



POUVOIR JUDICIAIRE

A/1535/2003

ATAS/178/2005

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

du 10 mars 2005

3^{ème} chambre

En la cause

Monsieur G_____, mais comparant par Me Gilles CRETOL en recourant
l'Etude duquel il élit domicile

contre

OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI, Groupe réclamations, case intimé
postale 3507, 1211 Genève 3

Siégeant : Madame Karine STECK, Présidente,
Mesdames Juliana BALDE et Valérie MONTANI, juges

EN FAIT

1. Monsieur G _____ est inscrit à l'Office cantonal de l'emploi (ci-après OCE) et un premier délai-cadre a été ouvert du 1^{er} mai 1997 au 30 avril 1999. Durant cette période, l'assuré avait exercé à temps partiel une activité au sein de l'entreprise E _____ SA, activité qu'il n'avait pas annoncée à la caisse.
2. Par décision du 19 octobre 1998, la section assurance-chômage (ci-après la SACH) l'avait alors déclaré apte au placement, sous déduction d'un gain intermédiaire conforme, correspondant à son activité salariée à temps partiel.
3. Le 3 mai 1999, l'assuré a retrouvé un poste auprès de la société Y _____ en tant que chef de produit. Il l'a conservé jusqu'au 8 mai 2000. Le 1^{er} août 2000 il s'est réinscrit auprès de l'OCE et un nouveau délai-cadre s'est ouvert du 1^{er} août 2000 au 31 juillet 2002.
4. Dans sa demande de prestations, l'assuré a déclaré rechercher un emploi à plein temps.
5. Durant son délai-cadre d'indemnisation, Monsieur G _____ a toujours effectué des recherches d'emploi principalement en qualité de gestionnaire, de directeur, d'administrateur ou de comptable. Il n'a jamais fait l'objet d'aucune sanction. Deux postes lui ont été assignés le 23 janvier 2001 mais selon les observations de sa conseillère en personnel, il ne correspondait pas au profil souhaité. Un autre poste lui a été proposé par l'OCE en qualité de comptable pour lequel il a envoyé une lettre de candidature.
6. Il a été engagé le 29 mai 2001 en tant que gérant auprès de la société Z _____ Sàrl à partir du 1^{er} juin 2001 et pour une durée indéterminée, à raison de 20 heures par semaine, pour un salaire mensuel de Fr. 4'000.-.
7. La société Z _____ Sàrl a pour but social la commercialisation de produits manufacturés et de produits comestibles, le conseil dans les domaines de la distribution commerciale et de la finance ainsi que la prise de participation dans des entreprises exerçant la même activité. Monsieur G _____ est inscrit au registre du commerce (RC) en qualité de gérant avec signature individuelle depuis le 7 mai 2001. Depuis cette même date, la société X _____ est quant à elle inscrite au RC comme associée de la société Z _____, pour une part de Fr. 20'000.--.

