

GE_GERICHTE A/3032/2011 vom 22. Mai 2012

GE Cour de justice, 2012-05-22, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_3032_2011

FR: GE_GERICHTE A/3032/2011 du 22 mai 2012

IT: GE_GERICHTE A/3032/2011 del 22 maggio 2012

Regeste

AC ; GAIN INTERMÉDIAIRE ; REVENU ACCESSOIRE ; DEVOIR D'ASSISTANCE(FAMILLE) ; | L'aide fournie par un assuré à son épouse, titulaire d'un café-épicerie, pour qu'elle puisse s'occuper entre 5 et 30 minutes de ses filles le soir, ne peut pas être considérée comme une activité lucrative, de sorte qu'un gain intermédiaire fictif ne peut pas être retenu. Qui plus est, une telle aide rentre à l'évidence dans le devoir d'assistance envers son épouse. De surcroît, dans la mesure où l'assuré n'a pas étendu l'aide à son épouse depuis qu'il est au chômage, son gain accessoire fictif ne devient pas un gain intermédiaire durant sa période de chômage. | LACI 24; LACI 23 al. 3; CC 163

Erwägungen

E. 2

ème Chambre En la cause Monsieur M_____, domicilié à MEYRIN, représenté par FORTUNA-COMPAGNIE D'ASSURANCE DE PROTECTION JURIDIQUE SA recourant contre OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI, sis Glacis-de-Rive 6, Case postale 3039, 1211 GENEVE 3 intimé EN FAIT Monsieur M_____ (ci-après l'assuré), né en 1957, a travaillé, en qualité de monteur et de livreur, pour l'entreprise X_____ SA depuis l'année 2000 jusqu'à son licenciement pour le 30 novembre 2009, étant précisé que son délai de congé a été prolongé jusqu'au 30 avril 2010, en raison d'une incapacité de travail pour maladie du 28 octobre 2009 au 14 mars 2010. En date du 9 octobre 2009, l'assuré s'est annoncé auprès de l'OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI (ci-après l'OCE), en déclarant être disposé à travailler à plein temps. Un délai-cadre d'indemnisation a été ouvert en sa faveur dès le 3 mai 2010. Suite à une dénonciation anonyme, l'OFFICE REGIONAL DE PLACEMENT (ci-après l'ORP) a demandé, en date du 7 octobre 2010, l'ouverture d'une enquête, au motif que l'assuré aurait été vu régulièrement, entre 14h00 et 24h00, en train de servir des clients dans un tea-room ou café, à Meyrin. Le 27 novembre 2010, l'assuré a débuté un programme d'emploi temporaire fédéral (PETF), à plein temps, auprès de l'entreprise d'insertion Réalise. Cette mesure s'est déroulée jusqu'au 16 mai 2011. En date du 15 décembre 2010, l'assuré a été entendu par un inspecteur de la section des enquêtes de l'OCE. Il a déclaré être enregistré avec son épouse, dans la raison individuelle de commerce M_____, à Meyrin, dont le but est l'exploitation d'une épicerie et d'un salon de thé à l'enseigne Y_____ de Meyrin, et avoir la signature individuelle. Il a indiqué qu'il était souvent présent dans le restaurant, car son épouse y travaillait et il habitait à côté. Son épouse gérait cet établissement aidée de sa belle-sœur et parfois de l'époux de celle-ci, étant précisé que l'assuré donnait parfois un coup de main à son épouse, en fin de journée. Les heures d'ouverture de l'établissement du lundi au dimanche (sauf le jeudi) étaient de 6h30 à 22h00. L'épouse de l'assuré était en train de passer les examens de cafetier. En date du 18 janvier 2011 a été rendu le rapport d'enquête,

duquel il résulte que l'assuré travaillait depuis plusieurs mois dans un café sis à Meyrin, généralement de 14h00 à 24h00. Il était co-titulaire du bail à loyer commercial. Il n'avait jamais informé sa Caisse de chômage que depuis le 2 avril 2007, il possédait la procuration individuelle pour engager l'entreprise individuelle de son épouse ou qu'il était co-titulaire du bail. D'après la Police municipale de Meyrin, l'assuré était continuellement présent dans l'établissement, bien plus que son épouse, et c'est lui qui travaillait, servait les clients du lieu, qui faisait office d'épicerie et de bar. Il n'avait jamais annoncé de gains intermédiaires à sa Caisse de chômage pour cette activité lucrative exercée à plein temps depuis le 2 avril 2007. Le 18 janvier 2011, l'ORP a transmis le dossier de l'assuré à l'OCE pour examen de son aptitude au placement. Par courrier du 19 janvier 2011, l'OCE a informé l'assuré qu'il était établi qu'il était régulièrement présent, à plein temps, dans l'établissement de son épouse. Il l'a invité à lui faire part d'éventuels commentaires et à répondre à plusieurs questions. En outre, l'OCE a attiré l'attention de l'assuré sur le fait que sa Caisse de chômage avait été informée des résultats de l'enquête et que le versement de ses indemnités était suspendu jusqu'à la décision de l'OCE. Par pli du 31 janvier 2010 (recte 2011) adressé à l'OCE, l'assuré s'est prononcé sur la déclaration du 15 décembre 2010, en contestant que sa présence dans le commerce de son épouse puisse être considérée comme une activité lucrative, ce qui n'était pas le cas. De plus, il a indiqué qu'il y avait une erreur dans les dates de sa mesure de chômage. Dans un courrier du même jour, l'épouse de l'assuré a expliqué à l'OCE qu'elle avait créé sa raison de commerce en avril 2007, époque à laquelle l'assuré était employé à plein temps par les sociétés X _____ SA et Z _____ SA. Elle n'a jamais engagé l'assuré en qualité de collaborateur ; si elle lui avait accordé une procuration individuelle, c'était uniquement pour qu'il puisse accuser réception en son nom de documents officiels, étant précisé qu'elle allait radier la procuration qu'elle lui avait accordé. De plus, elle n'avait jamais versé de salaire à son époux. Elle était seule titulaire de la raison de commerce. Partant, elle ne pouvait pas compléter les attestations de gain intermédiaire, car l'assuré n'était ni patron ni employé de son entreprise. Elle a ajouté qu'entre 2007 et 2010, alors que son époux occupait un emploi à plein temps, ses employeurs n'avaient jamais eu à se plaindre des conséquences sur son travail de l'activité liée au commerce. Elle a notamment joint à son courrier une attestation non datée de son comptable, Monsieur N _____, administrateur et directeur de la société XA _____ SA, fiduciaire, lequel a certifié avoir tenu la comptabilité et assumé la gestion administrative pour l'épouse de l'assuré pour les exercices 2007 à 2010. Il a notamment pu certifier, dans ce cadre, que l'assuré n'avait jamais fonctionné en qualité d'employé ou été rémunéré dans le cadre de l'exploitation de son épouse. En date du 2 février 2011, la procuration individuelle de l'assuré a été radiée du Registre du commerce. Sur requête de l'OCE du 3 février 2011, la Police municipale de Meyrin lui a transmis les rapports des interventions des 11 mai et 6, 7, 10 et 11 juillet 2011 effectuées auprès de l'établissement des Y _____ de Meyrin, desquels il ressort notamment que l'assuré se trouvait dans les locaux de cet établissement. Ces interventions ont eu lieu pour des raisons de bruit et de fermeture tardive, dus à la retransmission de matchs de football. Par courriel du 3 février 2011, l'agent O _____ a informé l'OCE qu'il avait aperçu l'assuré en train de servir des clients le lundi 31 décembre 2011 (recte 2010) à 19h14 ainsi que le 2 février 2011 à 19h32. Dans un courriel du 8 mars 2011, l'agent O _____ a à nouveau fait part à l'OCE qu'il avait aperçu l'assuré ce même jour à 21h45. Par courrier du 10 mars 2011, l'OCE a transmis à l'assuré des attestations de gain intermédiaire pour les mois de mai 2010 à mars 2011, afin qu'il les complète en indiquant le temps de travail qu'il

