

GE_GERICHTE A/346/2010 vom 16. September 2010

GE Cour de justice, 2010-09-16, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_346_2010

FR: GE_GERICHTE A/346/2010 du 16 septembre 2010

IT: GE_GERICHTE A/346/2010 del 16 settembre 2010

Volltext

Genève Cour de justice (Cour de droit public) Chambre des assurances sociales 16.09.2010
A/346/2010

A/346/2010 ATAS/950/2010 du 16.09.2010 (CHOMAG) , PARTIELMNT ADMIS En fait En droit RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE POUVOIR JUDICIAIRE
A/346/2010 ATAS/950/2010 ARRET DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES Chambre 8 du 16 septembre 2010 En la cause Monsieur S _____, domicilié à Jussy recourant contre OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI, domicilié Service juridique, Glacis-de-Rive 6, Case postale 3039, 1211 Genève 3 intimé EN FAIT Marié et père d'un enfant (né en 2002), S _____ (né en 1964) est titulaire d'un CFC de vendeur et d'une licence de pilote. Il a travaillé comme pilote de ligne entre 1993 et 1999, puis en qualité de dispatcher chez X _____ Jet. Le 1^{er} mars 2004, il s'est annoncé à l'office cantonal de l'emploi (ci-après : OCE). Durant son délai-cadre d'indemnisation, valable du 1^{er} mars 2004 au 28 février 2006, il a été régulièrement indemnisé jusqu'à concurrence des 400 indemnités journalières auxquelles il avait droit, soit jusqu'en septembre 2005. Il ressort en substance des notes d'entretien avec son conseiller en personnel de l'époque que l'assuré avait « pour projet professionnel : dispatcher et maître socioprofessionnel », que ses recherches d'emploi étaient correctes en qualité et en quantité et que son conseiller faisait régulièrement le tour des offres, mais n'avait jamais rien à lui proposer. Du 15 novembre au 8 décembre 2004, l'assuré a été mis au bénéfice d'un cours CA/CEBIG pour indépendants, dans la mesure où il « ne savait pas si ses compétences professionnelles et personnelles lui permettraient de réaliser avec succès un projet d'activité indépendante » (cf. décision du 17 novembre 2004). Ce cours devait lui permettre d'élucider cette question avant de faire une demande pour les mesures SAI (soutien à une activité indépendante). Selon le compte-rendu du collaborateur des mesures SAI du 17 décembre 2004 (T _____), l'assuré avait pour projet d'ouvrir un centre de loisirs aéronautiques. Du 17 au 28 janvier 2005, il a suivi un cours CA/création d'entreprise/OTP 1 destiné à lui permettre d'évaluer la faisabilité de son projet et d'acquérir les connaissances indispensables à la gestion du démarrage de celui-ci. Selon le rapport d'OTP (non daté, reçu par l'OCE le 7 février 2005), l'assuré envisageait de gérer ledit centre sous forme d'une association, dont il serait l'administrateur-secrétaire permanent (de 80 à 100%) et membre du comité. Le point fort de ce projet était que l'intéressé « n'en est pas à son coup d'essai. Son projet précédent, identique, avait réussi, mais des problèmes de personnes y ont mis fin. Il connaît les ficelles du métier. Le financement est fragile, loin d'être assuré ». Du 28 février au 29 mars 2005, il a également bénéficié d'un cours CA/cours de réalisation (conduite d'entreprise) (OTP 2). Le 4 avril 2005, son dossier a été transféré aux mesures SAI. Dans ce contexte, l'intéressé a créé une association visant à exploiter son projet de centre de loisirs aéronautiques et a établi les statuts correspondants. Le 21 septembre 2005, l'assuré a informé son conseiller qu'il avait la possibilité d'être

engagé en ETC dans un atelier d'artisanat à but non lucratif, pour la fabrication d'un avion amateur. Selon la notice correspondante, « le contact avec été établi avec M. U_____ [ie : collaborateur de l'OCE] et le statut et comité devrait lui être soumis dans les 15 jours afin de créer le poste ». Du 19 septembre 2005 au 20 septembre 2006, l'assuré a été mis au bénéfice d'un emploi temporaire cantonal (ETC), à plein temps, dans l'attente d'un placement effectif auprès d'un service utilisateur (contrat « A », du 27 septembre 2005, dans le cadre du service des mesures cantonales destiné aux personnes en fin de droit). Le 14 octobre 2005, l'assuré a eu un entretien avec son conseiller. Le compte-rendu d'entretien indique ce qui suit : « DE (ie : demandeur d'emploi) me remet les nouveaux statuts de son association. Doc. remis à M. U_____ pour analyse et Inscription au R.G. (sic). Si OK, création du poste et mettre sous contrat B ». Une notice complémentaire du même conseiller, datée du même jour, mentionne « Acceptation de l'association au R.G. (sic). Création du poste ». Par « avenant au contrat de travail conclu dans le cadre de l'emploi temporaire » du 21 octobre 2005, l'intéressé a été placé comme « constructeur » auprès de l'« Y_____ » du 20 octobre 2005 au 20 septembre 2006, à plein temps. Cette association a été constituée le 30 juillet 2005 par l'assuré et son beau-père, V_____, également président (cf. opposition du 14 février 2008, p. 2, § 11). Elle a en particulier pour but la construction et la pratique du pilotage de modèles réduits d'aéronefs. Elle est domiciliée « à Jussy ». Au terme de l'ETC, l'intéressé a été engagé par l'association, « par contrat à durée déterminée », du 21 septembre au 31 octobre 2006, comme administrateur-secrétaire permanent. Selon l'art. 11 des statuts, dans leur version révisée du 5 janvier 2007, l'administrateur-secrétaire permanent est salarié par l'association. Son rôle est d'assurer la marche quotidienne, la planification, l'organisation et la distribution des activités du centre (cf. annexe de la pièce 9, OCE). Le 15 octobre 2006, l'assuré s'est réinscrit au chômage, déclarant être disposé à travailler à plein temps. Un nouveau délai-cadre d'indemnisation lui a été ouvert du 1^{er} novembre 2006 au 31 octobre 2008. Dans l'attestation de l'employeur du 16 octobre 2006, Y_____ a attesté que l'intéressé avait travaillé comme administrateur-secrétaire permanent, du 21 septembre au 31 octobre 2006, moyennant un salaire mensuel brut de 5'500 fr., à plein temps. Lors d'un entretien avec sa conseillère en personnel du 24 octobre 2006, l'intéressé a expliqué qu'il restait en attente d'un réengagement par Y_____, laquelle devait encore recevoir un don pour le rémunérer. Par décision du 11 janvier 2007, l'OCE a enjoint à l'assuré de participer au cours « Mobilisation pour cadres », auprès de l'association Z_____, du 5 février au 2 mars 2007, afin de lui permettre de mieux cibler ses recherches d'emploi et de mieux préparer son dossier de candidature. Le 17 janvier 2007, l'assuré a fait part à sa conseillère d'un projet de création d'un centre de modélisme, pour lequel il avait préparé un dossier pour obtenir un financement de la Loterie romande. Par courriel du 31 janvier 2007, l'assuré a informé sa conseillère qu'il avait l'opportunité de produire, de manière indépendante, 1000 plaques de résine dans son atelier (de Lullier) pour une entreprise genevoise (XA_____). Toutefois, avant d'obtenir cette mission, il devait procéder à des essais de coulage dans un moule que celle-ci lui avait prêté. Pour cette raison, il sollicitait le report du cours précité, précisant que cette mission lui permettrait de réaliser un gain intermédiaire « pour 2 ou 3 mois ». Par téléphone du même jour, la conseillère lui a alors proposé de prendre elle-même contact avec cet employeur, afin de mettre en place un test d'aptitude concernant l'assuré, ce qui permettrait de justifier le report dudit cours, faute de quoi il ne pourrait pas recevoir ses indemnités journalières. L'assuré a d'abord refusé cette proposition, au motif que l'entreprise ne connaissait pas son statut de chômeur, puis a

