctement user de ses droits et obligations dans une situation concrète face à l'assureur (cf. EUGSTER, ATSG und Krankenversicherung : Streifzug durch Art. 1-55 ATSG, RSAS 2003 p. 226). Le devoir de conseil s'étend non seulement aux circonstances de faits déterminants, mais également aux circonstances de nature juridique (SVR 2007 KV n° 14 p. 53 et la référence). Son contenu dépend de la situation concrète dans laquelle se trouve l'assuré, telle qu'elle est reconnaissable pour l'administration (MEYER, Grundlagen, Begriff und Grenzen der Beratungspflicht der Sozialversicherungsträger nach Art. 27 Abs. 2 ATSG, in : Sozialversicherungsrechtstagung 2006, p. 27 n° 35). Le but du conseil visé à l'art. 27 al. 2 LPGA est de permettre à la personne intéressée d'adopter un comportement dont les effets juridiques cadrent avec les exigences posées par le législateur pour que se réalise le droit à la prestation (Jacques-André SCHNEIDER, Informations et conseils à l'assuré dans les assurances sociales : le tournant de la LPGA in Revue suisse des assurances sociales et de la prévoyance professionnelle, organe pour les publications officielles de la Conférence des autorités cantonales de surveillance LPP, 2007, p. 80.). D'après le Tribunal fédéral, le défaut de renseignement dans une situation où une obligation de renseigner est prévue par la loi, ou lorsque les circonstances concrètes du cas particulier auraient commandé une information de l'assureur, est assimilé à une déclaration erronée de l'administration, qui peut obliger celle-ci à consentir à un assuré un avantage contraire à la réglementation en vigueur, en vertu du droit constitutionnel à la protection de la bonne foi (art. 9 Cst.), à condition - selon les règles précitées dégagées de façon générale par la jurisprudence (consid. 6.a) - que l'autorité soit intervenue dans une situation concrète à l'égard de personnes déterminées, qu'elle ait agi ou soit censée avoir agi dans les limites de ses

A/256/2014 - 21/29 - compétences, que l'assuré n'ait pas pu se rendre compte de l'inexactitude du renseignement obtenu, que la réglementation n'ait pas changé depuis le moment où l'assurance a été donnée, et que l'assuré se soit fondé sur les assurances ou le comportement dont il se prévaut pour prendre des dispositions auxquelles il ne saurait renoncer sans subir de préjudice (ATF 131 II 627 consid. 6.1 et les références citées ;

ATAS/534/2012 du 23 avril 2012, consid. 5 ; ATAS/1243/2011 du 17 janvier 2012 consid. 5 à 8 ; ATAS/637/2009 du 15 mai 2009 consid. 5). En cas d'omission de renseigner, il faut que l'assuré n'ait pas eu connaissance du contenu du renseignement omis ou que ce contenu était tellement évident qu'il n'avait pas à s'attendre à une autre information (ATF 131 V 472 consid. 5; arrêt du Tribunal fédéral 8C\_601/2009 du 31 mai 2010, consid. 4.2). d) Du fait que, pour exercer son droit à l'indemnité auprès d'une caisse (art. 20 al. 1 LACI), l'assuré doit remettre à cette dernière divers documents, dont certains sont des formulaires officiels sur lesquels figurent des droits et obligations de l'assuré (art. 29 OACI), et que la caisse doit lui impartir au besoin un délai convenable pour compléter les documents en le rendant attentif aux conséquences d'une négligence (al. 3 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C\_1045/2008 du 4 juin 2009), l'assuré se trouve en règle générale suffisamment renseigné par la communication de ces formulaires (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 12/2005 du 13 avril 2006, consid. 4). Le Tribunal fédéral a précisé qu'aucun devoir de renseignement ou de conseil au sens de l'art. 27 LPGA n'incombe à l'institution d'assurance tant qu'elle ne peut pas, en prêtant l'attention usuelle, reconnaître que la personne assurée se trouve dans une situation dans laquelle elle risque de perdre son droit aux prestations (ATF 133 V 249 consid. 7.2 ; DTA 2005 p. 135, C 7/03 ; arrêt du Tribunal fédéral C 240/04 du 1er décembre 2005). Le devoir de conseil de l'assureur social au sens de l'art. 27 al. 2 LPGA comprend en effet l'obligation d'attirer l'attention de la personne intéressée sur le fait que son comportement pourrait mettre en péril la réalisation de l'une des conditions du droit aux prestations (ATF 131 V 472 consid. 4.3). Reste en outre réservée la situation dans laquelle l'assuré sollicite explicitement des renseignements ; il doit pouvoir se fier aux réponses que lui donnent les autorités cantonales et les caisses, à charge pour leurs collaborateurs respectifs de savoir faire montre de clarté et de prudence, tant sur des questions de compétence pour statuer que sur des questions de fond. L'assuré n'en doit pas moins faire montre lui aussi de diligence. e) A propos de la condition relative à la compétence de l'autorité pour donner des renseignements, il sied de relever que plusieurs organes sont chargés d'appliquer la législation sur l'assurance-chômage (cf. art. 76 LACI), à savoir notamment l'autorité cantonale, l'office régional de placement et des caisses de chômage (dont la caisse publique cantonale, dont tout canton doit disposer [art. 77 LACI]). Dans le canton de Genève, l'autorité cantonale compétente au sens de la LACI et de la loi (genevoise) en matière de chômage, du 11 novembre 1983 (LMC - J 2 20) est l'OCE (art. 3 al. 1 phr. 1 du règlement d'exécution de la loi en matière de chômage,

