

GE_GERICHTE ATAS/1150/2017 vom 14. Dezember 2017

GE Cour de justice, 2017-12-14, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_1150_2017

FR: GE_GERICHTE ATAS/1150/2017 du 14 décembre 2017

IT: GE_GERICHTE ATAS/1150/2017 del 14 dicembre 2017

Erwägungen

E. 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) 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 cas d'espèce est ainsi établie.

E. 2

Interjeté dans les délai et formes requis par la loi, aussi bien par la recourante en personne que par l'intermédiaire de son conseil, le recours est recevable (art. 56ss LPGA).

E. 3

Le litige porte sur l'aptitude au placement de la recourante à partir du 1er mai 2017.

E. 4

a. La compétence de vérifier l'aptitude des chômeurs à être placés appartient aux autorités cantonales en application de l'art. 85 al. 1 let. d LACI, et non aux caisses de chômage, dont les compétences sont énumérées à l'art. 81 LACI. b. L'assuré n'a droit à l'indemnité de chômage que s'il est 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 est en mesure et en droit de le faire (art. 15 al. 1 LACI).

A/3014/2017 - 10/16 - 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, 123 V 214 consid. 3 et la référence). c. 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 (arrêt du Tribunal 8C_169/2014 du 2 mars 2015 et les arrêts cités). Certes, l'intention d'un assuré d'entreprendre une activité indépendante est conforme à son devoir légal de diminuer le dommage. Si, dans ce but il

omet de prendre toutes les mesures exigibles pour retrouver un emploi, cela peut avoir cependant des conséquences sur son aptitude au placement et, partant, sur son droit à l'indemnité de chômage (arrêt du Tribunal fédéral 8C_853/2009 du 5 août 2010 consid. 5 et les arrêts cités). Il en va notamment ainsi lorsqu'un tel assuré n'entreprend pas de démarches suffisantes en vue de trouver un emploi salarié (arrêt du tribunal fédéral des assurances C 353/00 du 16 juillet 2001), ou lorsque son intention d'exercer une activité indépendante en est à un stade tellement avancé que l'acceptation d'un travail salarié n'est pas ou pratiquement plus possible (arrêt du Tribunal fédéral C 13/07 du 2 novembre 2007 consid. 3.3, publié in DTA 2008, p. 312). On précisera enfin 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). d. Dans un arrêt du 2 mars 2015, concernant un chômeur qui avait déjà obtenu l'autorisation de pratiquer la profession d'infirmier à titre indépendant et n'attendait plus que de recevoir un numéro de concordat – qui pouvait lui être accordé à tout moment et en tout cas dans un avenir proche – pour être reconnu par les assurances et qui, par ailleurs, avait toujours affirmé qu'il ne renoncerait pas à son activité indépendante pour exercer une activité salariée pour le cas où elle se présenterait, le Tribunal fédéral a estimé qu'il y avait lieu d'admettre que quand bien même il avait postulé pour des emplois salariés, cet assuré présentait une disponibilité d'emblée limitée dans le temps à compter de son inscription au chômage. Sous cet angle, sa situation était comparable à un chômeur qui prend des engagements à partir d'une date déterminée (par ex. un départ à l'étranger, une formation, l'école de recrues) et, de ce fait, n'est disponible sur le marché du travail que pour une courte période.

A/3014/2017 - 11/16 - Cette disponibilité très restreinte le rendait en principe inapte au placement car il n'avait que très peu de chances de conclure un contrat de travail (arrêt du Tribunal fédéral 8C_169/2014 du 2 mars 2015 consid. 4.4 et les références).

E. 5

a. Sous la note marginale « renseignements et conseils », l'art. 27 LPGA prévoit que, 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 a le droit d'être conseillé, en principe gratuitement, sur ses droits et obligations. Sont compétents pour cela les assureurs à l'égard desquels les intéressés doivent faire valoir leurs droits ou remplir leurs obligations (al. 2). Les principes prévus par l'art. 27 al. 1 LPGA ont été transposés à l'art. 19a de l'ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 31 août 1983 (OACI – RS 837.02), applicable au domaine spécifique de l'assurance-chômage. Cette disposition est libellée comme suit : les organes d'exécution mentionnés à l'art. 76 al. 1 let. a à d LACI renseignent les assurés sur leurs droits et obligations, notamment sur la procédure d'inscription et leur obligation de prévenir et d'abrèger le chômage (al. 1). Les caisses renseignent les assurés sur leurs droits et obligations entrant dans le domaine d'activité des caisses (art. 81 LACI) (al. 2). Les autorités cantonales et les offices régionaux de placement (ORP) renseignent les assurés sur leurs droits et obligations entrant dans les domaines d'activité spécifiques (art. 85 et 85b LACI). b. L'obligation de renseigner et de conseiller peut naître avant une demande de prestations, par exemple lors d'une demande de renseignements. Dans cette hypothèse, la personne qui prétendra n'avoir pas été renseignée