-
8. Monsieur G _____ a déclaré régulièrement à titre de gain intermédiaire son salaire chez Z _____ Sàrl, à savoir :
- du 1^{er} juin au 31 octobre 2001, Fr. 4'000.-- par mois pour 20h de travail hebdomadaire,
 - du 1^{er} novembre 2001 au 28 février 2002, Fr. 2'400.-- par mois pour 12h de travail hebdomadaire,
 - du 1^{er} mars au 30 avril 2002, Fr. 2'000.-- par mois pour 10h de travail hebdomadaire,
 - au mois de mai 2002, Fr. 1'200.-- pour 6h de travail hebdomadaire,
 - du 1^{er} juin au 31 juillet 2002, Fr. 1'600.-- par mois pour 8h de travail hebdomadaire.
9. Les attestations de gain intermédiaire ont été signées par Monsieur D _____.
10. Une demande de concession pour un permis d'importation générale a été adressée à l'association suisse des importateurs d'huile de graissage le 17 mai 2002 et signée par Monsieur G _____ et Monsieur D _____ pour la société W _____.
11. La caisse cantonale de chômage (ci-après la caisse) a soumis le dossier de l'assuré à l'examen de la SACH afin que celle-ci se prononce sur son aptitude au placement.
12. Par courrier du 7 octobre 2002, la SACH a invité l'intéressé à répondre à plusieurs questions relatives à la société Z _____ Sàrl et à produire divers documents en lui impartissant un délai au 16 octobre 2002.
13. L'intéressé a répondu le 15 octobre 2002 et produit les documents sollicités. Il a précisé n'avoir personnellement investi aucun capital dans la société Z _____ Sàrl, achetée par Monsieur D _____ le 7 mai 2001 pour la somme de Fr. 3'500.--. Il a allégué n'avoir pour sa part apporté que deux vieux meubles de bureau et un ordinateur datant de cinq ans. Il a exposé que la société comprenait deux collaborateurs en la personne de Monsieur D _____ et de lui-même ; que, Monsieur D _____, présent dans les bureaux chaque jour de 9h à 17h, s'occupait de la comptabilité et de la transmission des données à une fiduciaire, de la gestion de la clientèle de la société ainsi que de son développement, était titulaire de la signature sur le compte bancaire et signait les documents concernant l'assuré. Ce dernier a par ailleurs indiqué qu'il avait réalisé un gain intermédiaire depuis le 1^{er} juin 2001 mais que depuis le 1^{er} septembre 2001, il n'avait plus touché de salaire de la part de Z _____ Sàrl, suite à la faillite de deux clients. Il a rappelé qu'il avait été régulièrement à la recherche d'un nouvel emploi et présent à tous les entretiens avec sa conseillère en personnel, Madame A _____. Il a assuré n'avoir aucun engagement dans une entreprise ou une autre société que Z _____ Sàrl. Il a expliqué que, grâce à des amis, il avait cependant obtenu une position de gérant dans la société W _____ Sàrl, société nouvellement

créée et qui avait débuté son activité en septembre 2002. L'assuré a encore expliqué que, vu son âge et le climat économique général, il ne trouvait pas d'emploi, raison pour laquelle il avait essayé de s'en sortir avec l'aide de Messieurs D_____ et M_____, espérant pouvoir un jour se passer des indemnités de l'assurance-chômage. A l'appui de ses dires, il a produit le certificat de salaire annexé à sa déclaration d'impôts 2001, les formulaires de recherche d'emploi de juin 2001 à juillet 2002 ainsi que les attestations de gain intermédiaire de juin 2001 à juillet 2002.

14. Par décision du 30 octobre 2002, la SACH a nié le droit de l'assuré aux prestations de l'assurance-chômage dès le 1^{er} juin 2001. Elle a relevé que l'assuré avait travaillé auprès de la société Z_____ Sàrl et déclaré les revenus obtenus comme gain intermédiaire, qu'il était inscrit au Registre du commerce depuis le 7 mai 2001 et exerçait la fonction de gérant avec signature individuelle et que, durant son premier délai-cadre, l'assuré avait annoncé à son conseiller en personnel qu'il souhaitait démarrer une nouvelle affaire, se mettre à son compte et travailler sur un projet de reprise concernant la représentation de produits cosmétiques (voir entretiens du 16 juin 1997, 21 juillet 1997 et 18 février 1998). La SACH a aussi souligné que les documents établis par l'assuré à l'entête de la société Z_____ Sàrl étaient des faux dans la mesure où ils avaient été signés par Monsieur D_____ alors qu'il n'était pas inscrit au registre du commerce et n'avait donc pas la qualité pour signer. Elle a considéré que lesdits documents auraient dû être signés par l'assuré lui-même, étant donné qu'il était le gérant de la société avec signature individuelle et qu'en agissant comme il l'avait fait, l'assuré avait délibérément induit la caisse en erreur et obtenu indûment des prestations de l'assurance-chômage. La SACH a par ailleurs estimé qu'en diminuant son temps de travail et en sollicitant des indemnités compensatoires, l'assuré avait contourné les dispositions relatives à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail. Par ailleurs, il a été souligné que le 3 juin 2002, l'assuré avait participé à la création de la société W_____ Sàrl, dont il était associé gérant avec signature individuelle pour une part de Fr. 7'000.--. La SACH en a tiré la conclusion que l'assuré poursuivait ses activités lucratives en tant qu'indépendant. Enfin, la SACH a encore précisé que l'assuré ne pouvait se prévaloir du droit à l'ouverture d'un troisième délai-cadre d'indemnisation à compter du 1^{er} août 2002 sur la base des mois salariés entre juin 2001 et juillet 2002 car aucun salaire ne lui avait plus été effectivement versé depuis le 1^{er} septembre 2001 ; les montants invoqués ne constituaient donc pas une perte de gain à prendre en considération au sens de l'assurance-chômage.
15. Le 6 décembre 2002, l'assuré a formé réclamation contre cette décision. Il a allégué que toutes ses déclarations à l'assurance-chômage étaient conformes à la vérité et qu'il avait fait preuve de bonne foi en annonçant tous ses revenus intermédiaires. Il a expliqué que depuis le 1^{er} juin 2001, il était lié par contrat de travail avec Z_____ Sàrl, société jouissant d'une entière indépendance juridique et ayant