A/256/2014 - 22/29 - du 23 janvier 2008 – RMC – J 2 20.01), qui est en outre désigné en qualité d'office régional de placement au sens de l'art. 85b LACI (art. 3 al. 1 phr. 2 RMC). La caisse publique au sens de l'art. 77 LACI est la caisse cantonale genevoise de chômage (CCGC ; art. 52 LMC), dont l'organisation et les compétences sont régies par le règlement relatif à la caisse cantonale genevoise de chômage, du 27 juillet 2011 (RCCGC – J 2 20.03) ; elle traite en son propre nom et a qualité pour agir conformément à l'art. 79 al. 2 LACI, et son administration est distincte de celle de l'Etat (art. 2 al. 2 et 3 RCCGC). Selon l'art. 81 al. 1 LACI, les caisses ont pour tâches notamment de déterminer le droit aux prestations en tant que cette tâche n'est pas expressément réservée à un autre organe (let. a), de suspendre l'exercice du droit à l'indemnité dans le cas prévu à l'art. 30 al. 1 LACI, pour autant que cette compétence n'appartienne pas, conformément à l'al. 2, à l'autorité cantonale (let. b), et de fournir les prestations à moins que la loi n'en dispose autrement (let. c). L'art. 81 al. 2 LACI prévoit que les caisses peuvent soumettre un cas à l'autorité cantonale pour décision, lorsqu'elles ont des doutes quant à savoir si l'assuré a droit à l'indemnité (let. a) et, le cas

échéant, pour combien de jours et dès quel moment il y a lieu de suspendre le droit de l'assuré aux prestations (let. b). La compétence d'examiner l'aptitude au placement est ainsi dévolue aux caisses de chômage, qui vérifient toutes les conditions du droit à l'indemnité, mais elles peuvent soumettre le dossier d'un assuré à l'autorité cantonale (soit à l'OCE), et cette autorité-ci peut examiner l'aptitude au placement même d'office, y compris rétroactivement, avec l'effet que sa décision peut déboucher sur une demande de restitution (Boris RUBIN, op. cit., n° 102 ad art. 15, cf. aussi art. 24 OACI). Quand bien même il ne fait pas partie de la caisse appelée à statuer en principe elle-même sur ce sujet, le conseiller en placement n'en est pas moins un interlocuteur privilégié pour l'assuré, quant à lui généralement profane en la matière. Les liens qui l'unissent au demandeur d'emploi - a dit le Tribunal fédéral des assurances (arrêt C.335/05 du 14 juillet 2006 consid. 3.3) - peuvent être étroits dans la mesure où le rôle essentiel du premier consiste non seulement à exercer un certain contrôle sur les démarches du second, mais aussi à lui prodiguer des conseils (Jean-Michael DUC, Quelques réflexions sur le devoir de renseignement des assurances sociales suite à l'ATFA du 14 juillet 2006, C. 335/05, in La partie générale du droit des assurances sociales, Colloque de Lausanne 2002, édité par Bettina KAHIL- WOLFF, 2003, p.172 ss). A moins qu'il ait vu son attention attirée sur la question, on ne saurait s'attendre à ce qu'un assuré départage distinctement dans son esprit les compétences respectives de l'autorité cantonale et de la caisse pour déterminer son aptitude au placement, surtout dans les cas complexes comme en l'espèce.