finalement accepté de suivre le cours, déclarant qu'il se débrouillerait pour travailler le soir et les week-ends pour l'entreprise. D'après le compte-rendu (non daté) de l'association Z_____, la profession recherchée par l'assuré était « selon Plasta, artisan indépendant –animateur d'association ». En particulier, il recherchait des contrats de réalisation de pièces en résine qu'il pouvait produire dans son atelier ou des animations pour les jeunes (centres aérés) avec ses activités de modélisme proposées dans son atelier. Selon l'assuré, son projet professionnel était réaliste, car XB_____ pouvait lui payer 200'000 fr. par an ; il envisageait la construction urgente d'un site internet de présentation, ainsi que l'engagement de collaborateurs associés et souhaitait « surtout du temps, du temps, du temps (pour expérimenter et produire dans mon atelier sans m'égarer ailleurs) » ; pour le mois suivant (avril), il souhaitait passer le plus de temps possible dans son atelier pour tenter de produire les pièces en résine demandées. Selon le formateur, l'assuré était une personne très marginale et atypique ; il n'était pas concevable qu'il poursuive sa carrière en tant qu'employé dans une entreprise ; il était incapable de se conformer aux règles simples de fonctionnement en groupe. D'autre part, c'était un passionné avec une très forte capacité de travail, du charisme et de la créativité. Ses projets d'indépendant étaient intéressants. Il fallait toutefois faire attention à ne pas être idéaliste et faire un business plan qui tînt la route. Le 15 mars 2007, l'assuré a eu un entretien avec sa conseillère. Le compte-rendu de cet entretien a la teneur suivante : « Il retravaille pour l'association, mais travail à la pièce. GI (ie : gain intermédiaire) : 2 à 3 mois... (Y_____). Il doit fabriquer environ 100 pièces... Lui demande de voir avec la caisse comment remplir son GI (indépendant...). Association (recte : Atelier) de Lullier (dans le cadre de Y_____). Il effectue beaucoup de démarches afin de proposer les activités de l'association et de pouvoir remplir l'atelier cet été. Après discussion, nous convenons qu'il devrait se mettre en SAI, lui demande de prendre contact avec M. T_____ (...) ». Par courriel du 12 avril 2007, la conseillère a transmis le dossier de l'assuré à T_____. Du 2 au 30 avril 2007, l'assuré a travaillé dans son atelier de Lullier à la fabrication de pièces en résine pour le compte de Y_____ avec un contrat à la tâche qui ne lui avait, d'après ses déclarations, procuré aucune rémunération (cf. décision de l'OCE du 23 novembre 2009, p. 3, § 12). Dans un courriel à T_____ du 8 mai 2007, complété le 9 mai suivant, l'assuré s'est plaint de ce que la caisse envisageait de prendre en compte un gain intermédiaire, alors que le paiement de ses réalisations interviendrait beaucoup plus tard. Une telle retenue financière l'empêchait de lancer son entreprise, de « vivre de son chômage », respectivement de rembourser son emprunt de départ de 8'000 fr., contracté pour acheter du matériel et de l'outillage spécial. Dans ces conditions, il préférerait renoncer immédiatement aux mesures SAI et rester « tranquillement au chômage (...), en cherchant tranquillement un boulot de salarié ». Il s'abstiendrait, désormais, pendant la semaine, de tous travaux visant à se mettre à son compte et confiait « l'activité à une autre personne de l'atelier ». Il tenterait de lancer son activité le week-end, durant ses vacances ou la nuit. Le 9 mai 2007, T_____ a retourné le dossier de l'assuré « au service économique ». Selon une notice d'entretien du 15 juin 2007 avec T_____, il était apparu que le projet de l'assuré serait réalisé par une association et qu'il serait employé par celle-ci. Il ne s'agissait donc plus d'un projet d'indépendant selon la loi sur le chômage. Parallèlement, ce conseiller lui avait recommandé de prendre contact avec XC_____, afin de bénéficier d'aide dans la réalisation dudit projet. Entre-temps, le 4 juin 2007, l'assuré s'est plaint auprès de François LONGCHAMP, Conseiller d'Etat en charge du Département de la solidarité et de l'emploi (DSE), de ce que la caisse lui avait, sans avertissement, « bloqué

son salaire d'avril », au motif que « dès lors qu'il y a travail, il y a forcément retenue, même faible, de la part de la caisse ». Or, il avait saisi l'opportunité de se mettre à son compte (ce qu'il souhaitait depuis longtemps) en fabricant des plaques de supports de gélules médicamenteuses, en lieu et place d'une entreprise française, dont le patron venait de décéder. Il avait travaillé, sans avoir encore rien gagné, s'était dépensé sans compter à tenter son passage en indépendant, s'était endetté d'une forte somme d'argent et ne percevait pas d'autre salaire que celui de son chômage, et ce pendant probablement encore plusieurs mois. Désirant être transparent, il avait déclaré deux mois de suite, sur la feuille de contrôle, qu'il travaillait à faire des essais, sans salaire, l'entreprise ne payant que les plaques réussies, sans tenir compte des nombreuses heures de travail d'essais nécessaires à obtenir une production acceptable. Vu l'attitude la caisse, il avait immédiatement décidé de tout arrêter. Il a par ailleurs demandé des explications sur un système (SAI) « injuste, qui ne tenait pas compte de l'endettement quasi obligatoire d'une personne se mettant à son compte ». Par courrier du 20 juin 2007, le Conseiller d'Etat, tout en louant la transparence de l'assuré, lui a expliqué que sa communication à la caisse avait pu faire accroire qu'il exerçait une activité indépendante à caractère permanent, laquelle ne pouvait être reconnue comme gain intermédiaire pendant son chômage. N'ayant pas pu atteindre l'assuré pour obtenir les éclaircissements souhaités sur la nature de cette activité, la caisse avait bloqué ses indemnités en avril 2007. Sitôt connue son intention de renoncer à son projet d'activité indépendante, elle avait rétabli le versement des indemnités suspendues. La contrariété légitime de l'assuré était ainsi imputable à un quiproquo. Et d'espérer que l'entretien accordé par Monsieur T _____, chargé de l'accompagnement des candidats à une activité indépendante, lui aura permis de mieux cerner les incidences d'un changement de statut dans le cadre de l'assurance-chômage. Selon un compte-rendu d'entretien du 23 juillet 2007, l'assuré a indiqué à sa conseillère que, vu « ses aventures avec la caisse de chômage », il avait renoncé « à sa mise en indépendance (création de pièces, d'autant que le principal client n'était pas satisfait de la qualité... »). Il s'est par ailleurs déclaré persuadé que Y _____ allait lui offrir rapidement un poste de responsable à condition que l'association devienne prestataire du programme d'emplois temporaires fédéraux (PETF). Il prendrait également contact avec XC _____, car les activités de l'Association pourraient rentrer dans les critères. Le 29 août 2007, l'assuré a indiqué à sa conseillère qu'il espérait que le Service des mesures cantonales (SMC) lui permettrait d'avoir le statut de responsable salarié, soit auprès de Y _____, soit dans le cadre de l'Atelier. Il attendait beaucoup de cet entretien qui pourrait lui permettre de sortir du chômage et de clarifier son activité de « bénévole ». Selon une notice interne du 20 novembre 2007, la conseillère a téléphoné à une collaboratrice des Emplois temporaires fédéraux individuels (ETFI) « pour savoir ce que l'on fait avec ce demandeur d'emploi (tiré au sort). L'informe que le service juridique va examiner son cas, en attente pour savoir si apte au placement ». Par courrier du 23 novembre 2007, l'OCE a informé l'assuré qu'en regard de son activité en qualité de « responsable d'une association et de ses recherches personnelles d'emploi », il convenait d'examiner son aptitude au placement. Dans un e-mail du 27 novembre 2007, faisant référence au courrier précité, l'assuré a écrit : « je pense qu'il s'agira encore de parler de l'incompatibilité éventuelle entre le statut de demandeur d'emploi et celui de responsable d'association... ? ». Il a en outre indiqué que l'Y _____ avait reçu, deux mois plus tôt, un don de 80'000 et qu'il consacrait toute son énergie à trouver un local ad hoc afin de présenter rapidement un show-room de « nos activités » et déclencher ainsi la venue de nouveaux sponsors. Il avait envoyé un dossier à l'Office cantonal pour