avait consacré au commerce de son épouse. De plus, l'OCE a sollicité qu'il lui fasse également parvenir les copies des lettres de postulation qu'il avait faites entre septembre 2010 et février 2011 ainsi que les réponses des employeurs. Aucune suite n'a été donnée à ce courrier. En revanche, l'OCE a été mis en possession des documents suivants, concernant tous Madame P_____, belle sœur de l'assuré : ses attestations AVS 2007 à 2010 et ses bulletins de salaire concernant l'année 2010 et les mois de janvier à avril 2011, établies par l'entreprise M_____, son certificat de salaire 2010 et un décompte annuel de cotisations pour l'année 2010, établi en date du 30 décembre 2010 par la Caisse de compensation GASTROSOCIAL. Par décision du 31 mars 2011, l'OCE a déclaré que l'assuré était apte au placement à 100% dès le 3 mai 2010. En outre, il a estimé, compte tenu de son absence de collaboration à l'instruction de son dossier, que son épouse n'était pas en mesure d'assumer seule la durée totale de l'ouverture de son établissement, de 6h30 à 22h00, de sorte qu'il en a conclu que l'assuré et son épouse se partageaient le temps de travail. L'OCE a ainsi retenu que l'assuré avait travaillé dans l'établissement des Y_____ de Meyrin à 100%, du 9 mai au 26 octobre 2010, en qualité de serveur et que le salaire mensuel de 3'383 fr., résultant de la CCNT des hôtels, restaurants et cafés pour un travailleur non qualifié, devait être pris en considération en tant que gain intermédiaire. De plus, pour la période courant dès le 27 novembre 2010, il y avait lieu de retenir qu'il y était présent de 18h00 à 22h00, de sorte que son revenu devait être adapté en conséquence. Le 13 mai 2011, l'assuré a formé opposition contre cette décision, concluant qu'elle devait être réformée en ce sens qu'il soit constaté qu'un gain intermédiaire n'a jamais été réalisé, que son aptitude au placement de 100% devait être confirmée, qu'il avait droit à la totalité de ses indemnités de chômage et qu'il soit donné l'ordre à la Caisse de chômage de lui verser les indemnités dues jusqu'à ce jour. Il a invoqué qu'il n'était pas établi qu'il réalisait un gain intermédiaire, attendu notamment qu'il n'était ni employé ni patron de l'établissement, sis à Meyrin, et qu'il s'était toujours contenté de donner de petits coups de main à son épouse, le domicile conjugal se trouvant à quelques mètres de l'établissement. Par décision sur opposition du 1^{er} septembre 2011, l'OCE a partiellement admis l'opposition de l'assuré, retenant que l'assuré exerçait une activité au sein de l'établissement de son épouse de 18h00 à 22h00 dès le 9 mai 2010. Par acte du 3 octobre 2011, l'assuré, représenté par un conseil, a interjeté recours contre cette décision sur opposition de l'OCE requérant principalement, son annulation, la constatation du fait qu'il n'a jamais réalisé de gain intermédiaire et qu'il est apte au placement à 100%, la confirmation du fait qu'il a droit à la totalité de ses indemnités de chômage et la condamnation de l'OCE au versement des indemnités chômage qui lui sont dues, sous suite de dépens. Subsidiairement, il sollicite le renvoi du dossier à l'OCE pour instruction complémentaire. Il soutient en substance que c'est son épouse qui gère seule et s'occupe de l'organisation de l'établissement depuis sa création au mois d'avril 2007 et qu'il lui a toujours donné des coups de main, au vu notamment de la proximité du domicile conjugal. Il conteste avoir réalisé un gain intermédiaire, faisant notamment valoir que l'intimé ne dispose d'aucun élément probant permettant d'étayer sa position, n'ayant même pas pris la peine d'interroger les habitués de l'établissement tenu par son épouse. Par réponse du 1^{er} novembre 2011, l'OCE persiste intégralement dans les termes de sa décision sur opposition du 1^{er} septembre 2011. a) En date du 22 novembre 2011 s'est tenue une audience de comparution personnelle des parties, lors de laquelle la représentante de l'OCE déclare que l'enquêteur avait procédé à une enquête de voisinage. S'agissant des recherches d'emploi, il n'y a pas eu de sanction pour recherches insuffisantes, mais un contrat d'objectifs a