## **E. 7**

a) En l'occurrence, certes, la caisse a indiqué au conseiller de l'assuré "qu'une activité en GI dans l'entreprise du conjoint de l'assuré ne pose pas de soucis". Sur un plan général, le renseignement de la caisse n'était pas erroné, car le fait pour un assuré de travailler le cas échéant comme salarié au sein de l'entreprise de son

A/256/2014 - 23/29 - conjoint n'est pas une cause d'inaptitude au placement et n'est donc pas en soi incompatible avec la perception d'une compensation de sa perte de gain représentée par la différence entre son gain assuré et son gain intermédiaire (art. 24 LACI). Or, c'est bien un renseignement général que le chef de la section taxation de la caisse a donné au conseiller en placement du recourant, sans disposer des données précises du cas d'espèce ni savoir précisément de quel assuré il était question, comme il l'a déclaré lors de son audition et comme cela doit se déduire tant de l'en-tête que du libellé de son courriel précité. Lorsque, trois mois plus tard, la caisse a disposé de davantage de précisions sur le cas du recourant, dans le contexte du report de son premier jour contrôlé, la caisse a d'emblée évoqué la question de son éventuelle inaptitude au placement, et il en a saisi l'OCE. La caisse n'a donc pas donné - ni à son interlocuteur l'ayant appelé depuis l'OCE, le conseiller en placement du recourant, ni à ce dernier - d'assurance susceptible de fonder une prétention du recourant à bénéficier de l'indemnité de chômage en complément au revenu qu'il percevrait puis percevait en exécution du contrat de travail conclu avec la société considérée. Le renseignement fourni n'était pas et ne pouvait être compris comme ayant été donné en termes clairs et catégoriques et en rapport avec la situation concrète du recourant.

b) Le courriel que le conseiller a ensuite adressé au recourant se rapportait en revanche explicitement à la situation du recourant : "vous pouvez travailler dans la société de votre épouse en tant que salarié et si nécessaire faire valoir vos droits à des gains compensatoires". Force est de relever, en tout état, que le conseiller en placement du recourant a écrit ce courriel quelque peu hâtivement, se fiant sans doute à la qualité des

contacts qu'il ressentait avoir avec le recourant, dont il pensait assurément qu'il lui aurait fait part spontanément, lors de leurs contacts tant antérieurs que postérieurs à cet échange de courriels, de tout élément susceptible de remettre cette affirmation en question. Force est aussi de dire et regretter que ledit conseiller s'est contenté d'investigations superficielles, en ne s'intéressant pas plus concrètement au financement de la création et du lancement de la société considérée ainsi qu'aux rôles respectifs que le recourant et son épouse avaient au sein de cette société. Il est toutefois fort probable que ledit conseiller avait indiqué au recourant que la décision quant aux conditions d'octroi de l'indemnité de chômage, dont son aptitude au placement, était du ressort de la caisse. Le dossier ne comporte pas la preuve irréfutable mais néanmoins des indices sérieux qu'il l'avait fait et donc que le recourant savait que le courriel précité ne remplacerait pas une décision formelle, qui n'était pas acquise. Non seulement ledit conseiller l'a déclaré lors de son audition, mais aussi des courriels le laissent supposer, comme celui qu'il a envoyé le 10 mai 2013 au recourant pour lui dire notamment (dans le langage trop elliptique et familier fréquemment utilisé à tort dans des courriels) qu'au retour du dossier de la caisse il lui ferait parvenir les formulaires de gains intermédiaires, par quoi il fallait entendre que la décision devait encore être prise par la caisse et