(ou l'avoir été de façon incomplète ou imparfaite) devra pouvoir rendre hautement vraisemblable, d'une part, le libellé de la question posée à l'assureur et, d'autre part, le fait que la question lui a bien été communiquée. Hormis cette éventualité, l'obligation de renseigner et de conseiller naît au moment de l'inscription formelle au chômage (art. 10 al. 3 et 17 al. 2 LACI). Ce n'est en effet pas avant l'accomplissement de cette démarche que les organes d'exécution disposent d'informations suffisantes sur la situation personnelle des assurés pour être en mesure de les renseigner de façon fiable (cf. l'art. 20 OACI ; Boris RUBIN, L'obligation de renseigner et de conseiller dans le domaine de l'assurance-chômage, in DTA 2008, p. 98). c. L'alinéa premier de l'art. 27 LPGGA ne porte que sur une information générale des assurés, par le biais par exemple de brochures d'informations ou de lettres- circulaires. En revanche, l'alinéa 2 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 (voir à ce propos la Journée AIM, « Premiers problèmes d'application de la LPGGA », intervention de Monsieur le Juge fédéral Ulrich MEYER, le 7 mai 2004 à Lausanne). Ainsi, un renseignement ou une décision erronés de l'administration peuvent obliger celle-ci à consentir à un administré un avantage contraire à la

A/3014/2017 - 12/16 - réglementation en vigueur, à condition que (a) l'autorité soit intervenue dans une situation concrète à l'égard de personnes déterminées, (b) qu'elle ait agi ou soit censée avoir agi dans les limites de ses compétences, (c) que l'administré n'ait pas pu se rendre compte immédiatement de l'inexactitude du renseignement obtenu, (d) qu'il 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 et (e) que la réglementation n'ait pas changé depuis le moment où l'assurance a été donnée (ATF 131 V 480 consid. 5, 131 II 636 sv. consid. 6.1, 129 I 170 consid. 4.1, 122 II 123 consid. 3b/cc et les références ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 335/05 du 14 juillet 2006 consid. 2.2). d. L'assuré passe souvent par une période où il hésite entre se mettre à son compte et rechercher prioritairement un emploi. Ce statut mixte n'exclut pas l'aptitude au placement. Lorsque l'engagement dans l'activité indépendante est progressif, il est nécessaire que l'office régional de placement (ORP) indique à partir de quel degré d'engagement dans l'indépendance l'aptitude au placement sera compromise (principe de la confiance, ainsi que devoir de renseigner et de conseiller au sens des art. 27 LPGGA et 19a de l'ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 31 août 1983 ; OACI – RS 837.02). Cette obligation de renseigner et de conseiller s'oppose à ce que l'inaptitude au placement puisse être constatée rétroactivement pour une période où l'ORP connaissait le degré d'engagement sans avoir renseigné l'assuré au sujet du problème d'aptitude au placement qui se posait (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 198/98 du 22 janvier 1999 ; Boris RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, p. 160, n. 46 ad art. 15 LACI).

E. 6

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).