la possibilité de conclure des contrats avec d'autres entités juridiques distinctes, notamment des personnes physiques. Il a fait valoir que, dès lors, la société pouvait conclure un contrat de travail avec ses associés, à moins qu'il n'y ait eu qu'un seul associé - ce qui aurait alors constitué un abus de droit et l'illusion d'une personnalité juridique distincte - ce qui n'était pas le cas. Il a assuré ne pas exercer d'activité indépendante et souligné ne pas être inscrit comme associé au RC. L'assuré a répété qu'il n'était pas associé mais possédait uniquement la signature individuelle. Il s'est référé à la jurisprudence du Tribunal fédéral selon laquelle il n'est pas admissible de refuser en règle générale le droit à l'indemnité à des employés exerçant des fonctions dirigeantes pour l'unique motif qu'ils sont autorisés à représenter l'entreprise par leur signature et inscrits au RC (ATF 120 V 521). S'agissant des documents signés par Monsieur D_____, l'assuré a précisé que les sociétés Z_____ et E_____ avaient plein pouvoir pour donner procuration à quiconque et pouvaient se faire représenter par une personne non inscrite au RC. Il a par ailleurs fait remarquer que la société X_____ - dont Monsieur D_____ était propriétaire - détenait toutes les parts de Z_____ Sàrl au nom et pour le compte de Monsieur D_____. S'agissant de la création de la société W_____ Sàrl, l'assuré a assuré n'en avoir jamais eu l'initiative. Il a expliqué que c'était Monsieur D_____ qui lui avait proposé de faire partie de Y_____, que lui-même n'avait jamais été en pourparlers avec Y_____ pour faire la distribution de lubrifiant, que c'était Y_____ qui avait entrepris des démarches afin d'obtenir le permis d'importation et que l'homologation des produits avait été directement effectuée par le producteur français, que le bail des locaux occupés par Y_____ ne faisait pas l'objet d'un contrat écrit avec la société Z_____ Sàrl, le bailleur, que les contrats de Y_____ étaient signés indifféremment par Messieurs D_____, M_____ ou lui-même en leur qualité d'associé et qu'il ne travaillait pas pour la société et ne faisait qu'y consacrer son temps libre. Il a assuré ne tirer aucun revenu de cette société. Enfin, s'agissant de l'ouverture d'un troisième délai-cadre, l'assuré a précisé qu'il avait bien travaillé pour la société Z_____ Sàrl entre juin et juillet 2002, malgré le fait qu'il n'ait pas reçu de salaire, et qu'il détenait une créance à l'encontre de la société à ce titre.