l'orientation, la formation professionnelle et continuait ses démarches pour une validation de compétences, afin de pouvoir porter à nouveau l'association candidate au nouveau programme de formation de chômeurs qui remplacera les Emplois temporaires cantonaux. Dès qu'il serait reconnu comme formateur d'adultes, « je tenterais (l'association ?) d'obtenir une sorte d'aide ou de subvention de l'état pour former ces chômeurs aux métiers des composites ». Il signalait également qu'une nouvelle opportunité de revenus, « soit pour moi-même, soit pour l'association », s'était offerte, suite à une demande de devis pour la fabrication de haut-parleurs haut de gamme en fibre de verre. Dans un second e-mail du même jour, l'assuré a précisé que s'il devait choisir entre son rôle actuel, - non rémunéré -, dans l'association, et son statut de demandeur d'emploi, il préférerait le second, ainsi que la terminaison des contrats de 2 ETC présents, car il ne pouvait pas se permettre de quitter le chômage sans revenu. Selon le rapport d'entretien du 3 décembre 2007 avec le Service juridique, signé par l'assuré, ce dernier travaillait comme bénévole pour Y_____. Il souhaitait promouvoir les activités de l'association, afin d'en vivre. Depuis 2003, il louait un atelier, situé à 100 mètres de son domicile, dans lequel des enfants du village venaient bricoler. Les activités consistaient à créer des modèles réduits et à essayer de les vendre afin de rembourser les dettes engendrées par l'achat du matériel. Ses recherches d'emploi avaient pour objectif d'obtenir des contrats de travaux en résine composite pour son atelier, à titre personnel ou afin de permettre aux deux ETC, employés par Y_____, de continuer leur contrat. Le but était d'obtenir suffisamment de commandes afin de mettre un terme à sa période de chômage. Il ne faisait aucune offre de service en qualité de salarié, car il savait que cette directive (recte : direction) était vouée à l'échec. Cette orientation était volontaire, suite à un bilan pour devenir indépendant établi par le CEBIG, et des cours OTP 1 et OTP 2 + Z_____, mesures prescrites par l'OCE, afin qu'il avance dans son projet de mise en indépendant. Ses recherches d'emploi étaient ainsi en accord avec son projet et effectuées avec l'assentiment de l'OCE. Il se rendait tous les jours dans son atelier dans l'espoir de créer une petite PME. Il ne pensait pas pouvoir fonctionner à nouveau en qualité d'employé, mais n'était pas en mesure de refuser un nouvel emploi. Il estimait toutefois qu'un statut d'indépendant était la seule direction réaliste et réalisable. S'il trouvait un employeur potentiel, il essaierait néanmoins de répondre à ses exigences. Dans une « lettre ouverte » du 5 décembre 2007, l'assuré a rappelé qu'il faisait depuis longtemps des recherches pour être indépendant, puisque c'était la direction que l'OCE lui avait dit de suivre en lui faisant suivre des cours pour devenir indépendant. Chercher du travail comme employé serait donc complètement à contre-courant de la direction choisie en accord avec l'OCE. Le rapport de Z_____ « stipulait clairement dans sa conclusion (...) que je ne peux que devenir indépendant et rien d'autre... et que j'ai une grande capacité de travail dans cette direction. Chercher du travail comme employé serait donc complètement à contre-courant de la direction choisie en accord avec vous-même et tous ceux de votre office qui m'ont proposé ces cours, non ? ». Durant la journée, il ne faisait « rien d'autre que des recherches de travail de futur indépendant en établissant des devis, construisant des prototypes, faisant du 'commercial' en allant par exemple visiter des architectes, des chocolatiers, des modélistes, etc... Pensez-vous que tout ceci devait aller plus vite, que je devrais gagner des contrats qui me rendront millionnaire en 15 jours ? ». Y_____, présente dans « MON atelier » (sic), servait de support à cette entreprise socio-éducative en démarrage. Grâce à son travail de recherche de fonds, il avait obtenu de la Loterie romande un don de 80'000 fr. pour l'Y_____, en septembre 2007. Cet argent ne lui appartenait pas et ne pouvait lui servir de salaire sans décision du comité. Ce dernier était

composé notamment de son beau-père, qui le soutenait et le conseillait, fort d'une grande expérience d'entrepreneur. Par ailleurs, l'assuré a reproché à l'OCE d'avoir mis un terme aux deux ETC présents dans son atelier et engagés par Y_____, au motif qu'il n'était pas censé surveiller et former des ETC. Et d'ajouter : « Pourquoi ? Parce que paraît-il je suis censé pouvoir me présenter immédiatement à un travail pour lequel on pourrait m'appeler... mais qui ne viendra pas vu que je ne fais pas d'offres d'employés, AVEC l'accord de l'OCE et de ma conseillère (qui je le répète m'a fait suivre un cours pour devenir indépendant). Celle-ci a d'ailleurs été fréquemment confuse, me disant de suivre une direction, puis une autre... ». Le 7 décembre 2007, à la demande du Service juridique de l'OCE, l'assuré a communiqué un contrat de bail de location, signé par lui le 5 août 2003, pour une durée de cinq ans, renouvelable tacitement d'année en année, pour un atelier sis dans les locaux de d'une ancienne laiterie, moyennant un loyer de 150 fr. par mois, hors charges, ainsi qu'une police d'assurance responsabilité civile « Associations », conclue entre Y_____ et ALLIANZ SUISSE, pour la période du 9 juillet 2007 au 1^{er} janvier 2013. L'assuré a également transmis une documentation intitulée « Y_____ pour tous », concernant des centres aérés d'été (aéromodélisme, parcours VTT, constructions et essais de modèles réduits radiocommandés), pour la période du 25 juin au 25 août 2007. Par décision du 18 janvier 2008, l'OCE, Service juridique, a prononcé l'inaptitude au placement de l'assuré, dès le 1^{er} novembre 2006. En substance, cet office a retenu que bien que des cours aient été octroyés à l'intéressé afin de lui permettre d'élaborer son projet d'activité indépendante, ledit projet s'était avéré ne pas répondre aux critères prévus par la LACI pour lui permettre de bénéficier des prestations SAI, dès lors que son statut était celui de salarié auprès de son Association. En particulier, l'assuré ciblait uniquement ses démarches pour trouver des clients potentiels pour son Association, signalait toutes ses lettres de candidature en tant que responsable de l'Atelier et proposait à des artisans de fabriquer différents produits en matériau composite. Dans ces conditions, il lui appartenait de continuer à rechercher un emploi en tant que salarié, au lieu de se consacrer exclusivement à son Association et à son Atelier. En se consacrant uniquement à son projet d'indépendant, il n'était pas disposé, ni en mesure de rechercher ou d'accepter un emploi salarié, étant entendu qu'il persistait à n'entrevoir qu'une activité indépendante. Dans son opposition du 14 février 2008, formulée par l'intermédiaire de Me Didier BROSSET, l'assuré a contesté « formellement » être inapte au placement. Il a fait valoir qu'en mars 2007, il avait dûment informé l'OCE de son opportunité de fabriquer, de manière indépendante, des plaques en résine synthétique pour une entreprise genevoise. Il avait toutefois dû renoncer à cette activité, car le prix de vente ne lui permettait pas de couvrir ses frais. Par ailleurs, il convenait de distinguer l'Association (pour laquelle il travaillait bénévolement) de l'Atelier, où il réalisait les plaques de résine. Contrairement à ce qui ressortait de la décision attaquée, il ne s'était pas borné à œuvrer pour réaliser son projet d'activité indépendante, mais avait aussi recherché activement des emplois comme salarié (64 offres) ou comme travailleur à la tâche (70 offres), en particulier pour la fabrication de maquettes pour des bureaux d'architectes. L'examen de toutes les démarches entreprises démontrait clairement qu'il s'était démené pour trouver un emploi. En août 2007, il avait présenté à W_____, responsable du SMC, cette possibilité de fabriquer des pièces dans son atelier. A la mi-septembre 2007, ce dernier était venu sur place. Il était faux de prétendre qu'il n'effectuait aucune offre de service en qualité de salarié, puisque 52% de ses courriers ciblés précisaient qu'il disposait d'un atelier et 48% ne le mentionnaient pas. Proposer de travailler comme maquettiste ne signifiait pas forcément comme indépendant,

un atelier d'architectes pouvant avoir besoin de lui comme un employé . Sa conseillère était parfaitement au courant de ce type de démarche. Elle vérifiait, simplement, s'il avait bien fait 12 offres (par mois) et les réponses éventuelles. La seule remarque qu'elle avait formulée avait été de ne pas agir « en tant qu'Atelier», mais en tant que « S _____ ».