vraisemblablement été conclu. S'agissant de la pièce 15, le relevé de GASTROSOCIAL concerne tous les employés de l'entreprise de l'épouse du recourant. Enfin, l'OCE estime que malgré l'activité exercée, l'assuré était apte au placement et a donc tranché le cas sous l'angle d'un gain intermédiaire. b) Quant au recourant, il explique qu'il habite à côté du café de son épouse et s'y rend tous les jours durant une demi-heure à une heure et demie pour boire quelque chose et discuter avec des amis. Le café est ouvert de 6h30 à 22h00 tous les jours sauf le jeudi. Il lui arrive de servir une bière ou un café à des amis présents, mais il ne sert pas les autres clients. Le café ne sert pas de cuisine, mais uniquement des paninis. Ce n'est pas lui qui les prépare. Les lundis, mardis et vendredis (parfois le dimanche), son épouse fait l'ouverture de 6h30 à 14h00, puis sa sœur travaille jusqu'à 19h00, et son épouse reprend le service jusqu'à la fermeture. Les mercredis, samedis et parfois le dimanche, sa belle-sœur fait l'ouverture jusqu'à 13h00, puis son épouse reprend le service jusqu'à la fermeture. Cet horaire a été mis en place dès l'ouverture du café en 2007. A une reprise, lors de l'intervention de la Police municipale, il était seul dans le café, sa femme était à la maison, et il a alors servi les clients qui le demandaient. Il n'est jamais arrivé qu'il soit seul dans le café sans sa femme et sa belle-sœur plus d'une demi-heure. S'il avait une procuration inscrite au Registre du commerce, c'était uniquement pour pouvoir signer des documents (courriers ou livraisons), mais il n'a pas eu besoin de le faire. Il se rend au café le soir, après 18h00, et c'était déjà le cas lorsqu'il travaillait dans le bâtiment. Lorsqu'il indique qu'il donne un coup de main à sa femme, c'est qu'il lui arrive de débarrasser les bouteilles vides ou d'aller chercher des marchandises au dépôt, deux à trois fois par semaine pour chaque activité. Depuis l'ouverture du café, sa femme emploie uniquement sa sœur. Durant le PETF, il était en stage de 8h00 à 17h00 à Carouge. La mesure a eu lieu du 27 novembre 2010 au 16 mai 2011, période durant laquelle il se rendait à la même fréquence et aux mêmes heures dans le café de son épouse. Lorsqu'il travaillait dans le bâtiment, il finissait également à 17h00. C'est lui qui s'occupait des enfants à la maison le soir lorsque sa femme faisait le service du soir au café. Il ne comprend pas pourquoi il a été dénoncé. S'agissant des interventions de la Police municipale, elles ont eu lieu à deux ou trois reprises au maximum, à son souvenir, et il y a une seule fois où il était seul. Il n'a jamais été plus de deux heures dans le café et mis à part les bouteilles et les marchandises, il lui arrivait d'ouvrir des bières pour d'autres clients. Lors des matchs de football, il restait plus longtemps au café pour voir le match. Lorsqu'il est présent deux heures, il ne donne pas de coup de main plus de dix minutes. Suite à la lecture des rapports de police, il persiste à dire qu'il n'était pas seul sur place, sauf une fois, lors de ces interventions. Sur requête de la Cour de céans, Monsieur Q_____, chef de service de la Police municipale de Meyrin, a déclaré, par courrier du 30 novembre 2011, qu'il n'y avait pas eu d'autres interventions de la Police que celles de mai et juillet 2010 auprès de l'établissement des Y_____ de Meyrin. D'après le journal des événements, produit en annexe, seul le recourant se trouvait sur place lors des interventions et a été vu en train de servir des clients par l'agent O_____, lequel était accompagné par l'agent R_____ en date du 9 mai 2010. En outre, l'inspecteur de la section des enquêtes de l'OCE était également présent avec l'agent O_____ lors des contrôles. Sur demande de la Cour de céans, l'OCE précise, dans un courrier du 6 décembre 2011, que l'assuré a été dénoncé par un particulier. De plus, un contrat d'objectifs de recherches d'emploi a été conclu avec le recourant en date du 26 avril 2010. Celui-ci avait fait à ce jour l'objet de deux sanctions pour recherches d'emploi insuffisantes, soit le 22 novembre 2011, de 4 jours pour la période contrôle du mois d'août et le 23 novembre 2011, de 9 jours pour la période de contrôle du

mois de septembre 2011. Il a également été sanctionné le 21 octobre 2011, de 35 jours de suspension pour refus d'un travail convenable, décision qui a été contestée sur opposition. Enfin, en date du 22 novembre 2011, une décision de sanction de 8 jours de suspension de son droit à l'indemnité a été prononcée, eu égard à l'absence du recourant à l'entretien de conseil du 17 novembre 2011. S'agissant de la pièce 15 du chargé, elle était erronée, de sorte que l'OCE a produit l'extrait du compte individuel de Madame P_____, laquelle était la seule employée de l'établissement des Y_____ de Meyrin depuis 2007. a) En date du 20 décembre 2011 s'est tenue une audience d'enquêtes, lors de laquelle a été entendue l'épouse du recourant, qui indique à la Cour de céans qu'elle tient la buvette depuis 2007. Les lundis, vendredis, samedis et dimanches, elle travaille de 6h30 à 8h00 et de 14h00 à 24h00. Sa sœur fait l'horaire de 8h00 à 14h00. Les mardis, elle travaille de 6h30 à 14h00 et de 20h00 à 24h00, sa sœur assurant l'horaire de 14h00 à 20h00. Les mercredis, elle travaille de 13h00 jusqu'à 24h00 et sa sœur travaille de 6h30 à 13h00. L'horaire va jusqu'à 24h00, mais dès 22h00, il y a peu de monde et ils ferment plus tôt. Le jeudi, la buvette est fermée. Jusqu'à fin juillet 2011, l'autorisation d'exploiter allait jusqu'à 22h00 seulement. Son mari ne travaille pas dans l'établissement. Il lui arrive de la remplacer durant un quart d'heure, le soir, pour qu'elle aille dire bonne nuit aux enfants. Lorsqu'il travaillait, son mari l'aidait après son travail : il jetait les bouteilles, servait les clients. Il venait presque tous les jours, restait de 15 à 30 minutes, puis allait s'occuper des enfants et leur faire à manger, puis revenait vers 21h00, restait un peu puis allait se coucher, car il travaillait le lendemain matin. Il allait parfois chercher de la marchandise au dépôt, mais c'était rare. Dès qu'il a été au chômage, son mari l'a beaucoup moins souvent aidée, car il n'avait pas le droit de travailler. Ensuite, lorsque l'OCE a indiqué que cela posait un problème, il n'est plus venu du tout, sauf lorsqu'il y avait un match. La Police municipale est intervenue lors du Mondial, malgré le fait qu'elle avait obtenu une autorisation d'ouvrir plus tard du Service du commerce. A une reprise, elle était montée voir les enfants et son mari lui a demandé de descendre avec une pièce d'identité. Il y a eu d'autres interventions, mais elle était présente. Suite à la lecture du rapport de la Police municipale de Meyrin, elle ne peut pas préciser à combien de reprises, mais elle affirme avoir été là lors des interventions de la Police. Son mari ne sert pas les clients, sauf si c'est un ami et lorsqu'elle s'absente pour une durée qui n'excède pas 15 à 30 minutes. Elle s'absente au maximum deux fois pour monter voir ses enfants durant son horaire de travail. Elle a effectivement indiqué à l'OCE que le patron de son mari n'avait jamais rien objecté au fait qu'en plus de son travail à 100%, il l'aidait à la buvette le soir. Elle persiste à dire qu'avant même que l'OCE intervienne, son mari a spontanément cessé de travailler dans la buvette le soir. En revanche, il l'aide beaucoup à la maison. Ses filles sont nées en 1994 et 1999 et elles sont très responsables. Elles pouvaient rester seules lorsque son mari l'aidait à la buvette le soir. La buvette fait aussi épicerie et une seule personne peut assurer le service, car il n'y a pas beaucoup de monde. Les week-ends, son mari l'aidait lorsqu'il travaillait, mais il a cessé depuis qu'il est au chômage. Sa fille aînée, qui a 17 ans, travaille quelques heures à la buvette le week-end. Elle conteste que son mari l'aide à la buvette de 18h00 à 22h00, il la remplace au maximum 20 à 30 minutes lorsqu'elle monte voir ses enfants. Elle confirme avoir été présente lors de certaines interventions de la Police municipale durant l'été 2010. Elle a demandé à son beau-frère de la remplacer à la buvette, car il est en vacances et elle va l'indemniser à hauteur de 60 fr. b) La belle-sœur du recourant a également été entendue. Elle indique travailler dans la buvette de sa sœur, depuis son ouverture en 2007, selon les horaires suivants : les lundis et vendredis de 8h00 à 14h00, les mercredis de 6h30 à 14h00,