16. Par décision sur réclamation du 18 juin 2003, le Groupe réclamations a constaté que la SACH avait procédé à une révocation en niant rétroactivement le droit de l'assuré à des indemnités de chômage du fait de son inscription au RC en qualité de gérant - disposant de la signature individuelle - de la société Z_____ Sàrl. Le Groupe réclamations a constaté qu'en l'occurrence, aucun fait nouveau n'était intervenu et a dès lors examiné si la décision initiale de la SACH était manifestement inexacte. A la question de savoir si l'assuré était apte au placement objectivement et subjectivement dès le 1^{er} juin 2001 (soit à partir de son inscription au RC en tant que gérant), il a été répondu par l'affirmative. Le Groupe réclamations a constaté que l'assuré, salarié de la société, paraissait objectivement

pouvoir se mettre à la disposition d'un employeur pour une activité salariée à mi-temps puisqu'il ne déployait son activité pour Z _____ qu'à raison de 20h par semaine. Il a été relevé qu'il avait toujours effectué correctement ses recherches d'emploi, postulé suite aux offres remises par sa conseillère, qu'il était disposé à accepter une activité à plein temps et qu'il avait donc démontré de manière plus que satisfaisante sa volonté de trouver un emploi à plein temps.

L'aptitude au placement de l'assuré a également été examinée en tenant compte du fait qu'il était associé-gérant à raison de 7'000.- (soit un tiers du capital-social) de la société Y _____. A cet égard, le Groupe réclamations a admis que l'assuré n'avait pas participé dès le départ à la création de la société ; en revanche, il a relevé qu'il ressortait du dossier que depuis le 4 décembre 2001, l'assuré était en pourparlers pour faire de la distribution commerciale et avait d'ailleurs admis qu'il y consacrait son temps libre, qu'il avait signé la demande de concession pour un permis d'importation générale et qu'il fallait donc considérer qu'il s'était impliqué dans la société à compter du 17 mai 2002 au moins, date à partir de laquelle il n'avait plus eu la disponibilité subjective pour retrouver un emploi salarié. En effet, les difficultés financières de Z _____ l'avaient logiquement amené à se concentrer sur le développement de Y _____ dans l'espoir que les affaires augmentent, ce qui était confirmé par le courrier du 25 avril 2003.

Enfin, s'agissant du troisième délai-cadre d'indemnisation, le Groupe réclamations a relevé que l'assuré avait reconnu n'avoir pas touché effectivement de salaire depuis le 1^{er} septembre 2001 et détenir une créance à l'encontre de Z _____ pour les heures de travail effectuées durant cette période. Du fait que l'assuré était toujours inscrit au RC comme gérant avec signature individuelle et continuait à œuvrer dans la société, le Groupe réclamations a tiré la conclusion que l'assuré n'avait pas rompu les liens qu'il entretenait avec la société. Le fait qu'il se soit néanmoins déclaré prêt à accepter immédiatement un emploi salarié à plein temps dans une entreprise avait trait à la question de son aptitude au placement et ne permettait en revanche pas de suppléer aux conditions mêmes de l'ouverture du droit à l'indemnité de chômage. En conséquence, le Groupe réclamations a estimé que l'assuré avait une position assimilable à celle d'un employeur et qu'en conséquence, il ne pouvait prétendre des indemnités par rapport à la perte de son emploi au sein de Z _____ Sàrl. La décision de la SACH a été confirmée sur ce point (suppression du droit à l'indemnité dès le 1^{er} août 2002).

En résumé, le Groupe réclamations a jugé l'assuré apte au placement du 1^{er} juin 2001 au 16 mai 2002, malgré sa fonction de gérant avec signature individuelle auprès de Z _____ Sàrl. Il a cependant considéré qu'à compter du 17 mai 2002, il avait vraisemblablement pris part à la création de la société Y _____ de telle manière que son aptitude au placement devait être niée à partir de cette date. L'ouverture du 3^{ème} délai-cadre dès le 1^{er} août 2002 a été également refusée.

17. Par courrier du 20 août 2003, l'assuré a interjeté recours contre cette décision. Il conclut à la confirmation de la décision du Groupe réclamations en tant qu'elle le déclare apte au placement du 1^{er} juin 2001 au 16 mai 2002, à son annulation en tant qu'elle le déclare inapte au placement depuis le 17 mai 2002 et à son annulation en tant qu'elle lui refuse le droit à l'ouverture d'un troisième délai-cadre dès le 1^{er} août 2002 et l'octroi de prestations après le 17 mai 2002.
18. Les autres faits seront repris, en tant que de besoin, dans la partie « en droit » du présent jugement.

