



POUVOIR JUDICIAIRE

A/2898/2023

ATAS/267/2024

COUR DE JUSTICE
Chambre des assurances sociales

Arrêt du 24 avril 2024

Chambre 4

En la cause

A_____

recourant

représenté par le syndicat SIT, soit pour lui Laura BISIANI,
mandataire

contre

OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI

intimé

Siégeant : Catherine TAPPONNIER, présidente ; Yves MABILLARD et Teresa SOARES, juges assesseur·e·s

EN FAIT

A. a. Monsieur A_____ (ci-après : l'assuré ou le recourant) s'est inscrit à l'office cantonal de l'emploi (ci-après : l'OCE ou l'intimé) le 14 juin 2022 pour un placement dès cette date à 100%. Il travaillait comme chauffeur indépendant depuis 2016 et depuis 2022 pour B_____. Suite à la décision selon laquelle cette entreprise devait salarier les chauffeurs travaillant pour elle, celle-ci avait suspendu ses activités dès le 3 juin 2022, ce qu'il avait appris le jour même. Il était venu s'inscrire à l'OCE sur la suggestion du syndicat interprofessionnel de travailleuses et travailleurs (SIT).

b. L'assuré s'est inscrit pour passer des examens en octobre 2022, en vue d'obtenir la licence pour travailler comme chauffeur du taxi. Il échoué à ses examens.

c. Selon le procès-verbal de conseil du 20 décembre 2022, l'assuré n'avait pas obtenu d'entretien suite à ses recherches d'emploi et il était en train de finaliser les démarches pour ouvrir une société à responsabilité limitée dans le but de travailler pour des entreprises de transport.

d. Selon le procès-verbal de conseil du 14 mars 2023, l'assuré avait eu un entretien à la clinique C_____ pour un poste polyvalent, mais pas d'engagement. Les instances en charge des autorisations relatives à son projet d'ouverture de société lui avaient confirmé que son dossier était complet.

e. Selon le procès-verbal de conseil du 20 avril 2023, l'assuré attendait un rendez-vous avec une fiduciaire pour la rédaction d'un contrat de travail comme salarié de sa société à partir du 1^{er} mai 2023. Sa conseillère lui avait demandé de prendre contact immédiatement avec la caisse cantonale de chômage pour discuter de cette situation (gain intermédiaire réalisé comme salarié ou indépendant ?).

f. L'assuré a signé le 4 mai 2023 un contrat de travail avec sa société, valable à partir du 1^{er} mai 2023, en qualité de chauffeur pour un 100%.

Le 15 mai 2023, le service juridique de l'OCE a informé l'assuré que son dossier lui avait été transmis par l'office régional de placement pour décision, compte tenu de son inscription au registre du commerce du 17 janvier 2023, comme associé-gérant, pour 100 parts de CHF 100.-, de la société D_____, dans laquelle Monsieur E_____ occupait la fonction d'associé, avec les mêmes parts. Plusieurs questions lui étaient posées dans ce cadre.

g. Le 22 mai 2023, l'assuré a répondu que n'ayant pas trouvé de travail, il avait décidé avec son associé de fonder leur propre société à responsabilité limitée. De janvier à avril, ils avaient organisé l'administration de la société et conclu les contrats nécessaires pour le fonctionnement de leur activité de transport. Ils avaient conclu avec B_____ une collaboration pour utiliser sa plateforme, qui avait été réorganisée conformément aux exigences légales. Ils avaient débuté leur activité au 1^{er} mai 2023 et conclu des contrats de travail avec leur société.

