



POUVOIR JUDICIAIRE

A/2283/2003

ATAS/51/2005

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

4^{ème} chambre

du 26 janvier 2005

En la cause

Monsieur B _____, mais comparant par Me Mauro POGGIA en recourant
l'étude duquel il élit domicile

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION, rue de intimée
Montbrillant 40, 1211 Genève

**Siégeant : Mme Juliana BALDE , Présidente, Mmes Karine STECK et Valérie
MONTANI, juges.**

EN FAIT

1. Monsieur B _____, né le 21 avril 1955, marié, a été employé en tant que sertisseur auprès de la société Y _____ du 1^{er} octobre 1990 au 30 avril 2001, date à laquelle il a commencé à travailler en tant qu'indépendant. Il a ouvert un atelier de sertissage sous la raison de commerce « B _____ » et s'est inscrit au registre du commerce de la République et canton de Genève en tant que titulaire de la raison de commerce avec signature individuelle.
2. Dès le mois d'avril 2003, l'assuré n'a plus reçu de commandes, raison pour laquelle il s'est inscrit le 3 juillet 2003 à l'office cantonal de l'emploi (ci-après l'OCE) et a demandé à bénéficier des indemnités de chômage dès le 1^{er} juillet 2003. Entre le mois de juillet et août 2003, il a procédé à vingt recherches d'emplois, sans succès.
3. Par décision du 12 août 2003, la Caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après la caisse) lui a refusé toute indemnisation de chômage au motif qu'il ne remplissait pas les conditions prévues par la loi. Elle a expliqué que durant les deux années ayant précédé son inscription, soit du 1^{er} juillet 2001 au 30 juin 2003, il avait exercé une activité indépendante, qu'il ne pouvait justifier d'aucune période de travail soumise à cotisations et qu'il n'avait aucun motif de libération justifiant l'absence de période de cotisation. Il ne comptait dès lors pas douze mois de cotisation, et ne pouvait bénéficier d'un motif de libération du paiement de cotisation.
4. Par courrier du 21 août 2003, l'assuré a informé les différents services de la caisse cantonale genevoise de compensation (service de l'assurance-maternité, service des allocations familiales) qu'il avait fermé son atelier de sertissage et cessait son activité indépendante à partir de ce jour. Le même jour, il a demandé au registre du commerce la radiation de son inscription et a également écrit à l'administration fédérale des contributions afin qu'elle le retire de la liste des indépendants.
5. Par un courrier non daté reçu le 29 août 2003 par la caisse, l'assuré a formé opposition à la décision de la caisse du 12 août 2003 en relevant que sa demande d'indemnité avait été traitée sur la base de l'ancien droit et que la caisse n'avait pas tenu compte des modifications législatives entrées en vigueur le 1^{er} juillet 2003. Or, dès lors qu'il avait entrepris une activité indépendante sans l'aide du chômage le 1^{er} avril 2001, son délai-cadre de cotisation aurait dû être légalement prolongé de deux ans au maximum. Durant ce délai-cadre prolongé - du 1^{er} juillet 1999 au 30 juin 2003 - il avait cotisé du 1^{er} juillet 1999 au 30 janvier 2001, soit pendant plus d'une année. L'assuré a expliqué avoir cessé toute activité depuis la fin du mois de juin 2003 et avoir demandé la radiation de son entreprise auprès du registre du commerce. Il a joint copies des courriers envoyés à la caisse cantonale genevoise de compensation, à l'administration fédérale des contributions et au registre du commerce.