E. 7

a. En l'espèce, l'intimé motive la décision d'inaptitude au placement par le fait que lors de son inscription auprès de l'OCE, la recourante aurait eu la ferme intention de créer sa propre entreprise et que les recherches d'emploi salariés effectuées dès le mois de mai apparaîtraient peu crédibles au regard de la volonté affichée de reprendre une arcade pour y ouvrir un restaurant. Pour sa part, la recourante soutient s'être consacrée à plein temps à ses recherches d'emploi depuis l'entretien de conseil du 2 mai 2017. Depuis lors, elle ne se serait consacrée au développement de son projet d'activité indépendante que durant son A/3014/2017 - 13/16 - temps libre, sans vouloir développer à tout prix son concept de restauration, c'est-à-dire pas sans l'aide d'une mesure de soutien à l'activité indépendante et sans la possibilité de faire face à ses charges familiales par un revenu équivalent au dernier salaire qu'elle touchait auprès de la banque. b. Force est de constater qu'entre l'ouverture du délai cadre le 1er mai et le 28 juin 2017, date de la décision querellée, la recourante a bel et bien effectué des recherches qui, de l'avis de son conseiller personnel, semblaient « convenables et [...] dans la cible de ses compétences » et, de ce fait, « conformes aux exigences » (cf. pce 46 p. 2 intimé). De plus, quoi qu'en dise l'intimé, la recourante a bel et bien effectué dix – et non huit – recherches en mai 2017, comme son conseiller personnel le lui avait demandé. Et au mois de juin, ses postulations étaient au moins au nombre de quatorze. En conséquence, on ne saurait lui faire le reproche d'avoir effectué des recherches insuffisantes sur la période déterminante. Par ailleurs, il n'existe aucun indice laissant à penser qu'elle n'aurait pas accompli effectivement la plupart des recherches d'emploi mentionnées dans les formules ad hoc remises à l'intimé en mai et juin 2017. Ainsi, la question qui se pose en définitive est le point de savoir si du 1er mai au 28 juin 2017, la recourante était inapte au placement parce que son intention d'exercer une activité indépendante en était à un stade tellement avancé que l'acceptation d'un travail salarié n'était pas ou pratiquement plus possible et/ou en raison d'une disponibilité sur le marché du travail qui n'aurait existé que pour une courte période – le temps que toutes les conditions nécessaires à l'exploitation de son restaurant soient réunies. Dans ses observations du 21 septembre 2017, la recourante indique avoir fait des recherches « afin de créer éventuellement une entreprise au cours des mois de février mars et avril 2017, soit pendant le délai de congé échéant fin avril 2017 ». Ensuite, elle se serait « uniquement consacrée à la recherche d'emplois salariés, sa situation personnelle et familiale ne lui permettant pas de se créer une situation indépendante ». De ses écritures du 22 août 2017 ressort qu'elle « a consacré la majorité de son temps à la recherche d'un emploi et a catégoriquement réduit le temps consacré au développement du projet d'activité indépendante » et que « si elle a persisté aussi longtemps dans le développement de son projet, c'est que jusqu'à la réception, le 14 juillet 2017, d'un courriel de son conseiller au chômage indiquant que l'assurance-chômage n'était pas en mesure de financer des mesures, elle a été amenée à penser que son projet pourrait bénéficier du soutien de l'OCE » (cf. complément au recours, p. 11). Compte tenu du fait que la recourante ne semble pas avoir opéré des investissements financiers dans son projet de restaurant au vu de l'état de son compte bancaire au 1er juillet 2017 (solde de CHF 61'692.- plus ou moins équivalent à l'indemnité de licenciement versée par l'employeur) et l'engagement de l'intéressée pour

une mission du 4 octobre au 31 décembre 2017, il apparaît tout à fait crédible que cette dernière ne disposait, jusqu'à la décision litigieuse, ni d'une