EN DROIT

1. La loi genevoise du 22 novembre 1941 sur l'organisation judiciaire (LOJ ; E 2 O5) a été modifiée et a institué, dès le 1^{er} août 2003, un Tribunal cantonal des assurances sociales. composé de cinq juges, dont un président et un vice-président, cinq suppléants et seize juges assesseurs (art. 1 let. r et 56T LOJ).

Suite à l'annulation de l'élection des juges assesseurs par le Tribunal fédéral (TF) le 27 janvier 2004 (ATF 130 I 106), le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février, une disposition transitoire urgente (art. 162 LOJ) permettant au TCAS de siéger sans assesseurs, à trois juges titulaires, dans l'attente de l'élection de nouveaux juges assesseurs.

Conformément à l'art. 56 V al. 1 let. a ch. 8 LOJ, le TCAS connaît en instance unique des contestations prévues à l'article 56 LPGA relatives à la loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (LACI). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est donc établie.

2. Plusieurs questions litigieuses se posent en l'espèce. Si l'aptitude au placement du recourant a été admise par l'autorité intimée pour la période du 1^{er} juin 2001 et n'est désormais plus contestée, elle a en revanche été niée à compter du 17 mai 2002, date à partir de laquelle l'autorité intimée a jugé que le recourant s'était investi dans la société Y_____ Sàrl – dont il est associé pour un tiers du capital social – de telle manière qu'il n'était plus apte au placement, à tout le moins de manière contrôlable. C'est ce point qu'il convient d'examiner en premier lieu.
3. a) Il sied de rappeler que, selon l'art. 31 al. 3 let. c LACI, n'ont pas droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, les personnes qui fixent les décisions que prend l'employeur - ou peuvent les influencer considérablement - en

qualité d'associé, de membre d'un organe dirigeant de l'entreprise ou encore de détenteur d'une participation financière à l'entreprise. Cette règle s'applique par analogie à l'octroi de l'indemnité de chômage (cf. arrêt du Tribunal fédéral des assurances [TFA] M. du 4 septembre 1997 publié aux ATF 123 V 234).

b) En l'espèce, cette disposition et la jurisprudence qui s'y rapportent ne sont pas applicables, dans la mesure où le recourant n'a jamais été employé puis licencié par la société Y_____. Se pose en revanche la question de savoir s'il remplit par ailleurs les conditions cumulatives donnant droit aux indemnités de chômage, en particulier celles d'être apte au placement (cf. art. 8 et 15 LACI) et sans emploi, au moins partiellement (art. 10 LACI).

4. a) L'aptitude au placement est admise si le chômeur est disposé à accepter un travail convenable et à participer à des mesures d'intégration et qu'il est mesure de le faire, aux termes de l'art. 15 al. 1 LACI. L'aptitude au placement présuppose ainsi, d'une part, la faculté de fournir un travail sans que l'assuré en soit empêché pour des raisons inhérentes à sa personne, et, d'autre part, la disposition à accepter un travail convenable au sens de l'art. 16 LACI, soit la volonté de prendre un tel travail s'il se présente et une disponibilité suffisante quant au temps que l'assuré peut consacrer à l'emploi et quant au nombre des employeurs potentiels (ATF 120 V p. 391 consid. 1).

La notion d'aptitude au placement se différencie de l'employabilité sur le marché du travail. Elle met l'accent sur l'aspect subjectif, c'est-à-dire sur la personne elle-même tandis que l'employabilité répond avant tout à des critères objectifs indépendants de la volonté de l'assuré. Lorsqu'un assuré disposé à travailler, en mesure et en droit de le faire cherche du travail, il est en principe réputé apte à être placé, indépendamment de son employabilité, pour autant que cette dernière ne soit pas considérablement entravée par des obligations personnelles ou d'autres dispositions prises par l'assuré (Circulaire relative à l'indemnité de chômage éditée par le Secrétariat d'Etat à l'économie – IC B 154).

