

GE_GERICHTE A/4461/2009 vom 12. Januar 2011

GE Cour de justice, 2011-01-12, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_4461_2009

FR: GE_GERICHTE A/4461/2009 du 12 janvier 2011

IT: GE_GERICHTE A/4461/2009 del 12 gennaio 2011

Erwägungen

E. 4

ème Chambre En la cause Monsieur R_____, domicilié à GENEVE recourant contre OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI, Service juridique, sis Glacis-de-Rive 6, GENEVE intimé EN FAIT Monsieur R_____ (ci-après : l'assuré ou le recourant), né en 1971, a travaillé à 100% à partir du 1^{er} décembre 2006 en qualité de team manager de X_____ SA. Son activité principale consistait en acquisition d'espaces publicitaires auprès d'une clientèle suisse romande en faveur des radios locales du groupe, à savoir XE_____ et XC_____, de même que la commercialisation de produits dérivés tels que le site Internet du groupe et la web-tv « ROUGETV ». Le 18 février 2009, l'assuré a été inscrit au Registre du commerce (ci-après : RC) en tant qu'associé gérant de Y_____ Sàrl (ci-après : la société) pour une part de 20'000 fr. avec signature individuelle. Pour sa part, la société a été inscrite au RC, le 26 septembre 2008, et son but est : « édition; prise en régie, affermage et exploitation commerciale; achat et vente d'espaces publicitaires; publicité locale, nationale et internationale sur tous supports de médias tels que journaux, magazines, radios, télévisions et Internet; production et réalisation audiovisuelle ». Le 29 avril 2009, X_____ SA a résilié le contrat de travail pour le 30 juin 2009. Dans un certificat de travail daté de juillet 2009, son directeur général administrateur et son administrateur ont indiqué que l'assuré est une personne disponible et de confiance, qui s'était acquitté à leur pleine et entière satisfaction des tâches qui lui avaient été confiées. Ils avaient été contraints de supprimer le poste à la suite de la restructuration de leur groupe de sociétés. Le 26 juin 2009, l'assuré a déposé auprès de la caisse UNIA (ci-après : la caisse) une demande d'indemnité de chômage dès le 1^{er} juillet 2009 mentionnant qu'il était disposé à travailler à plein temps à Genève en tant que directeur commercial. Dans une attestation de l'employeur daté du 7 juillet 2009, l'assuré a indiqué qu'il était administrateur de la société, qu'il n'avait pas de participation financière dans l'entreprise, ni n'y occupait une fonction dirigeante et que son horaire normal contractuel hebdomadaire était de « zéro heure ». Dans un courrier non daté mais reçu par l'administration, le 7 juillet 2009, Z_____ SA a fait état de l'engagement de l'assuré en tant que directeur commercial à partir du 3 août 2009. Un contrat a été établi, le 6 août 2009, mentionnant une activité à 50% dès le 10 août 2009. Après que la caisse a soumis le dossier à l'OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI (ci-après : OCE), en tant qu'autorité cantonale, pour examen de l'aptitude au placement, l'assuré a précisé, le 3 août 2009, sur demande dudit office, qu'il était disponible pour un emploi salarié sur le marché du travail à raison de 100%, tous les jours de la semaine et pour une durée indéterminée. S'agissant de la société, il n'avait pas modifié son taux d'activité suite à la résiliation de son contrat de travail par X_____ SA. Son horaire de travail était d'une vingtaine d'heures par mois effectuées le soir et le week-end, sa fonction était celle d'administrateur et il occupait quatre collaborateurs. La société était une sorte de start-up gérée et développée au quotidien par