les mardis de 14h00 à 20h00, les samedis et dimanches, en alternance, de 6h30 à 13h30 ou de 14h00 à 20h00. Lors de ses horaires de travail, son beau-frère ne vient jamais l'aider, ni même boire quelque chose, elle ne le voit jamais. Parfois, elle passe dire bonjour à sa sœur lorsqu'elle y travaille durant la journée, mais jamais le soir. Elle n'y croise jamais son beau-frère. Elle ne sait pas s'il aide sa sœur le soir après son travail. Elle habite juste à côté de la buvette, sa sœur aussi. Ni elle-même, ni son mari ne vont à la buvette pour y voir les matchs. Son salaire est de 2'200 fr. à 2'400 fr. par mois. Elle confirme assumer personnellement les horaires de travail qu'elle a mentionnés. Elle n'a jamais été présente lors d'un passage ou d'un contrôle de la Police municipale. c) Enfin, lors de cette même audience, le recourant déclare qu'il a la même conseillère depuis le début de son chômage. Il a toujours fait ses recherches par des visites personnelles et par téléphone, assez rarement par écrit. Il a cherché un emploi comme monteur-livreur et aussi dans la restauration. Pour des raisons médicales attestées par certificat, il ne peut pas faire de travaux lourds, notamment dans le bâtiment. Il a effectivement postulé dans des entreprises actives dans le bâtiment, mais dans le but d'y travailler comme chauffeur-livreur et pas sur des chantiers. Sa conseillère a toujours trouvé que ses recherches convenaient et c'est brusquement, depuis le 22 novembre 2011, que cela ne va plus et qu'elle le sanctionne. S'agissant de l'assignation à un poste de plâtrier-peintre, lorsque l'employeur lui a demandé pourquoi il avait été licencié de son précédent emploi, il a admis que c'était pour des raisons médicales, en précisant qu'il pouvait travailler comme chauffeur-livreur, ce à quoi l'employeur a répondu qu'il s'agissait d'un poste de plâtrier-peintre, qui ne lui convenait donc pas. S'agissant de l'entretien de conseil du 17 novembre 2011, c'est sa conseillère qui l'a annulé et reporté au 22 novembre 2011. Il a téléphoné pour dire que ce jour-là, il ne pouvait pas se présenter car il était convoqué pour une audience devant la Cour de céans. Lors de l'entretien-conseil du 8 décembre 2011, Madame S_____ a nié qu'elle avait annulé celui du 17 novembre 2011. Il a trouvé par ses propres moyens un travail de chauffeur-livreur pour une boulangerie et il a commencé le 15 décembre 2011. Il confirme que lorsqu'il travaillait, il aidait de temps en temps son épouse le soir, mais a cessé lorsqu'il a été au chômage, car cela n'est pas permis. Il a donné suite aux trois assignations des 22 et 23 novembre 2011 pour des postes de cuisinier en se rendant sur place, mais c'est un cuisinier qualifié qui était requis. a) En date du 31 janvier 2012 s'est tenue une nouvelle audience d'enquêtes, lors de laquelle a tout d'abord été entendu Monsieur O_____, lequel explique qu'il a été agent à la Police municipale de la commune de Meyrin de septembre 2009 à août 2011. Il a été présent lors des cinq interventions au tea-room de l'épouse du recourant durant les matchs de football. L'exploitante était absente et le recourant s'est présenté comme étant l'exploitant de l'établissement, de sorte qu'ils se sont adressés à lui. Il confirme toutefois que l'épouse du recourant n'était pas sur les lieux lors des interventions. A une occasion, le recourant ayant fait état d'une autorisation verbale de dépassement d'horaire, il s'est renseigné et est retourné le lendemain au tea-room. L'après-midi, il a discuté avec l'exploitante elle-même et, compte tenu de l'absence d'autorisation, ils ont fait un rapport. Il est formel : Madame M_____, exploitante, n'était pas sur place les soirs d'intervention. Après le Mondial de l'été 2010, soit sauf erreur fin 2010-début 2011, un inspecteur de l'emploi auprès de l'OCE lui a demandé de collaborer et de vérifier la présence du recourant dans le tea-room de son épouse. En tant que responsable LRDBH, c'est lui qui s'en est chargé et il est donc passé en voiture devant le tea-room lors de son horaire de nuit entre 19h30 et 22h00. Il assumait l'horaire de nuit, de 17h00 à 22h00, sept jours d'affilée toutes les trois à quatre semaines. Il ne passait toutefois