Son associé et lui-même avaient résilié leur affiliation d'indépendant à l'office cantonal des assurances sociales et effectué les démarches nécessaires pour s'affilier auprès de la FER CIAM pour le paiement des cotisations sociales. Ils disposaient d'un carnet d'adresses de clients et travaillaient également à partir de la plateforme d'B_____. Ils avaient tous deux consacré CHF 10'000.- à la création de la société. Ils n'entendaient pas engager du personnel, travaillaient avec leur téléphone privé et étaient en train de conclure une assurance perte de gain maladie.

h. Par décision du 12 juin 2023, l'OCE a prononcé l'inaptitude au placement de l'assuré dès le 17 janvier 2023, date de l'inscription de sa société au registre du commerce, vu les engagements pris pour la société et sa volonté de développer celle-ci. Il était manifeste que depuis le 17 janvier 2023, il n'avait plus la volonté ni la disponibilité nécessaire pour prendre un emploi salarié auprès d'un employeur tiers.

i. L'assuré a formé opposition à la décision précitée le 11 juillet 2023, faisant valoir que les activités de la société avaient débuté le 1^{er} mai 2023 et qu'avant cette date, il aurait accepté un emploi pour une autre société.

j. Le 14 juillet 2023, le recourant a demandé l'annulation de son dossier à l'office régional de placement (ORP) dès le 1^{er} mai 2023, début de son nouvel emploi pour sa société.

k. Le 24 juillet 2023, l'OCE a annulé son dossier au 28 avril 2023, prenant en compte un début de travail au 1^{er} mai suivant.

l. Par décision sur opposition du 28 juillet 2023, l'OCE a considéré que l'assuré n'avait apporté aucun élément nouveau permettant de revoir la décision litigieuse.

B. a. Le 13 septembre 2023, l'assuré a formé recours contre la décision sur opposition du 28 juillet 2023 auprès de la chambre des assurances sociales de la Cour de justice, concluant à son annulation et à ce qu'il soit déclaré apte au placement à 100% dès le 17 janvier 2023.

b. Par réponse du 10 octobre 2023, l'OCE a conclu au rejet du recours, considérant que le recourant n'apportait aucun élément nouveau permettant de revoir la décision querellée.

c. Le 9 novembre 2023, le recourant a persisté dans ses conclusions.

d. La chambre de céans a entendu les parties et l'associé du recourant lors d'une audience du 26 février 2024.

e. Le 4 mars 2024, le recourant a formulé quelques remarques sur le procès-verbal de l'audience, lesquelles n'ont pas été contestées par l'intimé.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 134 al. 1 let. a ch. 8 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05), la chambre des assurances sociales de la Cour de justice connaît, en instance unique, des contestations prévues à l'art. 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales, du 6 octobre 2000 (LPGA - RS 830.1) relatives à la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, du 25 juin 1982 (loi sur l'assurance-chômage, LACI - RS 837.0).

Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

2. Interjeté en temps utile, le recours est recevable (art. 60 LPGA).
3. Le litige porte sur l'aptitude au placement du recourant à compter du 17 janvier 2023.
- 4.

4.1 À teneur de l'art. 8 al. 1 let. f LACI, l'assuré a droit à l'indemnité de chômage s'il est apte au placement.

Est réputé apte à être placé le chômeur qui est disposé à accepter un travail convenable et à participer à des mesures d'intégration et qui est en mesure et en droit de le faire (art. 15 al. 1 LACI).

L'aptitude au placement comprend ainsi deux éléments : 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 (arrêt du Tribunal fédéral 8C_443/2014 du 16 juin 2015 consid. 3.1 et les références).

Est notamment réputé inapte au placement l'assuré qui n'a pas l'intention ou qui n'est pas à même d'exercer une activité salariée, parce qu'il a entrepris - ou envisage d'entreprendre - une activité lucrative indépendante, cela pour autant qu'il ne puisse plus être placé comme salarié ou qu'il ne désire pas ou ne puisse pas offrir à un employeur toute la disponibilité normalement exigible. L'aptitude au placement doit par ailleurs être admise avec beaucoup de retenue lorsque, en raison de l'existence d'autres obligations ou de circonstances personnelles particulières, un assuré désire seulement exercer une activité lucrative à des heures déterminées de la journée ou de la semaine. Un chômeur doit être considéré comme inapte au placement lorsqu'une trop grande limitation dans le choix des postes de travail rend très incertaine la possibilité de trouver un emploi. Peu importe, à cet égard, le motif pour lequel le choix des emplois potentiels est

limité (ATF 120 V 385 consid. 3a ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_65/2020 du 24 juin 2020 consid. 5.3).

