

# **GE\_GERICHTE ATAS/758/2017 vom 5. September 2017**

GE Cour de justice, 2017-09-05, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_758\\_2017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_758_2017)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/758/2017 du 5 septembre 2017

IT: GE\_GERICHTE ATAS/758/2017 del 5 settembre 2017

## **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 - 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 (LACI - RS 837.0). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie, le recours étant dirigé simultanément contre une décision sur opposition prise en application de la LCI. b. La procédure devant la chambre de céans est régie par les dispositions de la LPGA et celle du titre IVA (soit les art. 89B à 89I) LPA, complétées par les autres dispositions de la LPA en tant que ces articles précités n'y dérogent pas (art. 89A LPA), les dispositions spécifiques que la LACI contient sur la procédure restant réservées (cf. art. 1 al. 1 LACI ; cf. notamment art. 100 ss LACI). Le recours a été interjeté en temps utile (art. 60 al. 1 LPGA). Il satisfait aux exigences de forme et de contenu prescrites par l'art. 61 let. b LPGA (cf. aussi art. 89B LPA), Touché par la décision attaquée et ayant un intérêt digne de protection à son annulation ou sa modification, le recourant a qualité pour recourir (art. 59 LPGA). c. Le recours est donc recevable.

### **E. 2**

a. Pour l'établissement des faits pertinents, il y a lieu d'appliquer les principes ordinaires régissant la procédure en matière d'assurances sociales, à savoir, en particulier, la maxime inquisitoire, ainsi que les règles sur l'appréciation des preuves et le degré de la preuve. b. La maxime inquisitoire signifie que l'assureur social et, en cas de litige, le juge, établissent d'office les faits déterminants, avec la collaboration des parties, sans être lié par les faits allégués et les preuves offertes par les parties, en s'attachant à le faire de manière correcte, complète et objective afin de découvrir la réalité matérielle (art. 43 LPGA ; art. 19 s., 22 ss, 76 et 89A LPA ; Ghislaine FRÉSARD- FELLAY / Bettina KAHIL-WOLFF / Stéphanie PERRENOUD, Droit suisse de la sécurité sociale, vol. II, 2015, p. 499 s.). Les parties ont l'obligation d'apporter, dans la mesure où cela peut être raisonnablement exigé d'elles, les preuves commandées par la nature du litige et des faits invoqués ; à défaut, elles s'exposent à devoir supporter les conséquences de l'absence de preuve (art. 28 LPGA ; ATF 125 V 193 consid. 2 ; 122 V 157 consid. 1a ; 117 V 261 consid. 3b et les références). c. Comme l'administration, le juge apprécie librement les preuves administrées, sans être lié par des règles formelles (art. 61 let. c LPGA). Il lui faut examiner de manière objective tous les moyens de preuve, quelle qu'en soit la provenance, puis

A/984/2017 - 9/14 - décider si les pièces du dossier et autres preuves recueillies permettent de porter un jugement valable sur le droit litigieux. d. Une preuve absolue n'est pas requise

en matière d'assurances sociales. L'administration et le juge fondent leur 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 ; 126 V 353 consid. 5b ; 125 V 193 consid. 2 et les références). Il n'existe 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 ; Ghislaine FRÉSARD- FELLAY / Bettina KAHIL-WOLFF / Stéphanie PERRENOUD, op. cit., p. 517 s.). Reste réservé le degré de preuve requis pour la notification de décisions, l'exercice d'un moyen de droit, le contenu d'une communication dont la notification est établie (ATF 124 V 400 ; 121 V 5 consid. 3b ; 119 V 7 consid. 3c/bb ; ATAS/763/2016 du 27 septembre 2016 consid. 4 et 5c).

### **E. 3**

a. 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 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 et de l'ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, du 31 août 1983 (OACI - RS 837.02). b. Selon l'art. 15 al. 1 LACI, est réputé apte à être placé le chômeur qui est disposé à accepter un travail convenable et qui est en mesure et en droit de le faire. L'aptitude au placement comprend ainsi deux éléments. Le premier est objectif ; il consiste en l'existence d'une capacité de travail, c'est-à-dire l'aptitude physique et mentale de l'assuré à fournir un travail sans en être empêché pour des causes inhérentes à sa personne ; la notion d'aptitude au placement est donc plus large que celle de capacité de travail puisqu'une personne capable de travailler n'est pas forcément apte au placement, une personne en incapacité totale de travailler étant cependant inapte au placement. Le second élément est subjectif : l'assuré doit être disposé 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

A/984/2017 - 10/14 - au nombre des employeurs potentiels (ATF 125 V 58 consid. 6a, 123 V 216 consid. 3 et les références citées ; ATF 115 V 436 ; DTA 1995 p. 57). c. En règle générale, l'assuré doit accepter immédiatement tout travail convenable en vue de diminuer le dommage (art. 16 LACI). L'assuré qui fait valoir des prestations d'assurance doit, avec l'assistance de l'office du travail compétent, entreprendre tout ce que l'on peut raisonnablement exiger de lui pour éviter le chômage ou l'abréger ; il lui incombe en particulier de chercher du travail, au besoin en dehors de la profession qu'il exerçait précédemment (art. 17 al. 1 LACI). La recherche d'une activité salariée (autrement dit dépendante) est prioritaire. L'indépendance peut cependant être une solution pour mettre un terme au chômage ou pour en diminuer l'ampleur et réduire ainsi le dommage à l'assurance