6. Par nouvelle décision du 12 septembre 2003 remplaçant celle du 12 août 2003, l'OCE a informé l'assuré que son dossier avait été réexaminé et qu'un droit à l'indemnité de chômage avait été ouvert en sa faveur dès le 25 août 2003. Par ailleurs, compte tenu de l'exercice de son activité indépendante, son délai-cadre de cotisation avait pu être prolongé de sorte que, entre le 18 octobre 1999 et le 24 août 2003, il pouvait justifier de douze mois de cotisation. Son droit à l'indemnité n'était cependant ouvert qu'à partir du 25 août 2003 et non dès le 1^{er} juillet 2003 dans la mesure où son inscription au registre du commerce en tant que titulaire de la raison de commerce n'avait été radié que le 22 août 2003. L'assuré s'est vu impartir un délai au 23 septembre 2003 pour décider s'il entendait maintenir son opposition.
7. Le 20 septembre 2003, l'assuré a maintenu son opposition en relevant que le refus de lui accorder un droit à l'indemnité à partir du 1^{er} juillet 2003 était fondé sur le fait qu'il était à ce moment toujours inscrit au registre du commerce en tant que titulaire de la raison de commerce. Or, cela était dû aux conseils prodigués par Monsieur T_____, conseiller en personnel de l'OCE, avec lequel lui-même et sa femme avaient eu un entretien le 16 juin 2003, puisqu'il avait alors expressément demandé s'il devait radier sa raison de commerce pour avoir droit à une indemnité de chômage. Ce monsieur lui avait répondu que cela n'était pas nécessaire et que le canton de Genève ne requérait pas la radiation. L'assuré a souligné que c'était pour cette raison qu'il n'avait pas fermé son atelier et qu'il s'était inscrit au chômage à partir du 1^{er} juillet 2003 tout en conservant sa raison de commerce. Il a précisé qu'il n'avait eu aucun travail dans son atelier depuis plusieurs mois, qu'il n'était pas parti en vacances parce qu'il s'était inscrit au chômage, qu'il était resté à Genève pour rechercher du travail, avait rempli ses fiches de recherches d'emploi et les avait fait tamponner. C'était donc par la faute du service du chômage qu'il se voyait refuser une indemnité de chômage à partir du 1^{er} juillet 2003, alors que lui-même n'avait commis aucune erreur.
8. Le 26 septembre 2003, la juriste en charge du dossier a écrit à Monsieur T_____ en lui demandant des éclaircissements sur son entretien avec l'assuré du 16 juin 2003, et notamment sur le fait qu'il aurait expliqué à ce dernier que la radiation au registre du commerce n'était pas nécessaire pour percevoir des indemnités de chômage. Elle a souhaité une confirmation des déclarations de l'assuré ainsi que des précisions sur les informations qu'il lui avait données.
9. Le même jour, le conseiller en personnel a répondu que lors de l'entretien en question, l'assuré avait souhaité connaître ses droits en matière d'assurance-chômage et qu'il s'était auparavant renseigné auprès de Madame G_____ de l'association « TRIALOGUE », laquelle l'avait informé de la nouvelle loi et lui avait suggéré de s'inscrire le 1^{er} juillet 2003. La question posée par l'intéressé avait été la suivante : « dois-je radier ma société étant donné que si les affaires reprennent, je ne pourrai plus exercer mon activité ? ». Le conseiller avait répondu : « en ce qui concerne les mesures cantonales, pour un placement en ETC, nous n'exigeons pas la radiation de la société. En revanche, la caisse de chômage l'exige ». Le conseiller a

relevé que l'assuré lui avait demandé conseil et qu'il lui avait répondu qu'il ne pouvait répondre à sa place et que la décision lui incombait.

10. Par décision sur opposition du 28 octobre 2003, la caisse a rejeté l'opposition et confirmé sa décision. Elle a relevé en substance que, lors de l'inscription de l'assuré à l'OCE le 1^{er} juillet 2003, ce dernier n'avait pas encore cessé son activité indépendante et qu'il ne pouvait dès lors pas bénéficier de la prolongation du délai-cadre de cotisation reconnu aux indépendants. Ce n'est que le 21 août 2003 que l'assuré avait écrit à la caisse cantonale de compensation pour annoncer la cessation de son activité indépendante et que le 22 août que son inscription au registre du commerce avait été radiée. Le délai-cadre de cotisation avait ainsi pu être prolongé depuis cette date et courait du 25 août 1999 au 24 août 2003. Durant cette période, l'assuré avait été employé du 25 août 1999 au 30 avril 2001 et pouvait justifier de douze mois de cotisation, raison pour laquelle il pouvait prétendre à des indemnités de chômage dès le 25 août 2003. La caisse a en outre souligné que Monsieur T_____ avait démenti avoir conseillé à l'assuré de ne pas radier son inscription mais lui avait expliqué ses droits tout en lui laissant le choix de prendre une décision.