A/256/2014 - 24/29 - qu'ensuite seulement, sous-entendu dans le cas certes escompté d'une acceptation de son statut de chômeur en gain intermédiaire, il lui enverrait les formulaires idoines pour ce cas de figure, mais pas avant que la caisse n'ait pris sa décision. Qu'une décision de la caisse était encore attendue, et donc réservée aussi aux yeux du recourant lui-même, résulte également du fait que celui-ci a indiqué à son conseiller, notamment par courriels des 3 mai et 1er juin 2013, qu'il envoyait les mêmes documents à la caisse, et déjà par courriel du 22 avril 2013, qu'il allait régler lui-même "les choses avec la caisse de chômage". Il est donc douteux que la condition première d'un droit à l'indemnité de chômage fondé sur la protection de la bonne foi soit réalisée, à savoir qu'émanant en l'occurrence du conseiller en placement, dont les propos lieraient l'OCE, il y a eu assurance donnée en des termes et des circonstances tels qu'elle aurait fondé le recourant à la tenir pour déterminante et sûre, engageant la caisse elle-même. c) Au demeurant, au plus tard dès l'instant, certes postérieur d'un bon mois au moment de la signature de son contrat de travail (intervenue fin mai/tout début juin 2013), qu'il savait, par le courrier de la caisse du 8 juillet 2013, que la question de son aptitude au placement allait être soumise au service juridique de l'OCE, le recourant ne pouvait plus considérer que les échanges qu'il avait eus avec son conseiller sur cette question liaient l'OCE. Aussi faudrait-il retenir, dans l'hypothèse subsidiaire dans laquelle la condition première précitée devrait être tenue pour réalisée au regard de la position communiquée par le conseiller en placement, que brève a été la période durant laquelle le recourant aurait pu légitimement tabler, en termes d'autorité compétente pour donner des assurances, sur l'affirmation que son conseiller avait consignée dans son courriel précité du 9 avril 2013, à savoir du 9 avril à la réception dudit courrier du 8 juillet 2013 (donc environ au 10 juillet 2013). d) Sous l'angle des dispositions irréversibles prises sur la base de l'assurance considérée - autre condition d'une protection de prétentions découlant du principe de la bonne foi (consid. 6.a in fine et 6.c in fine) -, il faudrait déjà retrancher de cette période les mois d'avril et mai 2013, puisque ce n'est qu'à la fin mai/tout début juin 2013 que le recourant a pris des dispositions, c'est-à-dire fini par signer son contrat de travail avec la société présentée comme celle de son épouse, ou à tout le moins la période du 9 avril à la mi-mai 2013 pour tenir compte du fait que son engagement a été effectif dès le 16 mai 2013 (la conclusion d'un contrat de travail n'étant

pas soumise à la forme écrite). De plus et en tout état, force serait, toujours dans cette hypothèse subsidiaire, de nier le caractère irréversible des dispositions prises par le recourant. En effet, l'engagement de ce dernier comme salarié à temps partiel de ladite société n'était pas irréversible. Dès l'instant qu'il ne s'avérerait pas compatible avec le statut de chômeur, il pourrait y être mis fin, à brève échéance (soit dans un délai de sept jours durant le premier mois, valant comme mois d'essai, puis pour la fin d'un mois

A/256/2014 - 25/29 - moyennant un délai de congé d'un mois durant la première année de service [art. 335b et 335c CO]). Sans doute l'option du chômage en gain intermédiaire avait-elle été privilégiée par le recourant dès environ le 9 avril 2013, en considération de la position prise par son conseiller. Mais il ne s'agissait en tout état alors pas encore d'une disposition au sens de cette condition d'application du principe de la bonne foi, et a fortiori pas d'une disposition irréversible. Au demeurant, s'il avait alors su qu'il ne serait finalement pas considéré comme apte au placement comme salarié de ladite société, il paraît des plus douteux, au vu du développement de la société considérée et du profil professionnel du recourant, que ce dernier aurait choisi de se mettre simplement au chômage et en recherche d'un emploi salarié, ou de suivre des cours de formation continue ; il aurait très certainement poursuivi le projet qu'il avait initié dès l'automne 2012, à savoir lancé la société considérée, et donc fait en définitive ... ce qu'il a fait en espérant pouvoir le faire avec le "coup de pouce" de gains compensatoires. C'est ainsi l'exigence même de dispositions qui plus est irréversibles qui apparaît non réalisée pour ce motif supplémentaire. e) C'est le lieu de dire, brièvement parce que très subsidiairement, que l'admission du bien-fondé d'une prétention du recourant à obtenir des gains compensatoires sur la base du principe de la bonne foi ne serait jamais limitée qu'à une très brève période (indépendamment ici de la question de savoir si le premier jour contrôlé du recourant aurait été le 10 juillet 2013 ou le 1er avril 2013 [consid. 1.c]), car il est évident que les organes d'exécution de la LACI se seraient alors trouvés dans la situation de réviser la situation du recourant, en application de l'art. 53 al. 1 LPGA, en découvrant la réalité de son engagement au sein de la société considérée (consid. 4). Autrement dit, la protection de la bonne foi n'impliquerait que temporairement une obligation de verser des gains compensatoires au recourant, la caisse et l'OCE ne pouvant être tenus de tolérer la prolongation d'une situation contraire au droit au-delà du temps nécessaire à une révision.