des employés et générant des pertes depuis sa création. Pour faire face au quotidien, il avait toujours été salarié en parallèle de Y _____ Sàrl. Actuellement, vu la situation sportive du club, le taux d'engagement pour Z _____ était de 50% mais devrait évoluer à moyen terme en parallèle des objectifs du club. Par décision du 26 août 2009, l'OCE a déclaré l'assuré apte au placement à raison d'une disponibilité à l'emploi de 50% dès le 1^{er} juillet 2009 au motif qu'il était l'unique associé gérant de la société et le seul à disposer de la signature individuelle. De plus, les activités de la société avaient atteint un certain volume puisqu'elle occupait quatre salariés et elles revêtaient un caractère durable. Compte tenu du fait que l'assuré entendait poursuivre la conduite de ses activités d'associé gérant de la société et qu'il avait signé, le 6 août 2009, un contrat de travail en qualité de directeur commercial à 50% dès le 10 août 2009, il apparaissait plus vraisemblable que son aptitude objective au placement était de 50%. En revanche, il n'y avait pas lieu de remettre en question son aptitude subjective au placement. Le 25 septembre 2009, l'assuré a formé opposition à ladite décision. Il a précisé qu'il occupait actuellement un poste à 50% alors que son souhait était de travailler à 100%. Il continuait à rechercher un emploi à 100% et, en cas de recherches fructueuses, il abandonnerait ce poste à temps partiel. La société n'avait dégagé aucun profit depuis sa création et n'engendrait que des pertes. Elle générait cinq emplois mais il n'était pas possible de restreindre le nombre d'employés au vu des activités qui étaient les siennes. Dans ce cadre, XA _____ s'était portée partenaire de la société. Dans le passé, il avait été associé gérant de XB _____ Sàrl de 2004 à février 2008, sans que cela ne l'ait empêché de travailler en tant que salarié à 100%. Par décision sur opposition du 11 novembre 2009, l'OCE a confirmé sa position au motif que l'assuré n'apportait aucun élément permettant de revoir la décision litigieuse. Il n'y avait aucun point de comparaison avec la situation précédente. En effet, selon les inscriptions au RC, l'assuré avait été associé gérant de XB _____ Sàrl du 6 avril 2004 au 18 avril 2008 avec signature collective à deux, alors qu'actuellement, il était l'unique associé gérant avec signature individuelle de la société dont il devait s'occuper seul de la bonne marche. Par acte du 11 décembre 2009, l'assuré a recouru contre ladite décision. Contestant que son aptitude au placement fût de 50%, il a implicitement conclu à ce qu'elle soit reconnue à raison de 100%. Il a repris les mêmes arguments que dans son opposition et a considéré que la position de l'intimé était totalement incohérente. En effet, il était plaçable soit à 100%, soit pas du tout, mais en tout cas pas à 50%. Dans sa réponse du 13 janvier 2010, l'intimé a persisté dans les termes de sa décision sur opposition et a implicitement conclu au rejet du recours. Au vu de son inscription au RC en tant qu'associé gérant de la société sans que mention soit faite de pouvoirs de représentation conférés à un tiers, le recourant exerçait seul la gestion et la représentation de sa société. Étant donné qu'il avait signé un contrat de travail pour une activité à mi-temps dès le 10 août 2009, il y avait lieu de lui reconnaître une aptitude au placement au vu d'une disponibilité à l'emploi de 50%. Dans son écriture du 29 janvier 2010, le recourant a apporté quelques précisions relatives au fonctionnement de la société. Le 10 mars 2010, le Tribunal a procédé à une comparution personnelle des parties. Le recourant a déclaré avoir repris la société, le 7 janvier 2009, pour la modique somme de 1 fr., suivant un accord avec la précédente associée gérante, Madame S _____. La société comptait six salariés, tous déclarés à la FER. Deux personnes travaillaient à plein temps, une à 90%, une à 80%, une à 50% et une à 20%. Au sein de la société, il n'était nullement dans l'opérationnel. Il avait trois salariés, plus particulièrement Monsieur T _____ ainsi que Mesdames U _____ et V _____, qui étaient spécialisés dans la commercialisation de produits. Ces personnes géraient chaque jour les activités