pas tous les soirs, durant ces sept jours, devant l'établissement en question. Il a noté les dates où il a vu le recourant se tenir derrière le bar. Il y a des fois où il n'y était pas. Les fois où il l'a vu, c'était le soir entre 19h40 et 20h00, en général. Le matin et l'après-midi, c'est son épouse qui exploite le café, à sa connaissance, et il n'y a pas d'autre employé. Il a vérifié au Service du commerce le titulaire de l'exploitation et il en a déduit que l'épouse du recourant, exploitante attitrée, tenait le café la journée. Il doit être possible de retrouver les dates de ces constats dans la main-courante de la Police municipale de Meyrin. Un simple passage permettant de constater que le recourant était derrière le bar, cela suffisait à répondre à la demande de l'inspecteur de l'emploi, de sorte qu'il ne s'arrêtait pas pour constater combien de temps le recourant était dans l'établissement. Ca n'est que depuis janvier 2010 que la Police municipale a la compétence d'effectuer des contrôles selon la LRDBH. Il est possible, mais il n'en a pas le souvenir, qu'ils soient intervenus avant mai 2010, sans faire de rapport, et cela apparaît alors à la main-courante. La gendarmerie de Blandonnet a eu l'occasion d'intervenir avant mai 2010 (fermeture tardive, bruit, etc.). La police municipale n'est pas intervenue entre le 9 mai et le 6 juillet 2010, car il n'y a pas eu de plainte. Il n'y a eu ni intervention ni surveillance entre juillet 2010 et fin 2010. Sauf erreur, l'inspecteur de l'emploi lui a indiqué, entre mai et juillet 2011, qu'il pouvait cesser la surveillance, ce qu'il a donc fait. Sa hiérarchie était informée de cette collaboration avec l'inspecteur de l'emploi, qu'il ne connaissait par ailleurs pas du tout jusqu'alors. Lors des passages en voiture devant le café, il a simplement constaté que l'assuré se tenait derrière le bar, devant lequel des clients étaient installés. Le bref passage (entre cinq et dix secondes) était suffisant pour le constater. Il n'a pas vu l'assuré en train de servir des clients ou de faire la vaisselle, etc. Lorsqu'il intervient dans un établissement public, il demande à voir l'exploitant et, en son absence, mentionne qui est le répondant sur place. Sur cette base, il pense avoir demandé à voir l'exploitante, mais que c'est le recourant qui s'est annoncé comme répondant. Il ne peut pas exclure que lors des interventions, dès le 7 juillet 2010, lorsqu'il savait que l'épouse était l'exploitante, celle-ci se soit trouvée dans les rayons de l'épicerie lorsqu'il intervenait dans le café. Lors des interventions, il reste entre cinq et dix minutes, le temps de prendre note des constatations faites. Il confirme que le recourant était derrière le bar, et non pas devant avec des clients, lorsqu'il est passé. b) En outre, Madame T_____ a également été entendue. Elle déclare être cliente de l'établissement depuis son ouverture. En été, elle y va chaque jour et le reste de l'année, environ deux fois par semaine. Elle fréquente le café. Elle y va en début d'après-midi, et si elle est accompagnée, le soir, vers 20h30, deux ou trois fois par semaine. Elle y reste quinze à vingt minutes, si elle y va le soir, et plus d'une heure la journée. C'est l'épouse du recourant, qui fait le service, ou sa sœur. Le recourant est parfois présent, il boit un café avec eux, notamment lorsqu'il y a un match de football, puis il part s'occuper de ses filles à la maison. Il arrive que Madame M_____ parte cinq minutes pour aller voir ses filles. Cela n'est pas un problème et ils attendent son retour pour payer la consommation. D'ailleurs, le recourant leur demande d'attendre le retour de sa femme pour être servis ou pour payer. Elle n'a jamais vu le recourant la journée, sauf lorsqu'il passe dire bonjour le dimanche. Entre début 2010 et début 2012, le recourant n'est ni plus ni moins présent dans le café, sauf depuis un mois pour y surveiller des travaux. Lorsque le recourant est présent le soir, il est parfois attablé avec les clients, ou au bar avec ceux-ci, mais jamais derrière le bar. A la réflexion, il arrive que le recourant soit derrière le bar, lorsqu'il accepte d'encaisser car elle souhaite partir, mais il ne sert pas les clients. L'épouse du recourant l'a informée qu'elle serait convoquée comme témoin afin de savoir si son mari était son employé ou pas. Durant le

Mondial de l'été 2010, l'établissement était plein, mais elle n'y est pas allée, car elle ne s'intéresse pas au football. c) La Cour de céans a également entendu, lors de la même audience, Monsieur U _____, lequel a une arcade depuis environ deux ans dans le même immeuble que le café, qu'il fréquente en général deux fois par jour, mais parfois sans y aller du tout un jour entier. Il s'y rend en général entre 7h30 et 8h00 et entre 16h00 et 17h00 ; le reste de la journée, il est chez des clients. Il y reste cinq à dix minutes, maximum quinze minutes. Ce sont deux dames qui font en alternance le service, soit l'épouse, soit la belle-sœur du recourant. Il croise parfois celui-ci en fin de journée : il joue aux cartes avec des amis et soit sa femme soit sa belle-sœur est aussi présente. Il ne l'a jamais vu servir des clients, ni au café ni à l'épicerie, ni se tenir derrière le bar, il est plutôt devant avec les clients. Monsieur U _____ indique ne pas habiter à Meyrin et ne pas fréquenter le café le soir. Il rentre au plus tard à 19h00. Très rarement, si un ami vient lui rendre visite, il l'emmène boire un verre en toute fin d'après-midi, entre 17h00 et 18h00, mais au maximum une fois par semaine ou tous les quinze jours. Même en fin de journée, il n'a jamais vu l'assuré servir. Il a vu une fois un autre homme, qui devait être son beau-frère, servir un client. d) Enfin, Madame P _____ explique à la Cour de céans qu'elle est cliente de l'épicerie et du café de l'établissement depuis son ouverture. Durant son congé maternité, d'août à décembre 2010, elle y allait tous les jours, deux fois par jour, le matin et l'après-midi, de temps en temps le soir au-delà de 20h00. Depuis lors, elle s'y rend plutôt après le travail, entre 18h00 et 18h30, tous les jours pour y acheter du pain, parfois entre 20h00 et 20h30. C'est soit Madame soit sa sœur qui assure le service, en alternance, pour le café et l'épicerie. Elle rencontre parfois le recourant. Il est généralement avec des amis, au bar, côté clients. Il est arrivé qu'il serve un client. Le soir, il y a surtout des habitués, qui sont d'accord d'attendre le retour de Madame Paola, lorsqu'elle s'absente au maximum cinq à dix minutes. Il arrive qu'ils soient pressés et c'est alors que l'assuré accepte de les servir. Sur les six à sept fois par semaine où elle se rend au café, l'assuré y est environ deux à trois fois au maximum. Elle n'a pas constaté de différence dans la fréquence des présences du recourant dans le café au cours des années. Elle a été voir les matchs du Mondial en juillet 2010, mais elle n'était pas là lors de l'intervention de la Police municipale, car elle n'est pas restée jusqu'à la fin des matchs. Ces soirs-là, soit Madame soit sa sœur était présente. Même les soirs de match, où elle est restée plus longtemps, le recourant n'était pas seul dans l'établissement pour une plus longue période que d'habitude. Le recourant et son épouse lui ont expliqué que celui-ci était privé d'une partie des indemnités de chômage, car on estimait qu'il travaillait au café et que c'est dans ce cadre qu'elle était convoquée comme témoin. Lors des matchs du Mondial, c'est Madame qui lui a servi une boisson. Elle n'a pas vu le recourant donner plus de coups de main à sa femme avant ou après avril 2010. Interpellée par la Cour de céans en date du 1^{er} février 2012 concernant d'éventuelles interventions dans l'établissement Y _____ de Meyrin, la Police de Blandonnet n'y a pas donné suite. En date du 6 février 2012, l'OCE a informé la Cour de céans, qu'il n'existe pas d'autres pièces mentionnant les dates des constats communiqués par Monsieur O _____ à l'inspecteur de la section des enquêtes de l'OCE, autres que celles figurant sous la pièce 13 de son chargé de pièces. Sur requête de la Cour de céans, l'inspecteur de la section des enquêtes de l'OCE a confirmé, en date du 17 février 2012, qu'il a eu, en date du 11 janvier 2011 à 11h30, un entretien verbal dans les locaux de la Police municipale de Meyrin avec l'agent O _____ dont le matricule est M _____. Cet agent ne lui a envoyé, à sa connaissance, que deux courriels pour l'informer de la présence du recourant dans son établissement public, à savoir le premier le