Un assuré qui exerce une activité indépendante n'est pas d'entrée de cause, inapte au placement. Il faut examiner si l'exercice effectif d'une activité lucrative indépendante est d'une ampleur telle qu'elle exclut d'emblée toute activité salariée parallèle. Pour juger du degré d'engagement dans l'activité indépendante, les investissements consentis, les dispositions prises et les obligations personnelles et juridiques des indépendants qui revendiquent des prestations sont déterminants et doivent ainsi être examinés soigneusement. L'aptitude au placement doit donc être niée lorsque les dispositions que doit prendre l'assuré pour mettre sur pied son activité indépendante entraînent des obligations personnelles et juridiques telles qu'elles excluent d'emblée toute activité salariée parallèle. Autrement dit, seules des activités indépendantes dont l'exercice n'exige ni investissement particulier, ni structure administrative lourde, ni dépenses importantes peuvent être prises en considération à titre de gain intermédiaire. On examinera en particulier les frais de matériel, de location de locaux, de création d'une entreprise, l'inscription au registre du commerce, la durée des contrats conclus, l'engagement de personnel impliquant des frais fixes, la publicité faite etc. (arrêt du Tribunal fédéral 8C_342/2010 du 13 avril 2011 consid. 3.2 et 3.3).

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).

Selon le Bulletin LACI du Secrétariat d'État à l'économie du Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche (ci-après : SECO), valable dès le 1er juillet 2021, seules des activités indépendantes à caractère transitoire, temporaires et ne nécessitant que peu d'investissement entrent en ligne de compte comme gain intermédiaire. L'assuré qui exerce une telle activité doit poursuivre intensivement ses recherches en vue de trouver une activité salariée. L'activité indépendante doit avoir été prise en réaction au chômage et dans le seul but de diminuer le dommage. S'il souhaitait depuis longtemps entreprendre une activité indépendante et qu'il profite de son chômage pour se lancer par le biais du gain intermédiaire, l'aptitude au placement doit lui être niée. L'assuré doit pouvoir abandonner l'activité indépendante exercée en gain intermédiaire dans les meilleurs délais pour prendre une activité salariée (Bulletin LACI ch. B235).

On déterminera si l'assuré s'est lancé dans une activité indépendante de façon durable ou simplement pour remplir son devoir de diminuer le dommage à l'aide des critères suivants :

- étendue des dispositions et des engagements de l'assuré (création d'entreprise, location de locaux à long terme, contrats d'engagement de personnel, investissements, etc.) ;

- importance des dépenses déduites du revenu brut ;
- déclarations, intentions et comportement de l'assuré ;
- intensité de l'activité indépendante ;
- recherches effectuées en vue de trouver une activité salariée.

Si, après avoir examiné ces critères, la caisse a des doutes quant à l'aptitude au placement de l'assuré, elle transmet le dossier à l'autorité compétente pour décision (Bulletin LACI ch. B236).

Les dispositions et engagements que l'assuré a pris pour exercer son activité indépendante ne doivent pas être trop importants et doivent être facilement résiliables. Ils ne doivent pas empêcher l'assuré de prendre une activité salariée dans les meilleurs délais. Un assuré peut aussi, au nom de son obligation de diminuer le dommage, prospector les possibilités de travailler comme indépendant (en gain intermédiaire). Mais si ces recherches l'accaparent démesurément au détriment de la recherche d'une activité salariée, l'aptitude au placement lui sera niée (arrêt du Tribunal fédéral 8C_49/2009 du 5 juin 2009 ; Bulletin LACI ch. B237).