commerciales de la société. Toutes activités de commercialisation étaient générées par ces trois personnes. Elles n'avaient pas besoin de lui. Il était d'ailleurs inconnu des annonceurs. La société éditait un magazine national dont il existait aussi une version allemande. Le premier numéro était sorti en novembre 2008. Actuellement, il avait édité 8 numéros. Son nom n'apparaissait nulle part, si ce n'est au RC. Il n'avait aucune relation avec les clients. Monsieur W_____ s'occupait de la comptabilité de la société. Il le rémunérait pour cette activité. Ce comptable clôturait les comptes et établissait les décomptes TVA. Depuis la création de la société, la FER s'occupait du paiement des salaires, de l'établissement des fiches des paies, etc. Cela avait un coût, mais finalement il n'avait pas de démarches administratives à faire pour la société à ce niveau-là. Il consacrait quelques heures par mois, le soir essentiellement et les week-ends en cas de besoin, pour des activités de controlling avec son directeur général, Monsieur T_____, ainsi qu'avec d'autres responsables de la société. Il n'avait pas délégué de pouvoir de gestion à son directeur général. Ses précédents employeurs avaient été informés du fait qu'il avait une activité accessoire d'associé gérant. Il n'avait jamais été rémunéré pour ses activités au sein des Sàrl. Dans le cas de la société XB_____, les bénéficiaires avaient tous été réinvestis. S'agissant de Y_____, à ce jour, la société avait réalisé une perte/investissements de 250'000 fr. Il ne pouvait pas être salarié de sa société car celle-ci n'en avait pas les moyens. Il avait le choix d'investir de l'argent dans une société. Son activité pour Y_____ était bien contrôlable. Son directeur général engageait le personnel. Pour sa part, il signait les documents. Les collaborateurs commerciaux signaient eux-mêmes les contrats avec les annonceurs. Il avait délégué ce pouvoir à ses collaborateurs commerciaux, mais n'avait cependant pas d'écrits à cet égard. Pour tout ce qui concernait la banque et la poste, il gardait seul la signature. Il n'avait pas jugé utile de confier un droit de signature inscrit au RC à son directeur qui n'en avait pas besoin pour gérer les affaires courantes. Tous les contrats liés à l'implication de l'entreprise étaient signés par lui-même. Il aurait très bien pu changer les statuts de la société en juin 2009 avant de s'inscrire au chômage. Il ne l'avait pas fait par souci d'honnêteté. Pour sa part, l'intimé a déclaré que la situation du recourant n'était pas contrôlable au niveau du temps consacré à la société. De plus, il était le seul à pouvoir engager la société. S'il avait trouvé un emploi à 100%, l'OCE l'aurait déclaré apte à 100%. Les explications données par le recourant ne l'avaient pas convaincu s'agissant du temps consacré aux activités. Le 29 avril 2010, l'intimé a transmis au Tribunal de céans un courriel de dénonciation du 20 avril 2010 émanant de Monsieur A_____. Selon celui-ci, le recourant était administrateur d'une société concurrente, il était constamment dans son bureau et officieusement, selon les dires de la direction de XC_____, il avait été licencié en raison du cumul de son travail au sein de cette dernière et de l'activité pour sa société. Son mandat d'administrateur officiel coïncidait approximativement avec son licenciement de XC_____ alors qu'avant cette date, seule son amie était enregistrée au RC. Dans son écriture du 17 mai 2010, le recourant a précisé que ce courriel constituait une attaque déloyale de la part de son principal concurrent en Suisse romande, qu'il était contraire à la réalité et qu'il avait pour seul but de lui porter préjudice. Il s'était écoulé plus de deux mois entre l'acquisition de son statut d'associé gérant de la société et son licenciement de X_____ SA de sorte qu'il n'existait aucun lien entre les deux événements. Il n'avait nullement perdu son emploi au sein de XC_____ en raison du temps qu'il consacrait à sa société dès lors que le certificat de travail indiquait clairement que son licenciement était dû à une restructuration du groupe. Son statut d'associé gérant découlait de son simple sociétariat, ne donnait pas naissance à une activité professionnelle