L'assuré en gain intermédiaire, salarié ou indépendant, doit être apte au placement. Il doit être disposé à interrompre le plus rapidement possible – tout en respectant le délai de congé légal ou un temps de réaction raisonnable pour mettre fin à son activité indépendante – son gain intermédiaire, s'il peut être placé ou si un emploi réputé convenable lui est assigné (IC B 167). Seules des activités indépendantes à caractère transitoire temporaire 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. Il ne peut envisager d'exercer une activité indépendante que pour éviter d'être au chômage. 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 abandonner son gain

intermédiaire indépendant au même titre qu'il devrait interrompre toute activité salariée dès qu'il trouve un emploi réputé convenable (IC B 168).

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, contrat d'engagement de personnel, investissement etc.) ;
- importance des dépenses au regard du revenu brut, ;
- déclaration, intention et comportement de l'assuré ;
- intensité de l'activité indépendante ;
- recherche d'une activité salariée (IC B 169).

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 l'empêcher de prendre rapidement une activité salariée. Si l'assuré néglige manifestement de rechercher une activité salariée pour se concentrer sur son activité indépendante, on peut présumer qu'il renonce à rechercher une activité salariée (IC B 170).

Il n'incombe pas à l'assurance chômage de continuer à indemniser l'assuré qui a entrepris une activité indépendante si celle-ci ne l'occupe pas entièrement ou ne lui rapporte pas assez.

De même, 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 et qu'il ne désire pas ou ne puisse pas offrir à un employeur toute disponibilité normalement exigible. Ainsi que l'a rappelé l'autorité intimée, la réalisation de ces conditions doit être examinée au regard du principe de la plus grande vraisemblance, sur la base de circonstances objectives et subjectives (dispositions prises, obligations personnelle et juridique, temps disponible, investissement, recherche d'emploi, déclaration d'intention ; bulletin AC 94/1 fiche 3/2).

Ce qu'il faut examiner, c'est si l'exercice effectif d'une activité lucrative indépendante est d'une ampleur telle qu'elle exclut d'emblée toute activité salariée parallèle (DTA 1996/1997 n° 36 p. 199). A cet égard, les principes développés quant à l'exercice d'une activité salariée (DTA 1996/1997 n° 38 p. 212 consid. 1a) s'appliquent mutatis mutandis à une activité indépendante (ATFA non publié du 2

mars 2001 en la cause C 203/00 Sm). Ainsi, l'aptitude au placement peut être niée notamment en raison de recherches d'emplois continuellement insuffisantes, en cas de refus réitérés d'accepter un travail convenable, ou encore lorsque l'assuré limite ses démarches à un domaine d'activité dans lequel il n'a, concrètement, qu'une très faible chance de trouver un emploi (ATF 125 V 58 consid. 6a, 123 V 216 consid. 3 et les références, ATFA non publié du 19 août 2000 en la cause C 234/01/Kt).

Le gain réalisé par le chômeur durant une période de contrôle (art. 24 al. 1 LACI) réduit le manque à gagner résultant du chômage (art. 11 al. 1 LACI), de sorte que l'assurance-chômage indemnise en principe la différence entre le gain assuré et le gain intermédiaire (art. 24 al. 2 et 3 LACI). Pour pouvoir bénéficier d'une compensation de sa perte de salaire en application de l'art. 24 LACI, l'assuré doit être disposé à abandonner aussi rapidement que possible son activité actuelle au profit d'un emploi réputé convenable qui s'offrirait à lui ou qui lui serait assigné par l'administration ; on tiendra toutefois compte du délai de résiliation des rapports de travail en cours ou, dans le cas d'un indépendant, d'une période de réaction ou de transition appropriée. En revanche, l'assuré qui entend, quelles que soient les circonstances, poursuivre une activité qu'il a prise durant une période de contrôle ne saurait être indemnisé par le biais des dispositions sur le gain intermédiaire, faute d'aptitude au placement (GERHARDS, « Arbeitslosenversicherung : Stempelferien, Zwischenverdienst und Kurzarbeitsentschädigung für öffentliche Betriebe und Verwaltungen – Drei Strietfragen, RSAS 1994, p. 350 sv.). Cela vaut aussi pour une activité indépendante à temps partiel (sauf si cette activité peut être exercée en dehors d'un horaire normal de travail) : l'intéressé doit avoir la volonté de retrouver son statut antérieur de salarié (ATFA non publié du 15 mai 1997 en la cause C 67/96, ATFA non publié du 9 janvier 2001 en la cause C 332/00 Mh).