L'appréciation de l'aptitude au placement d'un assuré dont la disponibilité est restreinte dans le temps doit se baser à la fois sur le genre d'activité qu'il convoite et ses chances réelles d'être engagé dans la branche économique où il effectue ses recherches d'emploi. Il peut en effet se présenter des cas dans lesquels certaines entreprises s'efforcent précisément de trouver en priorité des employés disposés à travailler durant une brève période. Plus la demande est forte sur le marché de l'emploi à prendre en considération, plus les exigences relatives à la disponibilité dans le temps sont réduites. Les circonstances locales peuvent également jouer un rôle à cet égard. Dans certaines régions en effet, les possibilités d'être engagé durant une brève période sont assez nombreuses, spécialement en période de haute saison (Boris RUBIN, Assurance-chômage : Droit fédéral, survol des mesures cantonales, procédure, no 3.9.8.9.2, p. 232). Le Tribunal fédéral a ainsi nié l'aptitude au placement d'un assuré qui postulait comme gérant d'établissements publics, mais disposait d'une durée de disponibilité aléatoire avant l'ouverture de son propre établissement, cette incertitude étant de nature à dissuader un employeur potentiel de l'engager dans l'intervalle entre la fin de son dernier emploi et le début de son activité indépendante (arrêt du Tribunal fédéral 8C_130/2010 du 20 septembre 2010).

4.2 Le service genevois de police du commerce et de lutte contre le travail au noir a décidé en 2019 que la société B_____ devait être qualifiée d'exploitant d'entreprise de transport au sens de la loi cantonale genevoise sur les taxis et les voitures de transport avec chauffeur. En tant que tel, la société devait respecter les obligations légales correspondantes, en particulier celles relatives à la protection sociale des chauffeurs et aux conditions de travail en usage dans leur secteur

d'activité. Il a été fait interdiction à l'entreprise de poursuivre ses activités, tant que la situation ne serait pas conforme au droit.

La Cour de justice du canton de Genève a confirmé cette décision. Elle a en substance considéré que les chauffeurs B_____ actifs à Genève étaient liés à cette société par un contrat de travail, de sorte que cette société devait être qualifiée d'entreprise de transport.

Le Tribunal fédéral a rejeté le recours de la société B_____.

4.3 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).

5.

5.1 Il convient de déterminer en l'espèce si c'est à juste titre que l'intimé a retenu que le recourant n'avait plus la volonté de trouver un travail pour un autre employeur que sa société, après la création de celle-ci le 17 janvier 2023.

5.1.1 Le 11 juillet 2023, le recourant a fait valoir qu'il cherchait un emploi à 100%, si possible fixe et à durée indéterminée, et qu'il aurait pris tout emploi qu'il aurait pu trouver, tant que l'activité était adaptée à son état de santé, précisant qu'il aurait privilégié cet emploi sur celui d'employé de sa propre société.

Il a confirmé lors de son audition devant la chambre de céans que s'il avait trouvé un travail adapté avec un salaire correct, il aurait renoncé à la société, précisant que travailler pour celle-ci engendrait beaucoup de dépenses, car il fallait cotiser plus et il y avait beaucoup de charges. Il était préférable d'être salarié (d'une autre entreprise), car on était mieux payé et on avait des vacances. En fait, la situation des chauffeurs d'B_____ était la même qu'auparavant. Elle n'était pas confortable, car ils avaient beaucoup de frais (d'attente, d'assurance et d'essence). Ils avaient été considérés comme salariés par les décisions de justice, mais cela était détourné par B_____ avec sa proposition de créer des sociétés à responsabilité limitée. Beaucoup de chauffeurs l'avaient fait. C'était un système d'exploitation des chauffeurs qui avait été mis en place par B_____ au travers des sociétés comme F_____ et G_____. De plus, en cas de problème avec un client, B_____ pouvait les sortir de la plateforme.