résultant de rapports de travail et n'entraînait pas une rémunération. Il n'était pas impliqué dans la gestion quotidienne de la société. Il était domicilié à quelques dizaines de mètres des locaux de celle-ci de sorte qu'il n'était pas surprenant qu'on ait pu l'apercevoir dans le quartier. Dans son écriture du 2 juin 2010, l'intimé a relevé que les faits avancés par le dénonciateur et les explications du recourant ne faisaient que renforcer sa conviction que ce dernier consacrait une partie non négligeable de son temps à gérer sa société. Étant donné qu'il était le seul à disposer de la signature au niveau bancaire et postal, il en découlait qu'il devait s'occuper quotidiennement de la bonne marche de la société. Par conséquent l'activité qu'il déployait au sein de la société n'était pas contrôlable, le recourant devant toute mettre en oeuvre pour que cette dernière augmentât son volume d'activité afin qu'il puisse en devenir un des salariés. Il a persisté dans ses conclusions précédentes. Le 8 septembre 2010, le Tribunal a procédé à l'audition du témoin A_____. Ce dernier a déclaré qu'il était le fondateur et administrateur de la société XD_____ SA, active notamment dans l'édition. Dans les faits, sa société était concurrente de Y_____ Sàrl. En 2008, il avait rencontré une fois le recourant lorsqu'il avait créé sa société. Ils avaient examiné ensemble les opportunités de collaboration. Lorsqu'il avait créé sa société, il était au chômage. Le recourant lui avait indiqué que s'il créait une société et qu'il était administrateur, il n'avait plus droit aux indemnités de chômage. Le témoin s'était aperçu que le recourant s'était renseigné sur lui et qu'il connaissait des détails très personnels sur sa vie, ce qu'il n'avait pas supporté. Il avait renoncé à une collaboration avec lui et avait créé seul sa société. Il passait devant les bureaux de la société du recourant tous les jours. Il le voyait régulièrement fumer sa cigarette en bas de l'allée. Il le voyait également dans le bureau. Il était présent également sur tous les salons destinés aux enfants et la famille. Par exemple le salon BIM BADA BOUM durait 4 jours, en août, et il était présent lors de ce festival. Il s'était renseigné sur le personnage. Il avait appris qu'il avait eu des soucis avec ses employeurs, XC_____ notamment. Il a précisé qu'il ne s'était pas rendu dans la société du recourant. Il ne savait pas exactement combien de salariés il employait, bien que le site de la société indiquait 25 collaborateurs. Concrètement il ne savait pas comment les tâches étaient réparties au sein de la société. Il était actuellement en procédure avec le recourant. Ce dernier, qui était prêt à tout, allait faire témoigner contre lui trois anciens employés, dans le cadre d'une procédure devant les Prud'hommes. La société du témoin imprimait deux magazines par an, à raison de 30'000 exemplaires chacun, alors que Y_____ imprimait 40'000 magazines tous les deux mois. Cela signifiait que l'argent devait bien sortir de quelque part. Il était au courant que le recourant avait été aidé par la XA_____ qui est un organisme du Canton de Genève aidant les jeunes sociétés. Il ne savait pas si le recourant travaillait à 100% dans sa société, mais il savait qu'il était tous les jours au bureau. Lors de l'audience de comparution personnelle qui s'en est suivie, le recourant a indiqué qu'il attaquait le témoin au civil et au pénal et qu'il contestait formellement toutes ses allégations et déclarations. Il a renoncé à l'audition de son directeur et a précisé qu'il était sorti du chômage, à fin août. Il a confirmé avoir convenu avec sa conseillère que s'il trouvait un emploi, il quitterait son emploi à 50% chez Z_____. Il a déposé une copie du dossier civil et pénal ainsi que divers autres documents, notamment une attestation de Z_____ SA du 3 septembre 2010 faisant état d'un terme à leur collaboration au 30 juin 2010 suite à la nouvelle orientation du club au mois de mai 2010 et une attestation de X_____ SA du 3 septembre 2010 confirmant que le licenciement du recourant était lié à la conjoncture économique et à la restructuration de l'entreprise. Sur quoi, le Tribunal a gardé la cause à juger. EN DROIT Conformément à l'art. 56 V al. 1 let. a ch. 8 de la loi sur l'organisation