## **E. 8**

a) En tout état, l'affirmation du conseiller que, à teneur du courriel précité du 9 avril 2013, le recourant pouvait "travailler dans la société de (son) épouse en tant que salarié et si nécessaire faire valoir (ses) droits à des gains compensatoires" ne pouvait être comprise que par rapport à la situation que ledit conseiller connaissait effectivement et était censé connaître aux yeux du recourant. En effet, une condition supplémentaire d'admission, nonobstant son illégalité, d'une prétention sur la base du principe de la bonne foi est que l'assuré n'ait pas été en mesure, en faisant preuve d'un minimum d'attention, de reconnaître le caractère inexact du renseignement fourni (consid. 6.a in fine). L'assuré doit lui aussi avoir fait montre de diligence, tant dans la communication des informations susceptibles d'être pertinentes que dans l'interprétation des renseignements obtenus (consid. 6.d in fine). Il doit lui aussi avoir été de bonne foi.

A/256/2014 - 26/29 - b) C'est dans les semaines ayant suivi son licenciement, donc bien avant son inscription au chômage (intervenue le 14 mars 2013), que le recourant a eu l'idée entrepreneuriale de créer une société au sein de laquelle il pourrait exercer ses compétences

et qu'il s'est mis à la concrétiser, puisque, ayant reçu son licenciement le 28 septembre 2012 (pour le 31 mars 2013), il a fait enregistrer la société considérée au registre du commerce le 21 décembre 2012 déjà. Il était en réalité évident dès le départ, premièrement à ses yeux, au vu des compétences respectives de lui-même et son épouse, que c'est bien lui qui serait le "leader" de cette société, non seulement sa cheville ouvrière mais aussi sa tête pensante, autrement dit que sans lui - c'est-à-dire sans ses sources de financement, sans son savoir, sans ses contacts, sans son temps, sans sa disponibilité croissante – ladite société ne pourrait ni démarrer ni survivre (consid. 4). Et ce n'était pas en envisageant l'abandon du lancement et du développement de cette société à peine qu'une possibilité d'emploi se présenterait à lui qu'il s'est inscrit au chômage. Il n'a toutefois pas fait d'emblée état de cette société auprès de son conseiller, dans laquelle il s'investissait cependant déjà, mais uniquement, certes assez rapidement, dès l'instant où il a abordé la question de savoir s'il pourrait en être salarié tout en percevant une partie de l'indemnité de chômage. Il a tu sa qualité d'ayant droit économique de cette société, de même que l'importance de son rôle en son sein, sinon ses visées de faire de cette société sa source exclusive de revenus (visées qu'il a au mieux présentées comme relevant du moyen à long terme). Il a tu également la qualité de salariée qu'aurait son épouse au sein de cette société, ainsi que le salaire qu'elle percevrait (CHF 10'000.- par mois), exorbitant au vu des prestations qu'elle fournirait pour la société et disproportionné en comparaison du salaire qu'y toucherait le recourant (CHF 5'000.-) au vu du rôle effectif de ce dernier au sein de cette société. c) A ces omissions s'est ajouté un certain travestissement des faits. Le recourant, privilégiant tactiquement le formalisme au détriment de la transparence, a présenté la société en question comme étant celle de son épouse, sa "patronne", lui-même ayant pris soin de ne pas apparaître au registre du commerce comme organe de cette société quoiqu'il en serait et en était un organe de fait. Invité à renseigner plus précisément l'OCE, il a décrit les activités respectives de son épouse et de lui-même au sein de cette société en amplifiant le rôle de son épouse et minimisant le sien. Selon sa réponse du 30 août 2013 à l'OCE, son épouse était chargée des tâches administratives, soit la facturation, la préparation des contrats, les contacts avec les institutions financières, les déclarations d'impôts, la gestion des voyages et la préparation des séminaires, et elle gardait des liens avec des contacts dans son pays natal, la Géorgie, participait à des voyages d'affaires et à des discussions stratégiques, tandis que lui était en charge des tâches opérationnelles, soit les voyages d'affaires, les rendez-vous avec les clients, les ventes et les achats. Dans son recours du 28 janvier 2014, le recourant a indiqué, faussement, qu'il n'avait exercé aucune fonction dirigeante dans la société de son épouse avant que