11. Par écriture du 27 novembre 2003, l'assuré a interjeté recours par l'entremise de son conseil en concluant à l'annulation de la décision litigieuse et à la reconnaissance d'un délai-cadre d'indemnisation débutant le 1^{er} juillet 2003. Il a à nouveau relevé que lors de l'entretien avec Monsieur T_____, ce dernier ne lui avait pas indiqué que l'octroi de prestations était subordonné à la radiation préalable au registre du commerce et avait même répondu, à sa requête expresse, qu'il était préférable que cette radiation n'ait pas lieu afin de permettre à l'assuré de réaliser un gain accessoire en qualité d'indépendant. Il n'avait ainsi procédé à la radiation au registre du commerce qu'après avoir reçu un coup de téléphone de la caisse entre la décision du 12 août 2003 et son opposition, soit le 21 août 2003. Le recourant a expliqué que l'assurance-chômage était à l'époque à ce point peu au courant des nouvelles dispositions légales entrées en vigueur le 1^{er} juillet 2003 qu'une première décision négative lui avait été notifiée sur la base de l'ancien droit. Il a souligné que, durant l'été 2003, il régnait une méconnaissance totale des nouvelles conditions de l'assurance-chômage au point qu'aucun assuré indépendant ne pouvait obtenir des informations ou des directives dignes de foi, directives qui n'avaient apparemment même pas été émises pour renseigner le personnel. Le recourant a principalement invoqué le principe de la bonne foi de l'administration en précisant que la caisse devait assumer la situation dans laquelle les assurances données par son conseiller en personnel l'avait conduite. Il a également contesté que l'exigence de la radiation au registre du commerce soit le seul moyen pour apporter la preuve qu'il avait cessé son activité indépendante en soulignant que cette preuve pouvait être apportée d'une autre manière, soit par le fait que sa dernière activité remontait au mois d'avril 2003.

12. Par courrier du 20 janvier 2004, la caisse a persisté dans son point de vue et estimé que le droit aux indemnités de chômage était ouvert dès le 25 août 2003. Elle a joint à son courrier de réponse un bordereau de 18 pièces.
13. Par réplique du 5 février 2004, le recourant a également persisté intégralement dans les termes de son recours en reprenant brièvement son argumentation.
14. Par duplique du 26 février 2004, la caisse a encore expliqué que, dans certains cas, une radiation au registre du commerce n'était effectivement pas nécessaire et qu'il appartenait à l'assuré de s'enquérir des dispositions à prendre auprès de la caisse de chômage, laquelle était à même de déterminer de cas en cas si une telle démarche était impérative ou non pour l'ouverture du droit aux indemnités, ce que le recourant n'avait pas fait. La première décision de refus d'indemnisation avait été motivée en fonction des informations données par le recourant et figurant sur sa demande d'indemnité de chômage du 1^{er} juillet 2003. Or, il n'y était pas mentionné que son entreprise ne lui procurait plus d'activité depuis le mois d'avril 2003 mais plutôt que son activité indépendante était toujours en cours. Il n'y avait en outre aucune lettre explicative de l'assuré informant la caisse de sa situation. La décision du 12 août 2003 avait certes été standard mais elle expliquait que l'assuré ne remplissait pas les conditions légales pour bénéficier des prestations du chômage, et c'est ce qui ressortait des indications données par le recourant à cette époque. Au moment de la décision, la caisse n'avait d'ailleurs pas eu d'informations relatives au fait que le recourant allait entreprendre des démarches pour radier sa société. Ce n'était qu'en date du 29 août 2003, date de réception du courrier d'opposition à la décision du 12 août 2003, que ce dernier avait mis en avant la cessation de son activité indépendante et qu'il avait entrepris les démarches pour procéder à la radiation de sa société au registre du commerce. Il avait d'ailleurs joint les justificatifs attestant de ces démarches à son courrier d'opposition.
15. Lors de l'audience de comparution personnelle des parties du 30 juin 2004, le recourant a expliqué que lorsqu'il s'était retrouvé sans revenu dès fin avril 2003, il s'était renseigné auprès de Madame G _____ du service social de Saint-Jean sur les démarches à accomplir et que cette dernière l'avait informé de la nouvelle loi sur le chômage qui entrerait en vigueur le 1^{er} juillet 2003. Elle lui avait expliqué que les personnes indépendantes pourraient bénéficier de prestations de chômage. Il avait ainsi pris rendez-vous avec Monsieur T _____, conseiller en personnel de l'OCE, lequel lui avait affirmé qu'il pouvait garder son atelier de sertissage et que, s'il réalisait des gains pendant la période de chômage, ceux-ci viendraient en déduction de ses indemnités. Le recourant a précisé que son épouse était d'ailleurs présente lors de cet entretien. Il avait produit tous les documents exigés par le chômage, mais la caisse avait refusé de l'indemniser au début, ignorant que la nouvelle loi était entrée en vigueur. Par la suite, Madame G _____ l'avait informé qu'il devait fermer son atelier de sertissage en radiant son inscription au registre du commerce, ce qu'il avait immédiatement fait. Lorsqu'il avait eu vent de cette information, il avait pris contact téléphoniquement avec Monsieur