Il ressort de son dossier que le recourant a continué à chercher activement un emploi après la création de la société le 17 janvier 2013 et qu'il a créé celle-ci

dans le but de sortir du chômage. Il n'avait pas ce projet depuis longtemps, puisqu'il ne l'a conçu qu'après avoir échoué à ses examens de chauffeur de taxi.

Après avoir versé les CHF 10'000.- pour la constitution de la société, ce qui est une somme conséquente, on peut se demander si le recourant était prêt à renoncer à son projet de société pour accepter un travail salarié pour un autre employeur.

Son associé a indiqué à cet égard à la chambre de céans que s'il avait trouvé un autre emploi, il aurait pu récupérer cette somme facilement, ce qui vaut aussi pour le recourant.

5.1.2 Au vu des considérations qui précèdent, il apparaît que l'importance des dispositions prises et des engagements du recourant et de son associé ne permet pas de considérer, comme établi au degré de la vraisemblance prépondérante, qu'ils n'avaient plus, dès la création de la société le 17 janvier 2023, la volonté de trouver un emploi pour une autre société que la leur. S'ils avaient trouvé un emploi, ils auraient pu récupérer la somme investie dans la société. La chambre de céans relève encore qu'à part l'investissement de CHF 10'000.- chacun pour constituer la société et les frais d'une assurance perte de gain maladie, les associés n'ont pas fait d'autres dépenses conséquentes. Ils ont par ailleurs indiqué ne pas avoir la volonté d'engager du personnel, qu'ils travaillaient avec leur téléphone privé et qu'ils n'avaient pas conclu de bail pour des locaux commerciaux.

5.2 Le recourant et son associé ont en outre rendu vraisemblable qu'ils avaient encore, du 17 janvier à fin avril 2023, la disponibilité nécessaire pour se consacrer pleinement à la recherche d'un emploi.

En effet, ils ont eu recours aux services d'une entreprise qui a fait pour eux les démarches administratives nécessaires pour créer la société (préparation des documents constitutifs, inscription auprès des assurances sociales ainsi qu'auprès de la TVA et du registre du commerce) ainsi qu'à une fiduciaire pour d'autres démarches administratives. De ce fait, le temps qu'ils ont consacré à la création de leur entreprise était de moins de deux heures hebdomadaires, selon leurs déclarations, dont rien ne permet de douter.

De janvier à avril, ils ont organisé l'administration de la société et conclu les contrats nécessaires pour le fonctionnement de leur activité de transport. Ils ont également mis en place une collaboration avec B_____ pour utiliser sa plateforme réorganisée conformément aux exigences légales. Ces démarches ne les empêchaient pas de consacrer le temps nécessaire aux recherches d'emploi.

5.3 En revanche, dès le 1^{er} mai 2023, ils n'avaient manifestement plus la disponibilité, ni la volonté de trouver un travail salarié pour un employeur autre que leur société, car ils ont commencé à travailler à plein temps pour celle-ci, ce que le recourant ne conteste pas, ayant lui-même demandé l'annulation de son dossier dès cette date.

5.4 En conséquence, il y a lieu de retenir que le recourant est resté apte au placement du 17 janvier au 30 avril 2023.

- 6.** Le recourant obtenant ainsi gain de cause, il a droit à des dépens qui seront fixés à CHF 1'500.- (art. 61 let. g LPGA et 89H al. 1 LPA).

La procédure est gratuite (art. 61 let. fbis *a contrario* LPGA).

**PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :**

Statuant

À la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet.
3. Annule la décision sur opposition du 28 juillet 2023.
4. Dit que le recourant était apte au placement du 17 janvier au 30 avril 2023.
5. Alloue au recourant une indemnité de CHF 1'500.- pour ses dépens, à la charge de l'intimé.
6. Dit que la procédure est gratuite.
7. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110) ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière

La présidente

Isabelle CASTILLO

Catherine TAPPONNIER

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