3 février 2011 et le second en date du 9 mars 2011. Par acte du 5 mars 2012, le recourant ajoute, à ses conclusions principales, qu'il soit constaté qu'il n'a jamais travaillé au sein de l'établissement de son épouse, et conclut à titre subsidiaire, que la décision soit annulée, qu'il soit constaté qu'il a travaillé occasionnellement au sein de l'établissement de son épouse entre cinq et trente minutes, mais qu'il n'a pas réalisé de gain intermédiaire, que son aptitude au placement soit confirmée et que son droit aux indemnités de chômage soit reconnu, sous réserve d'une réduction correspondant à l'activité susmentionnée, et qu'il soit donné l'ordre à l'autorité intimée de lui verser les indemnités qui lui sont dues jusqu'à ce jour. Le recourant fait valoir en substance que c'est sur la seule base des déclarations de Monsieur O_____ et des cinq rapports d'intervention des mois de mai et de juillet 2010 que l'OCE a élaboré sa théorie, selon laquelle il aurait travaillé quatre heures par jour, ce qui n'était pas suffisant. Quant à ses propres déclarations, selon lesquelles il lui arrivait de servir un café à des amis présents dans l'établissement, elles sont corroborées par celles de son épouse, celles de sa belle-sœur ainsi que celles des clients qui ont été entendus. Ainsi, s'il lui arrivait de servir des clients entre cinq et trente minutes, c'était pour permettre à son épouse d'aller voir ses enfants. Dès lors, l'autorité intimée n'avait pas pu établir, selon lui, au degré de la vraisemblance prépondérante, qu'il travaillait dans l'établissement de son épouse, tout au plus peut-elle sur la base des différentes déclarations, retenir qu'il aidait de temps en temps son épouse entre cinq et trente minutes. En date du 6 mars 2012, l'OCE persiste dans les termes de sa décision sur opposition du 1^{er} septembre 2011. En effet, il soutient que les déclarations du recourant paraissent contradictoires, que les déclarations des clients contredisent celles du recourant concernant son temps de présence dans l'établissement, que ceux-ci ont également affirmé que le recourant les servait ou encaissait les consommations occasionnellement lorsqu'ils étaient pressés et lorsque son épouse n'était pas là, et que l'agent O_____ a confirmé que le recourant était seul présent dans l'établissement, lors des interventions, et qu'il avait vu celui-ci à plusieurs reprises derrière le bar. Il résulte de ces éléments, d'après l'OCE, que le recourant était présent à de nombreuses reprises au sein de l'établissement de son épouse et qu'il y travaillait, attendu qu'il se tenait derrière le bar et qu'il servait des clients. Sur ce, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT Conformément à l'art. 134 al. 1 let. a ch. 8 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ; RS E 2 05) en vigueur dès le 1^{er} janvier 2011, 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. La LPGA, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2003, est applicable. Interjeté dans les forme et délai prévus par la loi, le présent recours est recevable (art. 56 à 61 LPGA et art. 38 al. 3 LPGA p.a.). Le litige porte sur la question de savoir s'il doit être retenu un gain intermédiaire pour la période courant dès le 9 mai 2010, et singulièrement si le recourant a exercé une activité lucrative de 18h00 à 22h00 dès le 9 mai 2010. Il sera précisé que dans la décision de l'OCE du 31 mars 2011, le recourant a été déclaré apte au placement à 100% dès le 3 mai 2010 et que ce point a été confirmé dans sa décision sur opposition du 1^{er} septembre 2011, de sorte qu'il n'y a pas lieu de se prononcer sur ce point, qui n'est pas litigieux. a) En vertu de l'art. 8 al. 1^{er} LACI, l'assuré a droit à l'indemnité de chômage s'il est sans emploi ou partiellement sans emploi (let. a), s'il a subi une perte de travail à prendre en considération (let. b), s'il est domicilié en Suisse (let. c), s'il a achevé sa

scolarité obligatoire, qu'il n'a pas encore atteint l'âge donnant droit à une rente AVS et ne touche pas de rente de vieillesse de l'AVS (let. d), s'il remplit les conditions relatives à la période de cotisation ou en est libéré (let. e), s'il est apte au placement (let. f) et s'il satisfait aux exigences du contrôle (let. g). Ces conditions sont cumulatives (ATF 124 V 218 consid. 2). b) Aux termes de l'art. 24 LACI, est réputé intermédiaire tout gain que le chômeur retire d'une activité salariée ou indépendante durant une période de contrôle. L'assuré qui perçoit un gain intermédiaire a droit à la compensation de la perte de gain. Le taux d'indemnisation est déterminé selon l'art. 22 (al. 1^{er}). Est réputée perte de gain la différence entre le gain assuré et le gain intermédiaire, ce dernier devant être conforme, pour le travail effectué, aux usages professionnels et locaux. Les gains accessoires ne sont pas pris en considération (art. 23 al. 3) (al. 3). Est réputé gain intermédiaire, tout gain que le chômeur retire d'une activité salariée ou indépendante durant une période de contrôle, dont le montant est inférieur à l'indemnité de chômage à laquelle il a droit. La prise en compte du gain intermédiaire relève uniquement de la compétence de la caisse de chômage (Circulaire relative à l'indemnité de chômage de janvier 2007 (IC 2007), C123) La réglementation sur la compensation de la différence entre le gain assuré et le gain intermédiaire (art. 24 LACI) est une norme de calcul des indemnités de chômage au sens des art. 8ss LACI (ATF 121 V 336 consid. 2b et 2c p. 339). Un assuré ne perd pas son droit à l'indemnité du seul fait qu'un salaire, annoncé comme gain intermédiaire à la caisse de chômage, est inférieur aux usages professionnels et locaux. Dans cette hypothèse, il a droit à la compensation de la différence entre le gain assuré et le salaire correspondant aux usages professionnels et locaux (ATF 129 V 102 ; 120 V 233 consid. 4b p. 247, 502 consid. 8e p. 513 et 515 consid. 2b p. 518). Un salaire fictif, conforme à ces usages, remplace le salaire réellement perçu par l'assuré, pour le calcul de sa perte de gain (arrêt C 258/97 du 27 octobre 1997 consid. 2, in DTA 1998 n° 33 p. 182; THOMAS NUSSBAUMER, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Band XIV, Soziale Sicherheit, 2ème éd., 2007, no 422, p. 2302; BORIS RUBIN, Assurance-chômage, Droit fédéral, Survol des mesures cantonales, Procédure, 2ème éd. Zurich 2006, no 4.7.9, p. 331 et 332). Les indemnités compensatoires seront calculées sur la base du salaire conforme aux usages professionnels et locaux même si l'assuré ne réalise aucun gain ou seulement un gain minime (ATFA non publié C 135/98 du 5 juin 2001 consid. 5, in DTA 2002 p. 110 ; ATF non publié 8C_774/2008 du 3 avril 2009, consid. 2). c) Conformément à l'art. 23 al. 3 LACI, un gain accessoire n'est pas assuré. Est réputé accessoire tout gain que l'assuré retire d'une activité dépendante exercée en dehors de la durée normale de son travail ou d'une activité qui sort du cadre ordinaire d'une activité lucrative indépendante. Un gain accessoire ne devient pas gain intermédiaire pendant le chômage. Par contre, si l'assuré étend son activité accessoire, le revenu supplémentaire qu'il en retire sera pris en compte comme gain intermédiaire. Un gain accessoire conserve ce statut dans les délais-cadres suivants. Il ne compte donc pas comme période de cotisation et ne sera pas pris en compte dans le calcul du gain assuré (IC 2007, C9, C10 et C131). d) En vertu de l'art. 159 al. 3 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC ; RS 210), les époux se doivent l'un à l'autre fidélité et assistance. Quant à l'art. 163 CC, il prévoit que mari et femme contribuent, chacun selon ses facultés, à l'entretien convenable de la famille (al. 1). Ils conviennent de la façon dont chacun apporte sa contribution, notamment par des prestations en argent, son travail au foyer, les soins qu'il voue aux enfants ou l'aide qu'il prête à son conjoint dans sa profession ou son entreprise (al. 2). Ce faisant, ils tiennent compte des besoins de l'union conjugale et de leur situation personnelle (al. 3). Le devoir d'assistance porte avant tout sur les relations des conjoints entre eux. Il se définit comme un