judiciaire, du 22 novembre 1941 en vigueur jusqu'au 31 décembre 2010 (aLOJ; RS E 2 05), le Tribunal cantonal des assurances sociales connaissait, 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).. Dès le 1^{er} janvier 2011, cette compétence revient à la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice, laquelle reprend la procédure pendante devant le Tribunal cantonal des assurances sociales (cf. art. 143 al. 6 de la LOJ du 9 octobre 2009 en vigueur dès le 1^{er} janvier 2011). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie. La LPGA, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2003 est applicable en l'espèce dès lors que les faits litigieux sont postérieurs au 1^{er} janvier 2003 (cf. ATF 130 V 446 consid. 1 et ATF 129 V 4 consid. 1.2). Les modifications de la LACI du 22 mars 2002 (3^{ème} révision) et de l'OACI du 28 mai 2003, entrées en vigueur le 1^{er} juillet 2003, sont régies par le même principe et sont donc applicables. Le délai de recours est de 30 jours (art. 60 al. 1 LPGA). La décision sur opposition du 11 novembre 2009 a été reçue au plus tôt le lendemain de sorte que le recours du 11 décembre 2009 a été formé en temps utile (art. 39 al. 1 et 60 al. 2 LPGA). Interjeté dans la forme et le délai prévus par la loi, le recours est recevable, en vertu des art. 56 et ss LPGA. Le litige porte sur la quotité de l'aptitude au placement du recourant pour la période du 1^{er} juillet 2009 à fin août 2010. A titre préalable, il convient d'examiner si la décision en constatation a été rendue à juste titre et, dans la négative, s'il convient de l'annuler (cf. ATF 129 V 289). Aux termes de l'art. 85 al. 1 let. e LACI, les autorités cantonales statuent sur les cas qui leur sont soumis par les caisses de chômage, concernant le droit de l'assuré à l'indemnité (art. 81 al. 2 let. a LACI). Le cas échéant, elles sont appelées à se prononcer sur l'aptitude au placement de l'assuré, qui est l'une des conditions du droit à l'indemnité de chômage (cf. art. 8 al. 1 let. f LACI). D'après la jurisprudence, une autorité ne peut rendre une décision de constatation, au sens de l'art. 49 al. 2 LPGA (voir aussi l'art. 25 al. 2 en corrélation avec l'art. 5 al. 1 let. b PA), que lorsque la constatation immédiate de l'existence ou de l'inexistence d'un rapport de droit est commandée par un intérêt digne de protection, à savoir un intérêt actuel de droit ou de fait, auquel ne s'opposent pas de notables intérêts publics ou privés, et à condition que cet intérêt digne de protection ne puisse pas être préservé au moyen d'une décision formatrice, c'est-à-dire constitutive de droits ou d'obligations. Cette jurisprudence, déterminante pour l'interprétation de la notion d'intérêt digne d'être protégé qui figure à l'art. 49 al. 2 LPGA (ATF 130 V 391 consid. 2.4), implique que l'intérêt digne de protection requis fait notamment défaut, en règle ordinaire, lorsque la partie peut obtenir en sa faveur un jugement condamnatore ; en ce sens, le droit d'obtenir une décision en constatation est subsidiaire à celui d'obtenir une décision en condamnation (ATF 129 V 290 consid. 2.1 et les références). En dehors de ces cas où les conditions d'une décision en constatation sont données selon les art. 49 al. 2 LPGA et 5 al. 1 let. b PA, la loi peut, en dérogation à cette disposition, prévoir spécialement qu'une autorité administrative est compétente pour rendre une décision constatatoire portant sur certains aspects d'un rapport de droit. C'est particulièrement le cas dans la LACI où les compétences pour statuer sur le droit aux prestations sont réparties entre plusieurs autorités (cf. art. 81 et 85 LACI; MEYER-BLASER, Der Streitgegenstand im Streit - Erläuterungen zu BGE 125 V 413 , p. 30, in : SCHAFFHAUSER/SCHLAURI, Aktuelle Rechtsfragen der Sozialversicherungs-praxis, 2001). Ainsi, dans cette situation, la procédure en cas de doute doit être admise aussi bien lorsque l'assuré n'a pas encore touché de prestations que lorsqu'il

les perçoit encore, voire a fini de les percevoir. En l'espèce, en présence d'un cas douteux sur l'aptitude au placement du recourant, la caisse a soumis celui-ci à l'autorité cantonale pour décision (art. 81 al. 2 let. a LACI). Par conséquent, c'est à juste titre que l'intimé a rendu une décision en constatation sur le droit à des prestations d'assurance en cours (cf. ATF 124 V 387 consid. 4d). 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 qui est en mesure et en droit de le faire (art. 15 al. 1er LACI). L'aptitude au placement comprend ainsi deux éléments : la capacité de travail d'une part, c'est-à-dire la faculté de fournir un travail - plus précisément d'exercer une activité lucrative salariée - sans que l'assuré en soit empêché pour des causes inhérentes à sa personne, et d'autre part la disposition à accepter un travail convenable au sens de l'art. 16 LACI, ce qui implique non seulement la volonté de prendre un tel travail s'il se présente, mais aussi une disponibilité suffisante quant au temps que l'assuré peut consacrer à un emploi et quant au nombre des employeurs potentiels (ATF 125 V 58 consid. 6a et ATF 123 V 216 consid. 3 ainsi que la référence). En ce qui concerne l'aptitude au placement en cas de prise d'une activité indépendante, il faut tenir compte des circonstances du cas concret, notamment du point de savoir si l'exercice d'un travail à titre indépendant a des conséquences sur la disponibilité de l'assuré et dans quelle mesure (ATF 112 V 138 consid. 3b; DTA 1998 n°32 p. 174 consid. 4a). Est notamment réputé inapte au placement l'assuré qui n'a pas l'intention ou qui n'est pas à même d'exercer une activité salariée, parce qu'il a entrepris - ou envisage d'entreprendre - une activité lucrative indépendante, cela pour autant qu'il ne puisse plus être placé comme salarié ou qu'il ne désire pas ou ne puisse pas offrir à un employeur toute la disponibilité normalement exigible (ATF 112 V 327 consid. 1a et les références; DTA 1998 n° 32 p. 176 consid. 2). Lorsqu'un assuré exerce une activité indépendante pendant son chômage, l'aptitude au placement n'est donnée que pour autant que l'activité indépendante puisse être exercée en dehors des heures habituelles de travail. Ce n'est pas le cas lorsque les faits déterminants indiquent que l'activité indépendante a pris une proportion telle qu'elle ne pourrait être assumée que pour une part infime en dehors d'un horaire de travail normal de sorte que l'exercice d'une activité salariée apparaît exclu selon un horaire normal (DTA 2002 n° 5 p. 54 consid. 2b et DTA 1998 n°32 p. 176 consid. 4a). En revanche, les motifs à la base de cette décision personnelle importent peu (ATF 112 V 329 consid. 3c). 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 et ATF 125 V 195 consid. 2 ainsi que 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). 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). Par conséquent, en retenant une aptitude partielle au placement de 50%, la décision de l'intimé est déjà erronée pour ce motif. Il n'est