Il avait en conséquence modifié le libellé de ses offres. L'utilisation des termes visait en fait à faire plus professionnel et augmenter ainsi ses chances. Il a par ailleurs contesté l'affirmation de l'office intimé, selon laquelle « il ne pensait pas pouvoir fonctionner à nouveau en qualité d'employé ». En effet, dans sa situation, il n'était pas en mesure de refuser une offre d'emploi. Ses démarches étaient connues et avaient d'ailleurs reçu l'approbation de l'OCE, dans la mesure où il avait été mis au bénéfice d'un ETC au sein de l'association qu'il avait créée, de septembre 2005 au 31 octobre 2006. De même, le SMC avait eu connaissance des activités qu'il déployait pour trouver un emploi ou avoir un travail. Il s'était donc vu en droit d'agir comme il le faisait et jamais, avant la décision litigieuse, son attention n'avait été attirée sur le fait qu'il pourrait être déclaré inapte au placement. Même quand il envisageait de travailler pour son association, ce n'était pas comme indépendant, mais comme salarié, ce qui n'avait pas pu être fait de manière durable, faute de moyens pour le rémunérer. Il avait agi de parfaite bonne foi. Par ailleurs, en vertu du principe de la confiance, lorsqu'elle laissait agir un administré d'une certaine façon, l'administration ne pouvait le sanctionner, plus d'une année après les faits. Or, de novembre 2006 à décembre 2007, l'OCE avait conforté l'assuré dans la voie qui avait été tracée d'un commun accord et sans aucune critique. Le revirement de l'administration était choquant et abusif. De plus, il était curieux de le considérer aujourd'hui comme non « plaçable », alors que l'OCE avait recouru à ses services pour fournir du travail à des chômeurs. Ainsi, son association avait occupé deux chômeurs au bénéfice d'ETC, l'un en tant que menuisier et l'autre en tant que mécanicien automobile (contrats initialement prévus du 13 avril 2007 au 14 février 2008, respectivement du 2 avril 2007 au 3 avril 2008), avant que l'OCE ne donne à ces derniers l'ordre, en décembre 2007, de ne plus se présenter à leur travail. Enfin, la décision litigieuse aurait de très graves conséquences, dès lors qu'il devrait restituer toutes les indemnités reçues. Si vraiment, il était inapte au placement, il aurait fallu l'en informer plus tôt ou ne faire remonter les effets de cette décision qu'au jour où elle avait été prise. A l'appui de son opposition, l'intéressé a déposé les formulaires de « preuves de recherches personnelles effectuées en vue de trouver en emploi », à plein temps, pour les mois de janvier 2007 à janvier 2008, ainsi que les lettres de candidature correspondantes, dont certaines mentionnent par ailleurs la possibilité d'un financement partiel du salaire par l'assurance-chômage, durant une année, grâce à l'allocation de retour en emploi (ARE).

Soit : - janvier 2007 : 9 recherches en tant que responsable des travaux manuels auprès de divers EMS genevois (papier à l'en-tête de S _____) ; 4 recherches auprès d'entreprises industrielles, toutes clientes de l'entreprise XD _____, en tant qu'indépendant « prod. moulages » (papier à l'en-tête de « l'Atelier»). - février 2007 : 12 recherches, à l'en-tête « S _____ », en tant que « centre aéré été », « maître de bricolage extérieur pour des activités ludiques de modélisme », ou « d'animateur socio-culturel », auprès de diverses maisons de quartier. Les lettres de candidature correspondantes mentionnent que l'intéressé dispose d'un local-atelier équipé « pouvant recevoir occasionnellement des jeunes de votre maison ». - mars 2007 : 12 recherches auprès d'EMS en tant que responsable de travaux manuels ; les lettres de candidature correspondantes précisent que l'assuré est particulièrement intéressé par un poste fixe ou temporaire de 40 à 80%, « mais m'adapterai volontiers à vos besoins spécifiques, si

nécessaire ». - avril 2007 : 6 recherches, comme vendeur de quincaillerie. - mai 2007 : 12 recherches auprès d'EMS comme responsable de travaux manuels pour un poste à 80% ou plus, ou auprès de maisons des jeunes comme animateur socio-culturel ou auprès de l'Hospice général, comme commis administratif au foyer pour requérants d'asile de Présinge. Dans les lettres de candidature correspondantes, l'assuré indique indifféremment qu'il « travaillait récemment » ou qu'il « collabore actuellement » pour Y_____. - juin 2007 : 12 recherches, en particulier auprès de maisons de jeunes en tant que responsable de travaux manuels ou auprès de XE_____, comme collaborateur administratif ou encore auprès du syndicat XF_____ UNIA, comme collaborateur syndical. Dans les lettres de candidature correspondantes, l'assuré précise qu'il « travaillait récemment » ou qu'il « collabore actuellement » pour Y_____. Dans son courrier au syndicat du 24 juin 2007, il indique être « actuellement responsable d'une association socio-éducative que j'ai moi-même créée ». - juillet 2007 : 12 recherches auprès de diverses entreprises, comme « constructeur ». Les lettres de candidature correspondantes sont toutes libellées à l'en-tête « L'Atelier », signée par S_____, « responsable de l'Atelier », et concernent « Atelier de production et moulage de pièces de résine. Proposition de collaboration ». Elles indiquent en particulier : « L'un de nos collaborateurs est également menuisier-ébéniste de métier et a déjà réalisé de nombreuses maquettes d'architectures (...). Nous vous proposons aujourd'hui de nous confier une pièce pour essai de reproduction, afin de pouvoir vous montrer nos compétences et qui sait devenir à terme l'un de vos fournisseurs réguliers ». - août 2007 : 12 recherches en tant que maquettiste auprès de bureaux d'architectes (les lettres de candidature correspondantes ont un contenu similaire à celles de juin 2007) ou auprès de maisons des jeunes, en tant qu'animateur socio-culturel (rappelant la possibilité d'AIT). - septembre à décembre 2007 : 48 recherches en tant que maquettiste auprès de bureaux d'architectes. Les lettres de candidature correspondantes ont également un contenu similaire à celles de juin 2007. Toutefois, à la différence de celles-ci, leur en-tête mentionne « S_____, L'atelier ». - janvier 2008 : 12 recherches en tant que maître de bricolage auprès de diverses maisons de jeunes. A l'exception de celui de décembre 2007, qui mentionne, sous la rubrique « justificatifs » : « RECHERCHES EN VUE DE DEVENIR INDEPENDANT » les formulaires précités portent la mention : « Montrés au conseiller prochaine entrevue ». Le 20 avril 2008, l'assuré a informé l'OCE qu'il avait retrouvé un emploi dès le 1^{er} février 2008 et qu'il renonçait aux prestations de l'assurance-chômage dès cette date. Il a produit à cet égard un « contrat de travail temporaire », signé le 14 février 2008, aux termes duquel Y_____ l'avait engagé comme administrateur-secrétaire permanent à 100%, du 1^{er} février au 31 juillet 2008, moyennant un salaire mensuel de 4'050 fr. brut. Selon une notice d'entretien téléphonique du service juridique avec W_____, du 18 juin 2008, le SMC n'était pas au courant que l'assuré avait des liens avec Y_____ au moment où il avait effectué son ETC (de septembre 2005 à septembre 2006). Ce n'était qu'au courant de l'été 2007, lorsqu'il y avait eu une multiplication d'ETC, que ce service s'en était aperçu. Le SMC s'était alors également rendu compte que c'est l'assuré qui formait deux ETC au sein de cette association. Un délai d'un mois lui avait alors été accordé pour se mettre en conformité avec le chômage. Par décision du 30 juin 2008, l'OCE, Service juridique, a rejeté l'opposition formée par l'assuré. Il a en particulier relevé qu'à la suite de ses recherches d'emploi pour le mois de juillet 2007 en qualité de maquettiste, sa conseillère lui avait expliqué qu'il devait rechercher un travail auprès d'un employeur et non pas des clients pour son atelier. Par ailleurs, le site internet de Y_____ indiquait que le centre de