T_____ pour lui dire qu'il avait suivi ses conseils, malheureusement à tort. Ce dernier lui avait répondu qu'il ne savait plus ce qu'il lui avait dit. Quant à la caisse, elle a expliqué en comparution personnelle avoir rendu sa décision sur la base des déclarations de l'assuré selon lesquelles il était encore indépendant en se référant au chiffre 28 de sa demande d'indemnité de chômage. Elle a relevé que le « groupe réclamation » chargé de rendre la décision sur opposition avait interrogé Monsieur T_____, lequel avait nié avoir donné de fausses informations au recourant.

16. Lors de l'audience d'enquêtes du 18 août 2004 par devant le Tribunal de céans, Monsieur T_____ est intervenu en qualité de témoin et a expliqué qu'il avait bien reçu le recourant et qu'il l'avait informé qu'à compter du 1^{er} juillet 2003, il pourrait se voir éventuellement ouvrir un délai-cadre d'indemnisation. Il avait discuté avec l'assuré de la question de son atelier de sertissage et lui avait indiqué que, pour les indépendants inscrits au registre du commerce, le service des mesures cantonales n'exigeait pas la radiation de la raison sociale, mais que la caisse de chômage l'exigeait en revanche. Le recourant lui avait demandé s'il devait radier son inscription en relevant qu'il était ennuyé car s'il obtenait un mandat entre-temps, il ne savait pas comment procéder. Monsieur T_____ lui avait alors clairement dit que la caisse de chômage exigeait la radiation pour qu'il puisse bénéficier des indemnités de chômage, mais que c'était à lui de décider. Il lui avait ensuite remis deux documents jaunes, soit une demande d'indemnités à adresser à la caisse et une feuille où l'on imprimait les données de la carte de contrôle. Le problème des gains intermédiaires avait également été évoqué et il avait expliqué à l'assuré que les gains intermédiaires seraient compensés dès l'ouverture du délai-cadre d'indemnisation. S'il n'y avait pas d'indemnisation, ils ne seraient pas pris en compte. Le témoin a encore relevé qu'il savait depuis 2001, par des renseignements oraux qui lui étaient parvenus des assurés ou de l'intérieur du service, que la caisse de chômage exigeait la radiation de l'inscription auprès du registre du commerce pour les ex-indépendants. Il s'occupait d'ailleurs avec sa collègue de 200 à 300 dossiers de cas d'ex-indépendants. La caisse de chômage avait cette exigence afin de pouvoir vérifier l'aptitude au placement de ces personnes. Le témoin a encore précisé que le directeur des mesures cantonales, Monsieur GOLAY, avait édicté dès le 1^{er} janvier 2004 de nouvelles directives exigeant la radiation afin de se mettre en concordance avec les caisses de chômage, dans la mesure où celle-ci n'était auparavant pas requise.