b) En l'espèce, la question qui se pose est de savoir si le recourant avait, dès le 17 mai 2002, la faculté d'exercer une activité lucrative salariée sans qu'il en soit empêché et s'il était prêt, dès cette date, à accepter un travail convenable, ce qui implique qu'il avait dès lors la volonté de prendre un tel travail et la disponibilité suffisante quant au temps à consacrer à un emploi et quant au nombre d'employeurs potentiels (cf. jurisprudence précitée).

L'autorité intimée s'est basée sur le fait que le recourant a signé en date du 17 mai 2002 une demande de concession pour un permis d'importation générale adressée à l'association suisse des importateurs d'huile de graissage.

Par courrier du 22 avril 2003, l'OCE a posé un certain nombre de questions au recourant afin de déterminer l'ampleur de son activité pour la société Y_____. Par courrier du 25 avril 2003 (pièce 26 caisse), ce dernier a répondu que l'initiative de créer la société Y_____ ne venait pas de lui mais de Monsieur François D_____, qui lui avait proposé de s'associer à lui et à Monsieur Stéphane M_____. Il a expliqué que Monsieur D_____ était

un ami d'enfance et que ce dernier lui avait proposé de faire partie de la société dans l'espoir que celle-ci serait un jour en mesure de lui offrir un contrat de travail et un salaire. Le recourant a assuré n'avoir jamais été en pourparlers avec Y_____ pour faire la distribution de lubrifiants. La société W_____ Sàrl loue un bureau d'une pièce ainsi qu'une partie d'un dépôt à la société Z_____ Sàrl pour la somme de 500 fr., respectivement 600 fr. par mois. La société n'étant pas en mesure de verser le moindre salaire, aucun contrat d'engagement n'a été signé et il n'y a par conséquent jamais eu de lettre de licenciement. La société a simplement conclu un contrat d'agence avec Monsieur Daniel SZUTS, seule personne à s'occuper de la vente des produits distribués par la société, et projetait de conclure son premier contrat de travail en juillet 2003 avec un ancien vendeur d'une société spécialisée dans le même domaine et qui bénéficie donc d'un potentiel très important en matière de clientèle. Tous les contrats de la société ont été signés indifféremment par MM. D_____, G_____ ou M_____ en leur qualité d'associés. Le recourant a assuré ne pas travailler pour la société et n'y consacrer que son temps libre, étant entendu que cette activité était tout de même liée à la recherche d'un emploi puisqu'elle pourrait en définitive déboucher sur un contrat de travail. Le recourant a fait valoir qu'outre son activité déclarée au sein de la société Z_____, il continuait à rechercher activement un emploi et à pointer régulièrement au chômage. Il a allégué que sa situation financière était très précaire, car il ne vivait que grâce au salaire de son épouse, n'était plus en mesure de payer ses assurances maladie et les pensions qu'il devait. Il a affirmé qu'il accepterait immédiatement tout emploi qui lui serait proposé dans son secteur de compétences. Il s'est par ailleurs déclaré surpris de l'attitude de la caisse qui lui a refusé ses prestations alors qu'il avait toujours fait preuve de bonne foi et de transparence à son égard en déclarant son emploi à temps partiel chez Z_____ et en informant son conseiller de son entrée au sein de Y_____. Il estime qu'il ne peut en aucun cas être considéré comme un indépendant par le simple fait qu'il est associé dans une société à responsabilité limitée.

En l'espèce, le Tribunal de céans est d'avis qu'il n'y a pas assez d'éléments pour conclure, avec une vraisemblance suffisante, à l'inaptitude au placement du recourant. En effet, il n'a investi aucun montant dans la société, ne s'y est pas non plus engagé à long terme, a continué à rechercher une activité salariée et n'a jamais négligé ses recherches d'emploi ainsi que cela ressort des pièces du dossier. Rien n'indique effectivement qu'il ne puisse mettre un terme immédiat à son activité pour la société Y_____ si une opportunité se présentait. Au surplus, il est vrai qu'il n'a jamais cherché à dissimuler son emploi du temps. L'autorité intimée n'allègue pas que les recherches d'emploi auraient été négligées ou un quelconque poste refusé. Dès lors, le Tribunal de céans ne voit pas pourquoi il se justifierait de faire une différence entre la situation telle qu'elle se présentait avant le 17 mai 2002

et la situation postérieure à cette date. Sur ce point, le recours est admis et l'aptitude au placement du recourant reconnue.