devoir de soutien moral et matériel des conjoints l'un envers l'autre. Le devoir d'assistance peut prendre la forme de prestations matérielles ou immatérielles. Les premières comprennent notamment une participation à l'entretien de la famille allant au-delà de la contribution due en vertu des art. 163/164 CC ou l'aide apportée au conjoint dans sa profession ou son entreprise (Commentaire romand du Code civil I, n. 10 et 11 ad art. 159)

e) 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 126 V 360 consid. 5b, 125 V 195 consid. 2 et les références ; cf. ATF 130 III 324 consid. 3.2 et 3.3). 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 322 consid. 5a). En l'occurrence, l'OCE soutient que le recourant a travaillé dans l'établissement de son épouse de 18h00 à 22h00 dès le 9 mai 2010, alors que le recourant le conteste, estimant avoir uniquement donné un coup de main à son épouse lorsque celle-ci se rendait au domicile conjugal pour voir ses enfants durant la soirée. a) Pour établir sa décision sur opposition du 1^{er} septembre 2011, l'OCE s'est essentiellement fondé sur les rapports d'infraction des 9 mai et 6, 7, 10 et 11 juillet 2010 ainsi que sur les déclarations de l'agent O_____. Il résulte desdits rapports que la Police municipale de Meyrin est intervenue au tea-room Y_____ de Meyrin à cinq reprises, en raison d'un excès de bruit ou d'une fermeture tardive de l'établissement dus à chaque fois à des matchs de football, étant précisé que la Coupe du monde de football a eu lieu du 11 juin au 11 juillet 2010. Le recourant apparaît comme étant le répondant présent sur place sur tous les rapports, lesquels ne mentionnent en revanche pas si son épouse s'y trouvait. A cet égard, l'agent O_____ déclare tout d'abord en audience, en étant formel, que l'épouse du recourant n'était pas sur les lieux lors des interventions, mais indique finalement, que lors de celles du mois de juillet 2010, il ne peut pas exclure qu'elle se soit trouvée dans les rayons de l'épicerie. Il précise que le recourant se trouvait derrière le bar lors desdites interventions. Par ailleurs, à la fin de l'année 2010, l'OCE a requis de la Police municipale de Meyrin qu'elle vérifie la présence de l'assuré dans le tea-room de son épouse. Ainsi, attendu que l'agent O_____ était responsable LRDBH, c'est lui qui s'en est chargé. Il passait ainsi, devant le tea-room, entre 19h30 et 22h00, lors de son horaire de nuit, lequel était de sept jours d'affilée toutes les trois à quatre semaines, toutefois, il ne passait pas tous les soirs devant l'établissement durant ces sept jours. Il précise, lors de son audition, que son passage devant l'établissement durait entre 5 et 10 secondes, qu'il avait noté les soirs où il avait vu le recourant et que ces brefs passages étaient suffisants pour constater que l'assuré se tenait derrière le bar, devant lequel les clients étaient installés. Cela étant, il n'a pas vu l'assuré en train de servir des clients ou faire la vaisselle. De plus, il ressort des deux courriels envoyés par l'agent O_____ à l'OCE qu'il avait aperçu le recourant dans le tea-room en train de servir des clients le 31 décembre 2010 ainsi que le 2 février et le 8 mars 2011. La Cour de céans constate que le contenu des courriels et ses déclarations en audience semblent contradictoires, en ce sens qu'il a écrit à l'OCE avoir vu le recourant servir des clients, alors qu'il précise en audience que tel n'était pas le cas. En outre, le fait que le recourant soit présent dans les locaux Y_____ de Meyrin, lors de matchs de football, durant les mois de mai et juillet 2010, bien qu'il se soit trouvé derrière le bar, ainsi que le fait que l'agent O_____