17. Lors de l'audience du même jour, Madame B_____ a confirmé avoir accompagné son époux lors de ses démarches auprès de l'OCE, et notamment à l'entretien du 16 juin 2003 avec Monsieur T_____. Elle a relevé que son époux avait demandé à ce dernier s'il devait radier l'inscription de sa raison sociale auprès du registre du commerce et qu'il lui avait répondu que c'était à lui de décider s'il voulait la radier ou non, mais qu'il n'y était pas obligé pour être indemnisé par l'assurance-chômage. Il lui avait d'ailleurs remis deux feuilles jaunes pour les gains intermédiaires en lui indiquant que, s'il réalisait des revenus, il devait indiquer la

date et le nombre d'heures ou de jours de travail accomplis. Si les gains atteignaient le montant maximum auquel il pouvait être indemnisé, il ne bénéficierait pas d'indemnités de chômage. Le conseiller leur avait également dit que le recourant serait indemnisé dès le 1^{er} juillet 2003 sur la base de la nouvelle loi. Ils avaient été soulagés d'apprendre qu'ils n'étaient pas obligés de radier l'inscription car ils pensaient que les affaires allaient reprendre. Lorsque son mari avait reçu la décision datée du 12 août 2003, il s'était rendu chez Madame G _____, laquelle lui avait immédiatement indiqué qu'il devait procéder à la radiation. Il s'était ensuite rendu à la caisse de chômage de Montbrillant pour demander des explications et pourquoi on n'avait pas immédiatement avisé du fait qu'il fallait radier l'inscription au registre du commerce pour être indemnisé. L'épouse du recourant a précisé avoir téléphoné à fin août à Monsieur T _____ pour lui dire que ce n'était pas correct que son époux n'ait pas été indemnisé par sa faute parce qu'il leur avait dit que l'atelier pouvait rester ouvert. Elle lui avait demandé de faire un courrier par lequel il reconnaissait leur avoir donné les informations en question, mais il ne l'avait pas fait et avait déclaré ne pas se souvenir de ce qu'il avait dit.

18. Par écriture après enquêtes du 17 septembre 2004, la caisse a maintenu ses conclusions en se référant aux déclarations du témoin T _____ lors de l'audience, lequel avait confirmé avoir expliqué au recourant que la caisse exigeait la radiation de son inscription afin de l'indemniser. Elle a relevé que les déclarations du recourant étaient contradictoires dans la mesure où, dans son recours, il avait expliqué que sa dernière activité remontait à avril 2003 alors que dans demande d'indemnité signée le 1^{er} juillet 2003, il avait indiqué avoir encore une activité d'indépendant. En outre, les pièces fournies après audience d'enquêtes par l'assuré, soit notamment le bilan de l'entreprise, ne démontraient pas que les activités avaient cessé en avril 2003 dès lors que les différentes postes comme le paiement des cotisations AVS et les facturations avaient encore été comptabilisées au 21 août 2004. De plus, l'attestation de la fiduciaire selon laquelle l'assuré n'avait plus eu d'activités depuis avril 2003 n'avait pas de portée dès lors que la preuve de la cessation des activités ne pouvait ressortir que de la radiation de l'entreprise au registre du commerce, voire de l'attestation de la caisse de compensation AVS selon les directives du secrétariat d'Etat à l'économie (ci-après le SECO).

19. Par écriture après enquêtes du 20 septembre 2004, le recourant a intégralement persisté dans les termes de son recours en soulignant qu'il était regrettable que Monsieur T _____ n'ait pas eu le courage de relater les faits avec sincérité, préférant prendre le risque de léser un assuré plutôt que de reconnaître que sa formation dans le domaine de l'indemnisation des indépendants était insuffisante en juin 2003. Il a produit deux nouvelles pièces, dont la caisse avait eu connaissance, soit une attestation de la fiduciaire du 12 août 2003 indiquant que l'activité du recourant avait cessé dès avril 2003 ainsi que le bilan et le compte de pertes et profits au 21 août 2003. Le recourant a précisé qu'il était curieux qu'il ait décidé de ne pas partir en vacances pour rechercher un emploi et de commencer