A/3014/2017 - 14/16 - structure d'entreprise, ni d'un local adéquat, ni d'une autorisation d'exploitation, ni d'une assurance professionnelle. Ainsi, son projet d'activité indépendante n'avait pas franchi un cap qui, en pratique, aurait rendu impossible l'acceptation d'un travail salarié (cf. ci-dessus : consid. 4c), ce à plus forte raison qu'il est établi que le conseiller personnel a précisé le 14 juillet 2017 qu'il n'y aurait « aucune décision permettant le financement de la PEP [phase d'élaboration de projet] de la part de l'assurance-chômage » (cf. les art. 71a à 71d LACI) et que la recourante a déclaré de manière plausible qu'elle n'envisageait pas de se lancer dans une activité indépendante sans un tel financement. Il paraît également probable que la recourante n'a pas retiré son avoir du 2ème pilier, dès lors que la loi fédérale sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LFLP ; RS 831.42) subordonne le paiement de la prestation de sortie en espèces à la preuve d'un établissement de l'assuré à son compte, par exemple par la production d'un extrait du registre du commerce, d'un business plan, d'une attestation de l'établissement des assurances sociales relatives à l'activité indépendante, etc. (Thomas GEISER/ Christoph SENTI, in SCHNEIDER, GEISER, GÄCHTER [éd.], Commentaire LPP et LFLP ad art. 5 LFLP, p. 1501, n. 42) et qu'en l'espèce, le nom de la recourante n'apparaît au registre du commerce qu'en lien avec son ex employeur (procuration collective à deux inscrite le 8 septembre 2014 et radiée le 5 mai 2017) ainsi qu'une association ayant pour but le soutien aux orphelins et enfants issus de familles pauvres qui ont besoin de traitements médicaux. c. Il reste à déterminer si en persistant dans le développement de son projet d'activité indépendante – parallèlement à ses recherches d'emploi – en mai et juin 2017, la recourante présentait une disponibilité d'emblée limitée dans le temps sur le marché du travail à compter de son inscription au chômage. Il convient, là aussi, de répondre par la négative. En effet, même si la recourante a déclaré le 27 mai 2017 qu'elle prendrait « un emploi qui serait proposé par qui que ce soit, à 100% en attendant que [son] projet soit réalisé », ce projet n'était, on l'a vu, pas suffisamment avancé en mai et juin 2017 – ni par la suite – et subordonné à la réalisation d'un trop grand nombre de conditions (local adéquat équipé d'une gaine de ventilation, contrat de bail, autorisation d'exploitation, financement de la PEP par l'assurance-chômage, revenu suffisant tiré de l'activité indépendante, etc.) pour pouvoir indiquer si et, dans l'affirmative, à quel moment cette activité allait commencer. Ainsi, sa situation n'était pas comparable à un chômeur qui prend des engagements à partir d'une date déterminée (départ à l'étranger, formation, école de recrues, etc.) et, de ce fait, n'est disponible sur le marché du travail que pour une courte période (cf. ci-dessus : consid. 4d). d. L'intimé n'est pas non plus en droit de déclarer la recourante inapte au placement rétroactivement à son inscription au chômage, en vertu du principe de la bonne foi et de l'obligation de renseignement. En effet, il était au courant au plus tard à compter du 27 avril 2017 de son projet d'activité indépendante. Or, il ne ressort pas

A/3014/2017 - 15/16 - des procès-verbaux d'entretien du 2 mai au 19 juin 2016, ni d'autres pièces versées à la procédure que le conseiller personnel aurait fait comprendre à la recourante clairement à partir de quel stade de développement de son projet d'activité indépendante son aptitude au placement serait compromise. Au contraire, ce conseiller est même allé jusqu'à orienter la recourante vers Newstart Sàrl « si vous désirez bénéficier de la PEP » (cf. courriel du 29 mai 2017), avant d'indiquer un mois et demi plus tard : « je ne

vous ai pas donné mon accord pour la présentation et participation à la PEP » (cf. courriel du 14 juillet 2017). Dans ces circonstances, on ne saurait faire grief à la recourante d'avoir continué à développer son projet d'activité indépendante jusqu'au 14 juillet 2017 en parallèle de ses recherches d'emploi – qui étaient conformes aux exigences, de l'avis même de ce conseiller – sans retenir simultanément une violation de l'obligation de renseigner et de conseiller. Cette obligation s'oppose à ce que l'inaptitude au placement puisse être constatée rétroactivement pour une période où l'intimé connaissait le degré d'engagement dans l'indépendance sans avoir renseigné la recourante au sujet du problème d'aptitude au placement (cf. ci-dessus : consid. 6), si tant est que celui-ci se posait réellement. Au demeurant, il est tout à fait à l'honneur de la recourante de chercher d'autres alternatives à un emploi dans le secteur bancaire, dès lors que les emplois dans ce domaine se font rares et qu'il y a un grand risque de rester au chômage pendant longtemps, comme elle l'a expliqué dans son opposition du 19 juin 2017. Elle ne s'est donc que conformée à son devoir légal de diminuer le dommage.

E. 8

Compte tenu de ce qui précède, le recours sera admis, la décision du 28 juin 2017 annulée et la recourante mise au bénéfice des indemnités journalières dès le 1er mai 2017, sous réserve de ce que les autres conditions légales soient remplies.

E. 9

Obtenant gain de cause et étant représentée par un mandataire, la recourante a droit à une indemnité à titre de participation à ses frais et dépens, fixée en l'espèce à CHF 1'500.- [art. 61 let. g LPGA; art. 89 H de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10) et art. 6 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en matière administrative du 30 juillet 1986 (RFPA - 5 10.03)]. Au surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA).

A/3014/2017 - 16/16 - PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES
SOCIALES : Statuant À la forme :

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