; aussi la LACI encourage-t-elle la prise d'une activité indépendante (cf. art. 9a, 24 et 71a ss LACI), sans pour autant couvrir les risques entrepreneuriaux ni renoncer à l'exigence d'aptitude au placement. L'exercice d'une activité indépendante durable pendant le chômage n'affecte pas l'aptitude au placement s'il intervient en dehors des horaires de travail normaux (ATF 112 V 136 consid. 3b ; arrêt du Tribunal fédéral 8C\_966/2010 du 28 mars 2011), ou si, quoique empiétant sur les heures habituelles de travail, il n'empêche pas la prise d'une activité salariée, autre étant la question de savoir si et, dans l'affirmative, dans quelle mesure cette situation doit impliquer une réduction, voire une suppression de l'indemnisation. Toutefois, lorsque l'exercice d'une activité indépendante prend de l'ampleur, il affecte la disponibilité de l'assuré, qui devient inapte au placement et n'a donc plus droit à l'indemnité de chômage (ATAS/1120/2014 du 4 novembre 2014 consid. 3b ; Boris RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, n. 23, 26, 36 et 48 ad art. 15). Est ou devient 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. Pour juger du degré d'engagement dans l'activité indépendante et, partant, retenir une disponibilité trop faible rendant l'assuré inapte au placement, il faut examiner les investissements consentis pour exercer l'activité considérée, ainsi que les dispositions prises et les obligations personnelles et juridiques assumées à cette fin, 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. 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. L'aptitude au placement doit 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

A/984/2017 - 11/14 - d'emblée toute activité salariée parallèle. Autrement dit, il n'y a guère que des activités indépendantes dont l'exercice n'exige ni investissement particulier, ni structure administrative lourde, ni dépenses importantes qui peuvent être prises en considération à titre de gain intermédiaire (cf. ATF 112 V 136 consid. 3b ; arrêts du Tribunal fédéral 8C\_342/2010 du 13 avril 2011 consid. 3.2 et 3.3 ; 8C\_966/2010 du 28 mars 2011 ; ATAS/513/2015 du 30 juin 2015 consid. 5f ; ATAS/246/2015 du

#### **E. 7**

avril 2015 consid. 4 ; ATAS/1120/2014 du 4 novembre 2014 consid. 3 ; Boris RUBIN, op. cit., n. 23, 26, 36 et 48 ad art. 15). 4. a. En l'espèce, il appert que le recourant a réalisé dès son inscription au chômage et au-delà du 1er décembre 2016 l'élément objectif de la capacité d'exercer un emploi de peintre en bâtiment (et de tout autre emploi convenable). L'intimé conteste en revanche qu'il a conservé, dès le 1er décembre 2016, une volonté et une disponibilité suffisantes d'accepter un tel emploi convenable, du fait qu'il avait fait inscrire une entreprise individuelle en raison individuelle au Registre du commerce le 1er décembre 2016 et s'était – selon l'intimé – investi depuis lors dans le lancement de cette entreprise individuelle. b. Il n'est cependant pas contesté ni contestable que le recourant a effectué régulièrement les recherches personnelles d'emploi qu'il était tenu de faire, et ce

depuis septembre 2016 à tout le moins jusqu'en février, voire avril 2017. Sa conseillère en personnel n'a pas décelé d'indice – même après que le recourant avait renoncé à suivre la formation proposée par l'OCE – qu'il n'aurait pas accompli et ne continuait pas à accomplir de telles recherches sérieusement, en étant réellement disponible et d'accord d'accepter un emploi salarié de peintre en bâtiment qu'il trouverait ou qui lui serait proposé. Rien ne permet de retenir que, durant les mois de décembre 2016 et janvier 2017, le recourant aurait consacré un temps et une énergie au lancement de son entreprise qui n'auraient pas été compatibles avec l'accomplissement sérieux et authentique de ses recherches personnelles d'emploi, ni avec l'acceptation d'un emploi salarié convenable qu'il aurait le cas échéant eu l'occasion de saisir. Les quelques démarches effectuées dans ce but durant la période précitée n'ont nullement présenté un caractère irréversible pour le recourant, tant objectivement que subjectivement. Il est au demeurant établi par les pièces du dossier et les enquêtes intervenues que l'essentiel des démarches qui ont été faites en vue de lancer son entreprise ne l'ont pas été par lui, mais, certes avec son accord, par les membres de sa famille, à savoir principalement sa belle-mère en plus de son épouse et son beau-père. c. La seule inscription de son entreprise individuelle au Registre du commerce, intervenue le 1er décembre 2016, n'affectait pas son aptitude au placement. Elle a représenté et été conçue comme une démarche préliminaire, dont il a été rendu hautement vraisemblable qu'elle a été accomplie sans du tout sceller une volonté de s'établir comme indépendant.