immédiatement les démarches dans ce sens tout en sachant, à en croire Monsieur T_____, que cela ne servirait à rien. Il a estimé que l'affirmation du conseiller en personnel selon laquelle le recourant aurait choisi de ne pas être indemnisé n'était pas crédible et qu'il était au contraire hautement vraisemblable que cette personne, dont les tâches ne consistaient aucunement à orienter les assurés en début de droit sur les démarches à entreprendre, ignorait simplement la pratique de l'assurance-chômage, pensant qu'elle était identique à celle de l'OCE. De même, l'affirmation selon laquelle il aurait appris depuis 2001, par des renseignements oraux parvenus des assurés ou de l'intérieur du service que la caisse exigeait la radiation au registre du commerce pour les ex-indépendants n'était pas vraisemblable dès lors que les ex-indépendants n'étaient pas assurés avant le 1^{er} juillet 2003 pour les indemnités versées. Le recourant a encore souligné qu'il n'était de toute manière pas impératif de trancher entre les deux versions des faits présentées tant par lui-même que par Monsieur T_____ dès lors qu'il était en tout cas établi que l'information fournie par la caisse aux collaborateurs de l'OCE était à l'époque lacunaire et que les directives avaient été incertaines jusqu'au début de l'année 2004 jusqu'à ce que le directeur des mesures cantonales en édicte de nouvelles. Devant cette incertitude, le recourant avait ainsi considéré en toute bonne foi qu'une radiation au registre du commerce n'était pas une exigence, et qu'il lui était possible, en cas de mandats ponctuels, d'y donner suite en tant qu'indépendant à condition de déduire les honoraires ainsi reçus des prestations de l'assurance-chômage et avait agi comme devait le faire une personne apte au placement, notamment en recherchant activement un emploi. Le recourant a derechef souligné que l'exigence de la radiation au registre du commerce ne résultait pas de la loi, mais d'une interprétation de cette dernière dans des directives et que rien ne la justifiait pour que l'aptitude au placement soit reconnue. Il suffisait d'examiner, de cas en cas, si l'assuré était bien disponible et disposé à accepter un emploi salarié.

20. Pour le surplus, les faits et allégués pertinents des parties seront repris, en tant que besoin, dans la partie « en droit » ci-après.

EN DROIT

1. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ) a été modifiée et a institué, dès le 1^{er} août 2003, un Tribunal cantonal des assurances sociales, composé de 5 juges, dont un président et un vice-président, 5 suppléants et 16 juges assesseurs (art. 1 let. r et 56 T LOJ).

Suite à l'annulation de l'élection des 16 juges assesseurs, par le Tribunal fédéral le 27 janvier 2004 (ATF 130 I 106), le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février, une disposition transitoire urgente permettant au Tribunal cantonal des assurances sociales de siéger sans assesseurs à trois juges titulaires, ce, dans l'attente de l'élection de nouveaux juges assesseurs.

Statuant sur un recours de droit public, le Tribunal fédéral a, dans un arrêt du 1^{er} juillet 2004, confirmé que la disposition transitoire constituait la solution la plus rationnelle et était conforme, de surcroît, au droit fédéral (ATF 130 I 106).

2. Conformément à l'art. 56V al. 1 let. a LOJ, le Tribunal de céans 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) relatives notamment 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.
3. La LPGA est entrée en vigueur le 1er janvier 2003, entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine de l'assurance-chômage. Sur le plan matériel, le point de savoir quel droit s'applique doit être tranché à la lumière du principe selon lequel les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 127 V 467 consid. 1, 126 V 136 consid. 4b et les références). Le Tribunal de céans relève que, la décision litigieuse ayant été rendue en date du 28 octobre 2003 et statuant sur un état de fait juridiquement déterminant remontant à août 2003, le présent litige sera examiné à la lumière des dispositions de la LACI et de son ordonnance en vigueur jusqu'à cette date, y compris les dispositions de la nouvelle du 22 mars 2002 modifiant la LACI, entrée en vigueur le 1er juillet 2003 (RO 2003 1728), ainsi que les dispositions de l'OACI modifiées le 28 mai 2003, entrées en vigueur le 1er juillet 2003 également (RO 2003 1828).
4. En ce qui concerne la procédure, l'art. 60 LPGA prévoit que le recours doit être déposé dans les trente jours suivant la notification de la décision sujette à recours. La décision dont est recours étant intervenue le 28 octobre 2003, le recours du 27 novembre 2003 a été interjeté en temps utile et est dès lors recevable.
5. Le litige porte sur l'aptitude au placement du recourant, soit sur le point de savoir s'il devait être considéré comme n'étant plus indépendant dès le 1^{er} juillet 2003 et, partant, s'il pouvait bénéficier des indemnités de chômage à partir de cette date.