5. a) S'agissant à présent de savoir si le recourant remplit les conditions relatives à la période de cotisations ou s'il en est libéré, il y a lieu de rappeler que le délai-cadre de la période de cotisations commence à courir deux ans avant l'inscription au chômage (art. 9 al. 3 LACI). Durant ce délai, l'assuré doit avoir exercé une activité soumise à cotisations, ce qui signifie qu'il doit avoir touché un salaire sur lequel les cotisations de chômage ont été prélevées. En vertu de l'art. 13 al. 1 1^{ère} phrase LACI, pour remplir les conditions relatives à la période de cotisations, l'assuré doit avoir, dans les limites du délai-cadre, exercé durant six mois au moins une activité soumise à cotisations. La deuxième phrase de cette disposition précise que l'assuré qui se retrouve au chômage dans l'intervalle de trois ans à l'issue de son délai-cadre d'indemnisation doit justifier d'une période de cotisations minimale de douze mois. Selon la jurisprudence du TFA, ne remplit pas la condition de l'existence d'une activité soumise à cotisations selon l'art. 13 al. 1 LACI l'assuré qui n'a pas réellement perçu de salaire de sa propre société mais dont les montants ont simplement été comptabilisés comme créance envers la société. Le fait que les cotisations aux assurances sociales aient été décomptées correctement et versées à la caisse de compensation ne change rien. Il n'y a, en conséquence, pas d'activité soumise à cotisations en l'absence d'une rémunération versée à l'assuré. L'exigence d'un salaire effectif – pour admettre que les conditions relatives à la période de cotisations sont réunies – permet de prévenir les abus pouvant résulter d'accords fictifs entre les employeurs et les travailleurs au sujet du salaire que le premier s'engage à verser contractuellement au second (surtout lorsque l'employeur et le travailleur ne sont qu'une seule et même personne) (DTA 2001 N° 27 p. 225).
- b) En l'espèce, force est de constater qu'aucun salaire n'a été effectivement versé à au recourant, si bien que, vu la jurisprudence en la matière, rappelée supra, il n'a pas droit à l'ouverture d'un troisième délai-cadre à compter 1^{er} août 2002.

**PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :**

Statuant (conformément à la disposition transitoire de l'art. 162 LOJ)

A la forme :

1. Déclare le recours recevable ;

Au fond :

2. L'admet partiellement ;
3. Constate l'aptitude au placement de Monsieur Bernard G _____ postérieurement au 17 mai 2002 ;
4. Rejette le recours pour le surplus ;
5. Condamne l'intimé à verser au recourant la somme de Fr. 1'500.-- à titre de participation à ses frais et dépens ;
6. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification par plis recommandé adressé au Tribunal fédéral des assurances, Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE, en trois exemplaires. Le délai ne peut être prolongé. Le mémoire doit : a) indiquer exactement quelle décision le recourant désire obtenir en lieu et place de la décision attaquée; b) exposer pour quels motifs il estime pouvoir demander cette autre décision; c) porter sa signature ou celle de son représentant. Si le mémoire ne contient pas les trois éléments énumérés sous lettres a) b) et c) ci-dessus, le Tribunal fédéral des assurances ne pourra pas entrer en matière sur le recours qu'il devra déclarer irrecevable. Le mémoire de recours mentionnera encore les moyens de preuve, qui seront joints, ainsi que la décision attaquée et l'enveloppe dans laquelle elle a été expédiée au recourant (art. 132, 106 et 108 OJ).

La greffière:

Janine BOFFI

La Présidente :

Karine STECK

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'à l'Office fédéral des assurances sociales et au secrétariat d'Etat à l'économie par le greffe le