modélisme était dirigé par le comité de l'association et que celle-ci organisait des activités socioprofessionnelles de modélisme dans le cadre de son petit atelier. Depuis sa réinscription à l'OCE, l'opposant s'était entièrement consacré à son activité indépendante. Pendant son chômage, il avait développé son projet professionnel de création d'un centre de modélisme par l'intermédiaire de Y _____, au sein de laquelle il occupait la fonction d'administrateur-secrétaire permanent (fonction envisagée dans le cadre de son projet professionnel établi lors du cours « Cebig pour indépendants »). Dans les faits, il n'avait jamais cessé d'œuvrer pour cette dernière, se présentant notamment comme le responsable dans la cadre de ses postulations. Parallèlement, il s'était occupé à produire des pièces en résine dans son atelier, dans lequel Y _____ organisait des activités de modélisme. Il avait par ailleurs déclaré avoir effectué de nombreuses démarches afin de proposer les activités de l'association et de remplir son atelier pour la période estivale. En février 2007, il avait précisément effectué des recherches en qualité de « centre aéré » et, sur la documentation de l'Atelier /Y _____ relative au centre aéré d'été, il apparaissait comme secrétaire de Y _____ et responsable d'atelier. En outre, lors de l'entretien avec le service juridique, il avait déclaré n'effectuer aucune offre de service en qualité de salarié, n'ayant comme objectif que d'obtenir suffisamment de contrats de commandes de travaux en résine composite pour son atelier. Dans ses conditions, l'activité indépendante déployée par lui ne pouvait être qualifiée de passagère, et ce nonobstant sa déclaration de renonciation à ladite activité. Il avait d'ailleurs entrepris des démarches pour devenir PETF par l'intermédiaire de l'association et, dès le mois de juillet 2007, s'était à nouveau présenté dans ses courriers comme responsable de l'Atelier. A cet égard, ses démarches n'avaient nullement reçu l'appui de l'OCE, attendu que sa conseillère lui avait alors précisément indiqué d'effectuer des recherches en qualité d'employé et non de rechercher des clients pour son atelier. Il y avait ainsi tout lieu d'admettre qu'il n'était pas disposé à prendre un emploi salarié à plein temps auprès d'un employeur tiers (soit autre que dans sa propre association), en raison de la poursuite de son activité indépendante à caractère durable. Au vu de l'ensemble des faits, il fallait considérer que dès le début de son chômage, l'opposant avait employé son temps pour réaliser et développer son projet d'activité indépendante. Le temps consacré à ces activités n'étant pas contrôlable, il fallait retenir qu'elles l'occupaient à plein temps, ce qui ressortait par ailleurs de ses déclarations. Ainsi, en dépit du fait qu'il mentionnait désormais, au stade de l'opposition, avoir effectué des recherches personnelles d'emploi en qualité de salarié, il y avait tout lieu d'admettre qu'il n'était pas disposé à prendre un emploi salarié à plein temps. En outre, l'opposant ne pouvait tirer argument du fait qu'il avait été mis au bénéfice d'un ETC au sein de Y _____ pour conclure que ses démarches avaient reçu le soutien de l'OCE, puisque ses liens avec l'association n'avaient été connus qu'au début de l'été 2007. Enfin, les cours accordés dans le cadre du précédent délai-cadre représentaient un moyen pour lui de sortir du chômage en devenant indépendant, mais non pas de faire perdurer son chômage dans l'attente que son projet professionnel devienne rentable. L'autorité précisait encore que la question de la bonne foi pourrait être invoquée dans le cadre de l'examen d'une demande de remise « subséquente à la décision de remboursement de la caisse ». Cette décision est entrée en force, faute d'avoir été attaquée. Le 1^{er} mars 2009, l'assuré a écrit à l'OCE afin d'avoir des nouvelles de son dossier, singulièrement de savoir si une sanction serait prise à son égard, étant précisé qu'il devrait probablement se réinscrire au chômage d'ici peu. Il a également affirmé, d'une part, que « dans une décision, vous avez parlé de reconnaître ma bonne foi dans les XF _____ possiblement incompatibles avec mon statut, commises lors d'une

précédente période de chômage ? » et que, d'autre part, toutes ses démarches avaient été effectuées dans le but de se créer davantage de chances de trouver un emploi, en étant « entrepreneur dans mon atelier, au lieu de rester oisif chez moi entre deux simples recherches d'emploi écrites », qui ne prenaient pas 40 heures par semaine. Dans ce même courrier, il a précisé : « J'ai maintenant compris que lorsqu'on est au chômage, il faut rechercher un classique travail d'employé, mais ne jamais envisager seul de se mettre à son compte, pour ne pas court-circuiter le système SAI bien rôdé mis en place par l'OCE, que vous semblez estimer suffisamment efficace (...). Suite à mon départ de l'assurance-chômage, fin janvier 2008, j'ai pu être engagé et salarié dans l'association que j'ai créée, mais celle-ci étant maintenant à cours de fonds, je vais probablement devoir me réinscrire au chômage d'ici peu ». Par courrier du 6 mars 2009, l'OCE, Service juridique, l'a informé que la caisse genevoise de chômage (CCGC) (à laquelle une copie dudit courrier était transmise) devrait lui demander la restitution des indemnités perçues indûment, dans la mesure où la décision sur opposition du 30 juin 2008 était entrée en force. Il ne s'agissait pas là du prononcé d'une sanction au sens de l'article 30 LACI. Par décision du 10 mars 2009, notifiée sous pli recommandé, reçue par l'assuré à une date non communiquée par la caisse (cf. courriel du 26 avril 2010, pièce 39, OCE), la CCGC a réclamé à l'assuré le remboursement de 42'348 fr. 60 « représentant 304 jours touchés indûment du 1^{er} novembre 2006 au 31 décembre 2007 ». A cet égard, elle s'est référée « expressément à leur (sic) décision du 18 janvier 2008 dans son entier », niant le droit aux indemnités durant cette période. Dans un courrier à la CCGC du 3 avril 2009, reçu le 6 avril suivant, l'assuré a écrit ceci : « Concerne – Opposition à une décision de remboursement ». Par la présente, je signifie mon opposition à votre décision du 10 mars 2009 concernant le remboursement de CHF 42'348,60. En effet, étant sans aucun revenu actuel, ce depuis début février, je ne sais pas comment je pourrais rembourser, ne possédant pas non plus d'économies. Mes revenus précédents étaient de 3'300 fr par mois durant l'année 2008, montants intégralement utilisés pour mes charges de famille. Par ailleurs, même si mon cas est litigieux, je n'ai jamais voulu profiter d'une situation particulière. Dans une situation économique difficile et avec un curriculum vitae très difficile à orienter, j'ai juste voulu être « entrepreneur » plutôt que chômeur passif. Je vous demande donc de bien vouloir croire en ma bonne foi et renoncer à percevoir ce montant ». Le 8 avril suivant, sous la plume de son chef comptable, la CCGC lui a répondu : « Concerne : notre décision de remboursement du 10 mars 2009 » « Nous faisons suite à votre courrier du 3 avril 2008 (recte : 2009) qui a retenu toute notre attention. A la lecture de ce dernier, nous constatons que vous ne contestez pas le calcul du remboursement, mais invoquez votre situation financière et votre bonne foi ». « Nous considérons donc par conséquent que vous désirez bénéficier d'une remise de remboursement, c'est-à-dire que vous demandez l'annulation de votre dette au vu de votre situation financière et de votre bonne foi à réception des indemnités indûment versées ». « De ce fait, nous vous remercions de bien vouloir signer et dater la demande de remise ci-jointe et de nous la retourner d'ici au 15 avril 2009, ce afin d'étudier votre demande (...) ». Adressée « à l'attention de la comptabilité », cette « demande de remise » est une lettre prérédigée par la CCGC. Son contenu est le suivant : « Je fais suite à votre décision de remboursement du 10 mars 2009 de CHF 42'348.60 ». « Je n'ai malheureusement pas les moyens financiers de vous rembourser cette somme et ai touché cet argent de bonne foi ». « Je désire par conséquent bénéficier d'une remise de remboursement » (...). L'assuré a signé et daté ce courrier le 15 avril 2009, reçu, selon le tampon ad hoc de la CCGC, le (lundi) 27 avril suivant. Le 27 avril 2009, le chef comptable