a) L'assuré n'a droit à l'indemnité de chômage que s'il est apte au placement (art. 8 al. 1 let. f LACI). Est réputé apte à être placé le chômeur qui est disposé à accepter un travail convenable et à participer à des mesures d'intégration et 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, ce qui implique non seulement la volonté de prendre un tel travail s'il se présente, mais aussi la disponibilité suffisante quant au temps que l'assuré peut consacrer à un emploi et quant au nombre d'employeurs potentiels (ATF 120 V 394 consid. 1). L'aptitude au

placement n'est pas sujette à fractionnement en ce sens qu'il existerait des situations intermédiaires entre l'aptitude et l'inaptitude au placement (aptitude partielle). Mais c'est sous l'angle de la perte de travail à prendre en considération (art. 11 al. 1 LACI) qu'il faut, le cas échéant, tenir compte du fait qu'un assuré au chômage ne peut ou ne veut pas travailler à plein temps (ATF 126 V 126 consid. 2 et les références).

Est par exemple considéré comme 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 l'employeur toute la disponibilité normalement exigible (ATF 112 V 327 consid. 1a et les références ; DTA 1993/94 n° 29 p. 208 consid. 1b). Selon la jurisprudence, un assuré qui exerce une activité indépendante n'est pas, d'entrée de cause, inapte au placement. Ce qu'il faut plutôt 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 réitéré 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 n'est pas de savoir si le recourant aurait dû radier son entreprise individuelle du registre du commerce le 1^{er} juillet 2003, mais s'il avait, à partir de cette date, 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).

S'agissant des renseignements donnés au recourant par le conseiller en personnel de l'OCE lors de l'entretien du 16 juin 2003, force est de reconnaître, ainsi que le souligne à juste titre l'assuré, qu'il n'est pas absolument utile d'en connaître la teneur exacte. Il suffira de relever qu'il est possible, dans le contexte de la modification législative qui allait intervenir à très court terme, soit le 1^{er} juillet 2003, que les questions posées par le recourant n'aient pas été d'une grande précision, tout comme il est possible que les informations données par le conseiller n'aient pas été d'une clarté limpide. Dans la mesure où rien ne peut être tiré des affirmations contradictoires des parties, il convient de se baser sur les indices figurant au dossier afin de déterminer la réelle volonté du recourant en ce qui concernait la prise d'une activité lucrative. A cet égard, le Tribunal relève qu'il est vraisemblable qu'il aurait accepté un travail convenable chez un tiers s'il en avait trouvé un et ce dès le 1^{er} juillet 2003. En effet, nombre d'indications permettent de retenir que le recourant souhaitait effectivement cessé son activité indépendante dès le 1^{er} juillet 2003 et cherchait dès cette date à retrouver son statut antérieur de salarié.

En premier lieu, dans sa demande d'indemnité de chômage du 3 juillet 2003, le recourant a annoncé une disponibilité de placement de 100 % et non à temps partiel, ce qui tend à démontrer qu'il recherchait effectivement à retrouver un emploi à plein temps (point 3 de la demande, cf. pièce 2, fourre caisse).

Ensuite, sur les deux cartes de contrôle des mois de juillet et d'août 2003, il a relevé être apte au placement à hauteur de 100 % tout en joignant les deux feuilles de contrôle idoines d'où il ressort qu'il a effectué dix recherches d'emplois auprès d'employeurs potentiels pour le mois de juillet 2003 ainsi que dix recherches d'emplois pour le mois d'août 2003 (cf. formulaires « preuves de recherches personnelles effectuées en vue de trouver un emploi » pour les mois en cause et cartes de contrôle, pièces 2 et 3, fourre recourant).