A/256/2014 - 27/29 - son conseiller en placement ne le lui conseille, et que ladite société était l'œuvre de l'esprit entrepreneurial de son épouse. Or, comme elle l'a concédé lors de son audition par la chambre de céans, l'épouse du recourant effectuait pour la société des travaux de secrétariat (organisation de voyages, demandes de visa, réservation d'hôtels et de billets d'avion), et ce n'était pas elle, mais son mari, qui négociait avec les clients, rédigeait les contrats, tenait la comptabilité, faisait les déclarations d'impôts, se chargeait du marketing et de la recherche de clients, rencontrait les clients, établissait les factures (et elle les signait), établissait la stratégie commerciale. Contrairement aux dires du recourant, ce n'est par ailleurs pas son conseiller en placement qui a conseillé à ce dernier de fixer sa rémunération à CHF 5'000.- pour son engagement comme salarié à 60% de ladite société. Ledit a simplement calculé le montant des gains compensatoires qu'il obtiendrait en touchant un tel salaire. Il est également faux de prétendre qu'au moment de son inscription

au chômage il ignorait tout de ses futures fonctions au sein de la société (comme il l'a indiqué dans son mémoire après enquêtes). Au demeurant, s'il y avait eu un accroissement de son investissement au sein de cette société postérieurement à cette inscription, le recourant aurait dû en informer son conseiller et la caisse, mais il s'est gardé de le faire. Fallacieux est par ailleurs l'argument que, de décembre 2012 à mai 2013, la société n'a généré pratiquement pas de bénéfice (comme il l'a indiqué dans son mémoire après enquêtes). Dès lors qu'il serait salarié de cette société, il aurait droit à son salaire, indépendamment du chiffre d'affaires et du bénéfice de la société. d) En conclusion, s'il n'a certes pas refusé de répondre à des questions de son conseiller, il appert que le recourant a établi et maintenu un excellent rapport de confiance avec lui tout en sollicitant des reports de rendez-vous et, surtout, en se gardant de le nantir d'informations que ledit conseiller négligeait certes de lui poser, mais dont il ne pouvait ignorer ou du moins se douter qu'elles pourraient modifier la donne de la solution du gain intermédiaire qu'il entendait privilégier. De plus, il a déformé à son avantage la réalité de certains faits pertinents. Le soin qu'il a pris, notamment au printemps 2013, à demander à son conseiller confirmation de certains points tranche avec son silence sur d'autres points ; cela révèle un côté tactique. Dans ces conditions, le recourant ne pouvait comprendre la prise de position de son conseiller quant au fait qu'il pourrait travailler comme salarié à 60% de la société considérée comme ayant été donnée en pleine connaissance de cause, l'autorisant à prendre des dispositions le cas échéant irréversibles. Une condition supplémentaire d'application du principe de la bonne foi n'est donc pas non plus remplie.

#### **E. 9**

a) Le recours doit donc être rejeté. b) Exception faite, en dérogation à l'art. 61 let. a LPGA, des recours en matière de contestation portant sur l'octroi ou le refus de prestations de l'AI (art. 69 al. 1bis

A/256/2014 - 28/29 - LAI), la procédure devant la chambre de céans est gratuite, sous réserve de la possibilité de mettre des émoluments de justice et les frais de procédure à la charge de la partie qui agit de manière téméraire ou témoigne de légèreté (art. 61 let. a LPGA ; art. 89H al. 1 LPA). Compte tenu des interrogations que pouvaient soulever les prises de position du conseiller en placement et, transmises de façon déformée par ce dernier, la caisse, on ne saurait considérer que le recourant a agi témérairement ou à la légère. Aussi la présente procédure sera-t-elle gratuite. Il ne sera pas alloué d'indemnité de procédure.

A/256/2014 - 29/29 - PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant A la forme :

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.