de la CCGC a transmis copie du dossier de l'assuré à l'OCE, Service juridique, agissant en qualité d'autorité cantonale, en lui demandant de lui indiquer si la caisse pouvait accorder la remise sollicitée. Par décision du 23 novembre 2009, l'OCE, Service juridique, a refusé d'accorder ladite remise. Ce Service a d'abord constaté que l'assuré n'avait pas contesté sa décision de remboursement du 10 mars 2009, de sorte que celle-ci était devenue définitive et exécutoire. Il a ensuite retenu que la demande de remise du 15 avril 2009 était recevable, ayant été déposée « au plus tard à compter de l'entrée en force de la décision de restitution ». Sur le fond, cet office a en substance nié la bonne foi de l'intéressé en l'occurrence et lui a reproché d'avoir trompé la caisse et l'ORP en mai 2007 en affirmant qu'il s'abstiendrait de tous travaux visant à se mettre à son compte, confierait la fabrication de pièces en résine à une autre personne de l'Atelier et reprendrait ses recherches d'emploi en tant que personne salariée. Or, il s'était avéré que la personne en question avait été placée par le SMC en ETC dans l'Association à sa demande et qu'elle était formée par l'assuré dans l'Atelier. A trois reprises au moins, en mai, juin et juillet 2007, il avait déclaré à l'ORP qu'il renonçait à la mise en route de son activité indépendante, mais avait en réalité persisté dans sa recherche de clientèle pour son Atelier, respectivement pour l'Association, en s'annonçant comme le responsable. En outre, le président de celle-ci était son beau-père, lequel ne déployait aucune activité sur le terrain, le répondant étant l'assuré lui-même. Déjà dans son précédent délai-cadre d'indemnisation, il n'avait pas adopté une attitude transparente vis-à-vis des différents services de l'OCE (ORP, SMC ou SAI) et avait sciemment adopté la même attitude dès le 1^{er} novembre 2006. Il n'avait pas hésité à faire croire au SMC qu'il avait fait des recherches afin de trouver une association qui serait disposée à le prendre en ETC. Or, durant cette période, il avait reçu un salaire du SMC alors qu'il œuvrait pour son propre compte dans l'Atelier. Il n'avait pas non plus hésité à tromper l'OCE en prétendant à plusieurs reprises qu'il arrêterait son activité indépendante et qu'il reprenait ses recherches d'emploi en tant que salarié, ce qui n'avait jamais été le cas, puisqu'il avait toujours continué à consacrer tout son temps à l'Association et à l'Atelier, activités auxquelles il n'avait jamais eu l'intention de mettre fin. Il avait ainsi volontairement, et durant plusieurs années, donné des indications fausses et incomplètes et enfreint son obligation de renseigner, dans le seul but d'obtenir des indemnités de chômage, le temps que son activité indépendante soit en place et qu'elle devienne viable. Le 1^{er} décembre 2009, l'assuré s'est opposé à cette décision. Il a fait valoir qu'il avait essayé de sortir du chômage par tous les moyens, en déployant des efforts monstrueux, sans vrai succès jusqu'alors, alors que certains chômeurs allaient traîner au bistrot ou devant la télévision. Par décision du 5 janvier 2010, l'OCE, Service juridique, a écarté l'opposition, estimant, au vu de la chronologie des faits, que l'intéressé avait à tout le moins commis une négligence grave en cachant sciemment des informations importantes qui auraient eu pour effet de mettre un terme à son indemnisation. Par acte posté le 30 janvier 2010, intitulé « recours contre une décision de remboursement », l'assuré a conclu à ce que la « décision de remboursement soit annulée définitivement ». Il a fait valoir qu'il n'avait jamais tenté de s'enrichir au détriment du chômage, « peut-être juste essayé de 'garder' mes indemnités pour 'survivre' (...) ». Selon lui, il était « incroyable de se faire dire par le chômage, parfois à mots couverts, que vous ne devez pas 'tenter' de créer votre entreprise lorsque vous touchez des indemnités de chômage... Cela signifie-il donc qu'il faut se contenter de chercher du travail comme employé en son seul nom ? (en remplissant juste sa feuille grise de recherches puis attendre chez soi ?...) alors que la crise bat son plein et que dans mon cas particulier mon curriculum vitae semble très peu encourageant pour un patron ? (...). Que le

chômage vous réponde que ce n'est pas son rôle de 'vous nourrir' lorsque vous cherchez des solutions alternatives et entrepreneuriales tient tout simplement d'une pure langue de bois (...). La seule citation de la loi en vigueur n'étant pas supportable et je la conteste donc fermement ». Le recourant a également affirmé que les représentants de l'OCE décourageaient complètement « quelqu'un de très entreprenant (voir notamment ce que j'ai fait sur www.-----ch) ». Il a en outre estimé que le système SAI ne pouvait pas fonctionner, « car aucune personne se mettant à son compte ne pouvait décider si son affaire marchait après seulement trois mois (délai donné par ce système pour vous décider à continuer ou cesser votre affaire) (...) ». Les fonctionnaires du SAI avaient passé leur temps à le décourager, alors qu'il essayait de créer son association. Malgré eux, il avait réussi à trouver des dons de plus de 125'000 fr. pour celle-ci, qui « m'a salarié pendant une année ». Enfin, il souhaitait que soient reconnus ses efforts pour se sortir seul du chômage, par tous les moyens possibles, et que l'on tienne compte de son cas très particulier, sans se référer uniquement à la loi, pour décider s'il avait le droit de garder ses indemnités ou pas. Dans sa réponse du 26 février 2010 (transmise le 3 mars suivant au recourant pour information), l'OCE, Service juridique, a conclu au rejet du recours. Le fait que le recourant précisait qu'il avait peut-être juste essayé de « garder » ses indemnités de chômage pour « survivre » tendait à démontrer qu'il avait conscience du fait que s'il avait fait preuve de transparence vis-à-vis de l'assurance-chômage, ses déclarations auraient pu avoir pour effet de mettre un terme au versement de ses indemnités. Par ailleurs, ses critiques du service du SAI ne changeaient rien aux faits qui lui étaient reprochés. A la demande du Tribunal, le recourant a précisé, par lettre du 30 avril 2010, avoir cherché en vain la preuve de l'envoi de son courrier du 15 avril 2009 à la CCGC, qui faisait suite à une demande de la caisse du 8 avril précédent. Il avait juste dû dater ledit courrier, le signer et le renvoyer, probablement pas en recommandé. Il a également joint son curriculum vitae, mentionnant en particulier, sous expérience professionnelle : « 2005 – 2010 : Y_____ ». Faisant également suite à une demande du Tribunal, la CCGC a versé à la procédure les documents de l'assuré suivants : - un formulaire de recherches personnelles d'emploi pour le mois de novembre 2006, soit 12 recherches en tant que « resp. travaux » ou « administration » dans diverses association ou maisons de jeunes, respectivement divers syndicats de la place, à plein temps. - un formulaire de recherches personnelles d'emploi pour le mois de décembre 2006, soit 12 recherches en tant que « resp. travaux » ou animateur auprès de diverses maisons de jeunes. - un formulaire « Indications de la personne assurée » (IPA) pour le mois de mars 2007, dans lequel, à la question : « Avez-vous exercé une activité indépendante », l'assuré a répondu : « Non ». Sous « remarques », il a indiqué : « En cours de réactivation des mesures SAI – Contact pris avec M. T_____ – Pas de réponse jusqu'à aujourd'hui ? – Travail d'essai non payé en cours (sera payé à la tâche durant avril). Montant final sera déclaré sur la feuille IPA d'avril ». - un formulaire IPA pour le mois d'avril 2007, dans lequel, à la même question, l'assuré a répondu : « Je travaille toujours à faire des essais de moulages qui me seront payés à la livraison prévue mi-mai – Mesures SAI réactivées – Voir M. T_____ pour détails - Aucun gain complémentaire pour le moment ». - deux formulaires IPA pour les mois de mai et juin 2007, dans lesquels l'assuré a en particulier indiqué qu'il n'avait pas exercé d'activité indépendante ces mois-là. - une attestation de gain intermédiaire pour le mois d'avril 2007 mentionnant un revenu nul sous la rubrique « revenu d'une activité lucrative indépendante », respectivement un montant de 7'877 fr. 20 sous « frais de matériel et de marchandise ». Dans une lettre du 21 mai 2010, l'OCE, Service juridique, a indiqué au Tribunal être incapable de préciser à quel moment il avait