A/984/2017 - 12/14 - C'est courant décembre 2016 que le recourant s'est enhardi dans l'idée de lancer sa propre entreprise, du fait que des employeurs potentiels contactés avaient décliné ses offres de service comme salarié mais lui avaient laissé entendre qu'ils pourraient lui donner de petits travaux à effectuer s'il était indépendant, et du fait aussi qu'il ne s'est pas senti du tout à l'aise de suivre la mesure iEmploi lui ayant été recommandée sinon prescrite par l'intimé. C'est aussi courant décembre 2016 que sa belle-mère a recueilli les principaux premiers renseignements sur les tenants et aboutissants de la création d'une entreprise, en particulier lors d'un entretien du

## **E. 8**

décembre 2016 auprès d'une fiduciaire. C'est ensuite seulement, fin décembre 2016/début janvier 2017, que d'autres démarches ont été accomplies, auprès de la SUVA agissant sur mandat de l'Office fédéral des assurances sociales, du moins dans la branche d'activité considérée, pour déterminer s'il devait être considéré comme exerçant une activité indépendante ou salariée. À ce stade, la décision même de s'installer à son compte n'était pas encore prise. Il s'agissait d'une piste à creuser, comme alternative à un engagement comme salarié qui continuerait le cas échéant à se refuser à lui. d. La réponse que la SUVA a adressée le 19 janvier 2017 au recourant, reconnaissant à ce dernier un statut d'indépendant, a représenté une étape importante dans le processus objectif et subjectif ayant ensuite conduit au lancement de l'entreprise. Ce n'est cependant pas la date fixée alors rétroactivement au 1er janvier 2017 qui est déterminante pour juger de l'aptitude au placement du recourant, ni même celle de ladite décision ou de sa réception au mieux le lendemain vendredi 20 janvier 2017. Courant janvier 2017 – à teneur des explications pleinement crédibles et vraisemblables qu'il a fournies à l'intimé par courrier du 16 janvier 2017 –, le recourant n'avait, ni personnellement, ni par l'intermédiaire de sa famille, acquis du matériel, fait de la publicité, loué de locaux, conclu des contrats pour exercer son métier à titre indépendant dans une mesure qui démentirait le sérieux de ses recherches personnelles d'emploi et la réalité de sa disponibilité et de son accord à s'engager le cas

échéant encore comme salarié. La possibilité de gagner sa vie comme peintre en bâtiment indépendant n'était alors qu'hypothétique et aléatoire, si bien qu'il doit être cru lorsqu'il affirme qu'il aurait encore accepté un emploi salarié correctement rémunéré s'il s'en était présenté un à lui lors de ses recherches ou – hypothèse ne s'étant pas réalisée – sur proposition de l'intimé. Tant le bilan au 1er janvier 2017 que le journal des dépenses que le recourant a produits témoignent d'achats modestes et d'activités très limitées pour le mois de janvier 2017, quand bien même les dépenses considérées ont été engagées à ce stade encore davantage avec l'espoir qu'avec la perspective de devenir indépendant. e. Début février 2017 doit en revanche être retenu, en termes de vraisemblance prépondérante, comme la période charnière du lancement de l'entreprise du

A/984/2017 - 13/14 - recourant, à partir de laquelle, objectivement et subjectivement, un retour en arrière au statut de salarié, la renonciation à tenter l'expérience d'être désormais son propre patron sont devenus peu probables, même si le recourant a encore pu effectuer ses recherches personnelles d'emploi. D'après les déclarations de sa belle-mère, qui l'a incité, soutenu et accompagné de façon déterminante dans le lancement de son entreprise, les assurances ont été conclues avec effet au 1er février 2017. Le recourant a eu un premier contrat début février 2017, dont il a fait état dans son opposition du 9 février 2017 à la décision initiale de l'intimé, en demandant en outre à être libéré de l'obligation de rechercher un emploi dès le 1er février 2017. f. Il s'agit du dossier qu'après avoir estimé, à juste titre, qu'il lui fallait statuer sur l'aptitude au placement du recourant dès lors que ce dernier s'était désisté de la mesure iEmploi lui ayant été accordée et que – avait appris indirectement l'intimé – il s'était inscrit sous une raison individuelle au Registre du commerce, l'intimé s'est arrêté à tort à la date de ladite inscription au Registre du commerce, sans savoir revenir sur son impression initiale. 5. En conclusion, la chambre de ceans considère que le recourant était apte au placement en décembre 2016 et janvier 2017, mais plus dès le 1er février 2017. Aussi le recours sera-t-il admis partiellement et la décision attaquée sera-t-elle réformée dans le sens précité. 6. a. La procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA). b. Compte tenu de l'admission partielle du recours et du fait que le recourant est représenté par un avocat, il a droit à une indemnité de procédure, d'un montant réduit qui sera arrêté à CHF 800.- et mis à la charge de l'intimé (art. 61 let. g LPGA ; art. 6 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en procédure administrative du 30 juillet 1986 - RFPA - E 5 10.03). \* \* \* \* \*

A/984/2017 - 14/14 - 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.