l'ait aperçu, durant quelques secondes, à trois reprises entre décembre 2010 et mars 2011 dans le bar, ne permet pas encore d'établir, au degré de la vraisemblance prépondérante, qu'il y travaillait de 18h00 à 22h00. Le rapport d'enquête n'est absolument pas probant lorsqu'il retient que l'assuré était continuellement présent dans l'établissement et y travaillait bien plus que son épouse, sur la base des trois seuls constats de sa présence durant quelques secondes. Il est de plus fondé sur un élément erroné s'agissant des horaires de travail de l'épouse et de la belle sœur de l'assuré. b) Il s'agit dès lors d'examiner si les autres éléments présents au dossier permettent de répondre à cette question. Il est établi que la raison individuelle M _____ a été inscrite durant le mois d'avril 2007 au Registre du commerce, que l'épouse du recourant y apparaîtrait en qualité de titulaire, avec signature individuelle, et que le recourant avait une procuration individuelle dès ce moment-là jusqu'en février 2011. De plus, le café-épicerie est situé à Meyrin et le domicile conjugal du recourant et de son épouse se trouve à aussi à Meyrin. En outre, il résulte des déclarations de l'épouse du recourant, de sa belle-sœur et du comptable que celles-ci étaient toutes deux actives dans ce café, étant précisé que sa belle-sœur travaillait à 50%. Elles se partageaient le temps de travail de la manière suivante : épouse du recourant belle-sœur du recourant
Lundi 6h30-8h00 14h00-24h00 8h00-14h00 Mardi 6h30-14h00 20h00-24h00 14h00-20h00
Mercredi 13h00 (14h00)- 24h00 6h30-13h00 (14h00) Jeudi - - Vendredi 6h30-8h00
14h00-24h00 8h00-14h00 Samedi et dimanche 6h30-8h00 14h00-24h00 6h30-13h30 ou
14h00-20h00 en alternance Quant au recourant, un délai-cadre d'indemnisation a été ouvert en sa faveur dès le 3 mai 2010 et il a suivi un PETF du 27 novembre 2010 au 16 mai 2011. Il a déclaré être souvent présent le soir dans l'établissement de son épouse, d'une part, en raison de la proximité immédiate de son domicile, pour boire quelque chose et discuter avec des amis et d'autre part, car il aidait parfois son épouse au bar quelques minutes, pour qu'elle puisse aller voir ses enfants, débarrassait les bouteilles vides ou allait chercher des marchandises. De plus, il a toujours signalé que les services qu'il rendait à son épouse ne pouvaient pas être considérés comme une activité lucrative, ce d'autant moins qu'il n'était pas rémunéré. Ses déclarations sont unanimement confirmées par son épouse, sa belle-sœur, le comptable de la société ainsi que par les trois clients qui ont été entendus par la Cour de céans. En effet, son épouse, appuyée par son comptable, a tout d'abord affirmé qu'il n'était pas son employé et qu'il ne percevait dès lors pas de salaire. Elle a également expliqué que son époux pouvait la remplacer le soir durant un quart d'heure, voire au maximum 30 minutes, pour qu'elle puisse aller dire bonne nuit aux enfants, étant précisé qu'en dehors de cette période-là son époux ne servait pas les clients, hormis s'il s'agissait d'un ami. La belle-sœur du recourant a quant à elle attesté que lorsqu'elle travaillait, le recourant ne venait jamais l'aider, boire quelque chose et qu'elle ne le voyait pas. En outre, la première cliente entendue a indiqué que le recourant était présent le soir, durant la semaine, pour boire un café, notamment lorsqu'il y avait un match de football, que son épouse pouvait partir voir ses filles cinq minutes et que les clients l'attendaient en principe pour payer, sauf lorsqu'ils étaient pressés, cas dans lequel le recourant encaissait, toutefois, celui-ci ne servait pas les clients. Elle a précisé que lorsqu'il était présent le soir, il était attablé avec les clients ou au bar avec ceux-ci, mais jamais derrière bar. Les deux autres clients entendus ont fait des déclarations similaires, en indiquant que lorsque le recourant était au café, il jouait aux cartes avec des clients, il ne servait pas ceux-ci, sauf s'ils étaient pressés, il ne se tenait pas derrière le bar, mais devant celui-ci avec les clients et qu'il arrivait que l'épouse du recourant s'absente 5 à 10 minutes, période durant laquelle le recourant acceptait d'encaisser les consommations si les clients étaient pressés. Eu égard à ce qui précède, ce

sont l'épouse et la belle-sœur du recourant qui travaillent en alternance et assument seules toute la durée d'ouverture du tea-room / épicerie. Le recourant quant à lui aide son épouse pour qu'elle puisse s'occuper entre 5 et 30 minutes de ses filles le soir, avant qu'elles aillent dormir. Il est vrai que le recourant a eu une procuration individuelle depuis l'ouverture de l'épicerie et qu'il n'a jamais déclaré ce fait à l'OCE, toutefois, ce seul élément ne permet pas de retenir qu'il exerçait une activité lucrative pour son épouse depuis 2007, surtout eu égard à son activité dépendante exercée à plein temps entre 2000 et 2009 et du fait qu'il devait s'occuper de ses filles lorsque son épouse travaillait le soir. Qui plus est, l'aide fournie par le recourant à son épouse d'une durée de 5 à 30 minutes, même si elle est journalière, rentre à l'évidence dans son devoir d'assistance envers son épouse, attendu qu'il doit être donné à celle-ci la possibilité de voir ses filles le soir avant qu'elles se couchent. c) En conséquence, au vu tous ces éléments, la Cour de céans estime, au degré de la vraisemblance prépondérante, que l'aide fournie par le recourant à son épouse ne peut pas être considérée comme une activité lucrative et qu'un gain intermédiaire fictif ne peut dès lors pas être retenu. Les déclarations de l'agent O_____, lequel ne semble jamais concrètement avoir vu le recourant travailler dans l'établissement de son épouse, ne sauraient remettre en cause les déclarations concordantes de l'épouse et de la belle-sœur du recourant, de leurs clients et du recourant lui-même. d) Pour le surplus, il résulte des déclarations du recourant, de son épouse et des deux clientes entendues que le recourant a toujours aidé son épouse depuis l'ouverture de son établissement en 2007, afin que celle-ci puisse notamment rentrer au domicile conjugal voir ses enfants, alors même qu'il était, entre 2007 et 2009, employé à plein temps par l'entreprise X_____ SA. Cela n'est pas contesté par l'OCE. Cette activité pourrait dès lors être assimilée à une activité accessoire, dont le gain n'est pas assuré. Partant, dans la mesure où la Cour de céans considère au vu des déclarations des clientes et au degré de la vraisemblance prépondérante prévu par la jurisprudence, que le recourant n'a en tous les cas pas étendu l'aide à son épouse depuis le mois de mai 2010, son gain accessoire fictif ne devient pas un gain intermédiaire durant sa période de chômage (art. 23 al. 3 et 24 al. 3 i.f. LACI). Le recours doit ainsi être admis, en ce sens qu'aucun gain intermédiaire ne peut être retenu pendant le délai-cadre d'indemnisation du recourant, de sorte que celui-ci aura ainsi droit au versement par sa Caisse de chômage de l'intégralité de ses indemnités de chômage dès le 9 mai 2010, sous déduction de celles qui lui ont déjà été versées, et sous réserve de l'issue des procédures concernant les suspensions infligées. PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant A la forme : Déclare le recours recevable. Au fond : L'admet. Annule la décision sur opposition de l'OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI du 1^{er} septembre 2011, en ce sens qu'aucun gain intermédiaire ne peut être retenu durant le délai-cadre d'indemnisation de l'assuré. Dit que l'assuré a droit à la totalité de ses indemnités de chômage dès le 9 mai 2010, sous déduction des indemnités déjà versées, dans le sens des considérants. Dit que la procédure est gratuite. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005 (LTF; 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 Irène

PONCET La présidente Sabina MASCOTTO Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'au Secrétariat d'Etat à l'économie par le greffe le

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