reçu les statuts de l'Y_____ du 30 juillet 2005, révisés le 5 janvier 2007 (joint à la pièce 9 de son chargé). Il a également affirmé que le dossier ORP de l'assuré ne faisait état d'aucun document qui aurait été remis par ce dernier à son conseiller en personnel en date du 14 octobre 2005 (cf. supra, § 11). Par ailleurs, aucun courrier n'avait été adressé par le SMC à l'assuré pour l'informer qu'il devait se mettre en conformité avec le chômage dans le délai d'un mois, cette demande ayant été formulé oralement par Monsieur W_____ « lors d'un entretien ». Pour le surplus, ce dernier ayant quitté ses fonctions de directeur au sein du SMC, l'OCE n'avait pas été à même d'obtenir les renseignements se rapportant aux circonstances exactes dans lesquelles ledit service s'était rendu compte, en été 2007, que l'assuré avait des liens avec Y_____. Dans le cadre de cet envoi, l'office intimé a en particulier joint les courriers précités de l'assuré et de la caisse, datés respectivement des 3 et 8 avril 2009 (§ 48). Par courrier du 14 juin 2010, l'OCE, Service juridique a confirmé que les statuts de Y_____, - mentionnés dans le compte-rendu d'entretien du 14 octobre 2005 comme ayant été remis à « M. U_____ » -, ne figuraient pas au dossier de l'assuré. En outre, le collaborateur en question ne travaillait plus à l'OCE depuis plusieurs années. Le Tribunal a également demandé au recourant de produire une copie des statuts de Y_____, dans leur version de 2005, 2006 et 2007. Le 1^{er} juillet 2010, celui-ci a transmis uniquement la version précitée des statuts révisés au 5 janvier 2007 (cf. ci-dessus, § 14), tout en indiquant qu'il n'y avait pas « d'autres versions avant 2009 ». EN DROIT Conformément à l'art. 56V al. 1 let. a ch. 8 de la loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ), le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations prévues à l'article 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA) qui sont relatives à la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982 (LACI). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie. Interjeté en temps utile auprès de l'autorité compétente et dans les formes prescrites, par un assuré directement touché dans ses intérêts juridiquement protégés par la décision querellée, le présent recours est recevable (art.56 ss LPGA). Aux termes de l'art. 95 al. 1 et 3 LACI, la demande de restitution est régie par l'art. 25 LPGA à l'exception des cas relevant de l'art. 55 LACI (faillite de l'employeur, obligation de l'assuré). Le cas échéant, la caisse soumet sa demande de remise à l'autorité cantonale pour décision (al. 3). D'après l'art. 25 al. 1^{er} 1^{ère} phrase LPGA, les prestations indûment touchées doivent être en principe restituées. L'assuré concerné peut toutefois demander la remise de l'obligation de restituer, lorsque la restitution des prestations allouées indûment, mais reçues de bonne foi, mettrait l'intéressé dans une situation difficile (art. 25 al. 1^{er} 2^e phrase LPGA). Selon la jurisprudence, développée à partir de l'art. 47 al. 1 aLAVS (dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002) et applicable par analogie à la restitution d'indemnités indûment perçues dans l'assurance-chômage (cf. ATF 122 V 368 sv. consid. 3), l'obligation de restituer suppose que soient remplies les conditions d'une reconsidération ou d'une révision procédurale de la décision par laquelle les prestations en cause ont été allouées (ATF 129 V 110 consid. 1.1). La reconsidération et la révision sont désormais explicitement réglées à l'art. 53 al. 1 et 2 LPGA qui codifie la jurisprudence antérieure à son entrée en vigueur: selon un principe général du droit des assurances sociales, l'administration peut reconsidérer une décision formellement passée en force de chose jugée sur laquelle une autorité judiciaire ne s'est pas prononcée quant au fond, à condition qu'elle soit sans nul doute erronée et que sa rectification revête une importance notable. En outre, par analogie avec la révision des décisions rendues par les autorités judiciaires, l'administration est tenue de

procéder à la révision d'une décision entrée en force formelle lorsque sont découverts des faits nouveaux ou de nouveaux moyens de preuve, susceptibles de conduire à une appréciation juridique différente (arrêt C 11/05 du 16 août 2005 consid. 3 ; ATF 127 V 469 consid. 2c). Par ailleurs, dans la mesure où la demande ne peut être traitée sur le fond que si la décision de restitution est entrée en force, la remise et son étendue font l'objet d'une procédure distincte (cf. art. 4 al. 2 OPGA; arrêt C 264/05 du 25 janvier 2006, consid. 2.1). La demande doit être écrite, motivée et accompagnée des pièces nécessaires et être déposée auprès de l'autorité cantonale compétente au plus tard 30 jours à compter de l'entrée en force de la décision de restitution (art. 4 al. 4 OPGA). Il ne s'agit là toutefois que d'un délai d'ordre, et non de péremption (ATF 132 V 42 consid. 3.4 p. 46). En outre, l'art. 52 al. 1 LPGA prévoit que les décisions peuvent être attaquées dans les trente jours par voie d'opposition auprès de l'assureur qui les a rendues, à l'exception des décisions d'ordonnement de la procédure. Les décisions sur opposition et celles contre lesquelles la voie de l'opposition n'est pas ouverte sont sujettes à recours (art. 56 al. 1 LPGA). La procédure d'opposition est obligatoire et constitue une condition formelle de validité de la procédure de recours de droit administratif subséquente (SVR 2006 ALV n° 13 p. 43 [arrêt C 279/03 du 30 septembre 2005] consid. 2.2.2, 2005 AHV n° 9 p. 31 [arrêt H 53/04 du 25 novembre 2004] consid. 1; cf. aussi ATF 130 V 388). L'assuré concerné peut demander la remise de l'obligation de restituer, lorsque la restitution des prestations allouées indûment, mais reçues de bonne foi, le mettrait dans une situation difficile (cf. art. 25 al. 1, deuxième phrase, LPGA). Le destinataire d'une décision de restitution qui entend la contester dispose en réalité de deux moyens qu'il convient de distinguer de façon claire : s'il prétend qu'il avait droit aux prestations en question, il doit s'opposer à la décision de restitution dans un délai de 30 jours; en revanche, s'il admet avoir perçu indûment les prestations, mais qu'il invoque sa bonne foi et les difficultés économiques qu'il rencontrerait en cas d'un remboursement, il doit présenter une demande de remise (cf. Boris Rubin, Assurance-chômage: Droit fédéral, Survol des mesures cantonales, Procédure, 2e éd., Zurich 2006, no 10.5.2 p. 719). Dans la mesure où cette requête ne peut être traitée sur le fond que si la demande de restitution est entrée en force, la remise et son étendue font donc l'objet d'une procédure distincte (cf. art. 4 al. 2 OPGA; arrêt P 63/06 du 14 mars 2007, consid. 3). Intrinsèquement, une remise de l'obligation de restituer n'a de sens que pour la personne tenue à restitution (arrêt 9C_ 211/2009 du 26 février 2010, consid. 3.1). En l'espèce, on doit préalablement considérer que, par courrier du 3 avril 2009, le recourant a dûment saisi la caisse d'une opposition contre la décision du 10 mars 2009 portant sur la restitution de 42'348 fr. 60 (« représentant 304 jours touchés indûment du 1 er novembre 2006 au 31 décembre 2007 »), et que celle-ci n'a pas statué sur cette opposition. En effet, comme cela ressortait déjà de son libellé, le courrier du 3 avril 2009 constituait une « opposition à une décision de remboursement », et non pas une demande de remise. Par ailleurs, reçu le 6 avril suivant par la caisse, ledit courrier a été adressé en temps utile, soit dans le délai d'opposition de 30 jours (cf. art. 52 al. 1 LPGA ; accusé de réception de la caisse du 8 avril 2009) (ce que le Tribunal n'a finalement pu vérifier qu'en instruisant plus avant la présente cause, faute de disposer d'un dossier d'emblée complet). Sur le fond, si, dans l'acte d'opposition du 3 avril 2009, l'intéressé a certes invoqué sa bonne foi, il n'en a pas moins abordé, également, la question du bien-fondé de la restitution, en faisant valoir que son cas était « litigieux » et que, dans une situation économique difficile et avec un curriculum vitae très difficile à orienter, il avait voulu être un « entrepreneur, plutôt qu'un chômeur passif ». Dans son opposition « à une décision de remboursement » du 1 er