Le Tribunal relèvera encore que dès le 1^{er} juillet 2003, l'assuré n'a effectivement pas pris de vacances afin de procéder à plein temps aux recherches d'emplois. Par ailleurs, il sied de souligner qu'il n'a plus cherché à obtenir de commandes pour son entreprise, ni n'a effectué de démarches afin de trouver de la clientèle.

Au surplus, le fait qu'il n'ait ni hésité, ni tardé à se faire radier du registre du commerce aussitôt qu'il a su que la caisse considérait cette exigence comme un moyen de preuve attestant de la cession de son activité indépendante accrédite cette hypothèse et laisse croire que le recourant avait d'ores et déjà « fait le deuil » de poursuivre une activité pour son propre compte.

Ainsi, au vu de ces éléments, il n'apparaît pas que le recourant ait souhaité rechercher un emploi à temps partiel tendant principalement à compenser un manque à gagner résultant de son affaire, circonstances qui, en règle générale, entraînent la négation de l'aptitude au placement (ATFA non publié du 3 mai 2001 en la cause C 421/00). L'attitude du recourant démontre bien plutôt qu'il ne souhaitait pas poursuivre son activité indépendante et que, dès qu'il aurait obtenu un emploi, il aurait définitivement abandonné son activité indépendante.

Pour tous ces motifs, le recours sera admis et la décision sur opposition du 28 octobre 2003 annulée en tant qu'elle constate l'aptitude au placement du recourant dès le 25 août 2003.

Le Tribunal de céans souligne encore que les parties semblent faire grand cas des directives existantes en matière de chômage, ce au détriment de la jurisprudence. C'est le lieu de rappeler que les circulaires, édictées en vertu de l'art. 110 LACI qui autorise le Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO), en tant qu'autorité de surveillance chargée d'assurer l'application uniforme du droit, à donner des instructions aux organes d'exécution, sont destinées à servir de guide aux caisses de chômage dans la manière dont elles vont mettre en oeuvre les mesures relatives au marché du travail (ordonnances administratives interprétatives). Bien que de telles ordonnances exercent, de par leur fonction, une influence indirecte sur les droits et les obligations des administrés, elles n'en ont pas pour autant force de loi. En particulier, elles ne lient ni les administrés, ni le juge, ni même l'administration dans la mesure où elles ne dispensent pas cette dernière de l'examen de chaque situation individuelle. Par ailleurs, elles ne peuvent créer de nouvelles règles de droit, ni contraindre les administrés à adopter un certain comportement, actif ou passif. En substance, elles ne peuvent sortir du cadre de l'application de la loi et prévoir autre chose que ce qui découle de la législation ou de la jurisprudence (ATF 125 V 379 consid. 1c et les références; Pierre MOOR, Droit administratif, vol. I: Les fondements généraux, 2e édition, Berne 1994, p. 266 ss; Blaise KNAPP, Précis de droit administratif, 4e édition, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1991, n. 365 ss; GRISEL, Traité de droit administratif, vol. I, Neuchâtel 1984, p. 90; SPIRA, Le contrôle juridictionnel des ordonnances administratives en droit fédéral des assurances sociales, in: Mélanges André GRISEL, Neuchâtel 1983, p. 803 ss).

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 du 27 novembre 2003 recevable ;

Au fond :

2. L'admet ;
3. Annule la décision sur opposition du 28 octobre 2003 de la caisse en tant qu'elle constate l'aptitude au placement du recourant dès le 25 août 2003;
4. Dit que l'aptitude au placement du recourant doit lui être reconnue dès le 1^{er} juillet 2003 et qu'il a droit en conséquence à des indemnités de l'assurance-chômage dès cette date ;
5. Invite l'intimée à rendre une décision en ce sens ;
6. Dit que la procédure est gratuite ;
7. Condamne l'intimée à verser au recourant à titre de dépens la somme de 1'700 fr. ;
8. 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).

Le greffier :

Walid BEN AMER

La secrétaire-juriste : Flore PRIMAULT

La Présidente :

Juliana BALDE

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