décembre 2009, l'assuré a également rappelé qu'il avait déployé des « efforts monstrueux » pour sortir du chômage, « alors que certains chômeurs vont traîner au bistro ou devant la télévision » (voir également ses déclarations écrites du 1^{er} mars 2009, selon lesquelles il ne voulait pas « rester oisif chez moi entre deux simples recherches d'emploi qui ne prenaient pas 40 heures par semaine »). Ce faisant, l'opposant a clairement manifesté qu'il avait tout fait pour diminuer son dommage, conformément d'ailleurs à l'obligation générale des assurés de réduire leur perte de gain. Dans son courrier précité du 1^{er} mars 2009, l'assuré avait remis même implicitement en cause l'inaptitude à l'emploi opposée par l'OCE au vu de ses activités passées en tant qu'indépendant (« dans une décision, vous avez parlé de reconnaître ma bonne foi dans les actions possiblement incompatibles avec mon statut, commises lors d'une précédente période de chômage ? »). Au demeurant, à aucun moment, l'assuré n'a admis avoir touché indûment les prestations réclamées ; dans son opposition du 1^{er} décembre 2009, il a au contraire insisté sur le fait qu'il n'avait jamais tenté de s'enrichir au détriment du chômage. Le Tribunal de céans est d'autant plus conforté dans cette analyse que, dans le cadre de son recours, intitulé « recours contre une décision de remboursement », le recourant a clairement remis en cause la légalité de la décision de remboursement litigieuse, puisqu'il a contesté l'application littérale de la loi dans son cas (« La seule citation de la loi en vigueur n'étant pas supportable et je la conteste donc fermement ») et, surtout, demandé au Tribunal de dire si, au regard des efforts entrepris, il avait « le droit de garder ses indemnités ou pas ». Il s'ensuit que la caisse ne pouvait s'abstenir de se prononcer une nouvelle fois sur la restitution des prestations dans une décision sur opposition et simplement transmettre l'acte d'opposition au service compétent pour statuer sur la requête de remise de l'obligation de restituer comme si la décision du 10 mars 2009 était déjà entrée en force. Dans le doute, elle aurait dû, conformément au principe de la bonne foi, inviter l'opposant à préciser ses intentions (comp. arrêt C 64/06 du 26 avril 2007, consid. 5), ce d'autant que l'assuré n'était alors plus assisté d'un avocat (contrairement à ce qui était le cas dans le cadre de son opposition du 14 février 2008). Autrement dit, il n'appartenait pas à la caisse de « considérer » sans autre, comme elle l'a fait dans son courrier du 8 avril 2009, que l'écrit de l'assuré du 3 avril précédent constituait une demande de remise de remboursement. A fortiori n'aurait-elle pas dû inviter ce dernier à lui retourner, dûment signée, une demande de remise formelle, prérédigée par l'administration. Pareil mode de procéder n'apparaît au demeurant guère compatible avec l'obligation de renseignements et conseils prévue à l'art. 27 al. 2 LPGA. C'est le lieu de rappeler que le devoir de conseil de l'assureur social au sens de cette disposition comprend 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 p. 480). Les conseils ou renseignements portent sur les faits que la personne qui a besoin de conseils doit connaître pour pouvoir correctement user de ses droits et obligations dans une situation concrète face à l'assureur. Le devoir de conseils s'étend non seulement aux circonstances de faits déterminantes, mais également aux circonstances de nature juridique (voir arrêt K 7/06 du 12 janvier 2007 consid. 3.3, in SVR 2007 KV no 14 p. 53 et la référence). Son contenu dépend entièrement de la situation concrète dans laquelle se trouve l'assuré, telle qu'elle est reconnaissable pour l'administration (ULRICH MEYER, Grundlagen, Begriff und Grenzen der Beratungspflicht der Sozialversicherungsträger nach Art. 27 Abs. 2 ATSG, in: Sozialversicherungsrechtstagung 2006, St-Gall 2006, p. 27 no 35). Dans ces conditions, et dans la mesure où l'intéressé a ainsi manifestement confondu la procédure d'opposition en

matière d'obligation de restituer avec la procédure de remise de ladite obligation, on ne saurait pas non plus considérer sa « demande de remise » du 15 avril 2009 comme une renonciation implicite à son droit de faire opposition contre la décision de restitution du 10 mars 2009. Dès lors qu'il n'y a pas de décision entrée en force portant sur la restitution, il y a également lieu de constater que les décisions prises par l'office intimé les 23 novembre 2009 et 5 janvier 2010 sur la remise de l'obligation de restituer l'ont été prématurément. A défaut d'une décision susceptible de recours, à savoir une décision sur opposition portant sur l'obligation de restituer en tant que telle, le Tribunal de céans n'est pas autorisé à se saisir de cette question. On ne se trouve en effet pas dans le cas de figure où une extension de la procédure de recours à un point qui déborde le rapport juridique visé par la décision administrative est admissible. Il suit de là que les décisions de l'OCE, Service juridique du 23 novembre 2009 et du 5 janvier 2010 doivent être annulées et la cause renvoyée à la caisse pour qu'elle rende une décision sur opposition sur la restitution des prestations (comp. arrêt P 59/06 du 5 décembre 2007 consid. 4). Dans le cadre de son examen de l'obligation de restituer, il appartiendra à l'autorité intimée de s'assurer – à la lumière de faits relevés ci-dessus - que sont remplies les conditions d'une reconsidération de la décision par laquelle les prestations en cause ont été allouées (cf. ci-dessus, consid. 3). En particulier, l'administration devra évaluer si la tentative d'activité indépendante de l'assuré reflétait, comme ce dernier le soutient en substance, sa réaction au chômage, voire son intention de diminuer le dommage, plutôt qu'une aspiration professionnelle, ferme et définitive (cf. Circulaire du SECO relative à l'indemnité de chômage, janvier 2007, B 235, 3^{ème} phrase, ci-après : la Circulaire). Il lui appartiendra ainsi d'établir, au degré de la vraisemblance prépondérante applicable en matière d'assurances sociales (ATF 135 V 39 consid. 6.1), si les activités préparatoires à l'exercice d'une activité indépendante ont accaparé démesurément l'assuré au détriment de la recherche d'une activité salariée (autrement dit, s'il a volontairement négligé de rechercher une activité salariée en vue de se concentrer exclusivement sur une activité indépendante), ou bien s'il aurait pu abandonner une telle activité dans les meilleurs délais pour prendre une activité salariée (cf. Circulaire, B 228, B 235, B 237 et B 327 ; 8C_721/2009 du 27 avril 2010 consid. 6.2). Dans ce contexte, le Tribunal observera, à toutes fins utiles, que le seul fait qu'une décision d'inaptitude au placement soit entrée en force (faute de recours), en l'espèce postérieurement au paiement des indemnités journalières de l'assurance-chômage, ne permet pas encore de conclure que ce paiement résulte d'une décision manifestement erronée (cf. arrêt C 11/05 du 16 août 2005 consid. 5.2). On rappellera également que même l'exercice d'une activité indépendante permanente ne rend pas, ipso facto, un assuré totalement inapte au placement, dès lors que ladite activité peut revêtir un caractère partiel (cf. dans ce sens SECO, Bulletin concernant le marché du travail et l'assurance-chômage 2004/3 ; arrêt 8C_619/2009 du 23 juin 2010, consid. 3.1 ; Circulaire précitée, B 238 ; voir aussi, s'agissant d'offres pouvant correspondre aussi bien à la recherche de clients qu'à celle d'un emploi : arrêt 8C_721/2009 du 27 avril 2010 consid. 7 ; arrêt C 273/00 du 29 décembre 2000 consid. 2a). **PAR CES MOTIFS, LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant A la forme : Déclare le recours recevable ; Au fond : L'admet partiellement en ce sens que les décisions de l'OCE des 23 novembre 2009 et 5 janvier 2010 sont annulées, la cause étant renvoyée à la caisse pour qu'elle rende une décision sur opposition sur la restitution des prestations. Dit que la procédure est gratuite. 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); 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 Irène PONCET Le Président suppléant Jean-Louis BERARDI Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties, ainsi qu'à la Caisse cantonale genevoise de chômage et au Secrétariat d'Etat à l'économie par le greffe le

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