pas contesté que le recourant, dont la capacité de travail est entière, satisfait à la première condition de l'aptitude au placement. En revanche, l'intimé considère que l'activité indépendante exercée par le recourant en tant qu'associé gérant, notamment durant la période indemnisable, n'est pas contrôlable de sorte qu'il ne remplit pas la condition de disponibilité exigée par la loi. En tant qu'associé gérant de la société, le recourant participe à l'exploitation de cette dernière et il doit donc être assimilé, sous l'angle de la réalité économique, à une personne de condition indépendante (ATF 126 V 214 consid. 2b; DTA 1998 n° 32 p. 177 consid. 4a et b). Toutefois, cette qualité n'est pas seule décisive pour apprécier son aptitude au placement. Il faut bien plutôt examiner si le recourant n'est plus à même, tant sur le plan subjectif que du point de vue objectif, d'offrir à un employeur toute la disponibilité normalement exigible (ATF 125 V 58 consid. 6a et la référence). En l'espèce, le recourant a indiqué, lors de son inscription au chômage, qu'il était disposé et capable de travailler à plein temps. Son activité indépendante est antérieure à son chômage, puisqu'elle a débuté pour la société, le 18 février 2009, soit un peu plus de quatre mois avant l'échéance de son contrat de travail, et qu'elle faisait suite à une activité d'associé gérant avec signature collective dans une autre société, d'avril 2004 à avril 2008. Elle ne l'a toutefois pas empêché d'accomplir en parallèle une activité salariée à plein temps à entière satisfaction de son employeur ainsi que cela ressort du certificat de travail établi par ce dernier, étant précisé que sa disponibilité auprès dudit employeur est restée inchangée malgré cette activité indépendante. En effet, dans son attestation du 3 septembre 2010, l'employeur confirme que les conditions du licenciement étaient liées à la conjoncture économique et à la restructuration de l'entreprise, alors que toute autre allégation concernant les raisons de ce licenciement serait fautive et diffamatoire. Etant donné que le recourant a repris sa société plusieurs mois avant qu'il n'apprenne son licenciement, cette situation n'est pas comparable à celle d'un assuré qui entreprend une activité indépendante pour mettre un terme à son chômage (ATFA non publié C 198/04 du 1^{er} juillet 2005, consid. 3.3). Déjà sous l'empire de l'ancien droit, le Tribunal fédéral des assurances avait jugé qu'une activité indépendante peu importante, exercée à titre accessoire et dont le gain n'était pas assuré, ne faisait pas obstacle à l'aptitude à être placé (cf. l'ancien art. 13 al. 1 let. c LAC et ATF 112 V 136 consid. 3b). Par conséquent, pour trancher la question de l'aptitude au placement du recourant qui exerce une activité accessoire indépendante, il faut tenir compte des circonstances du cas concret, notamment du point de savoir si l'exercice d'un travail à titre indépendant a, au degré de la vraisemblance prépondérante, des conséquences sur la disponibilité de l'assuré et dans quelle mesure. Selon les déclarations du recourant, son activité pour sa société est purement stratégique et de contrôle, l'opérationnel étant du ressort de son directeur et des collaborateurs commerciaux à qui il a délégué le pouvoir de signer les contrats avec les annonceurs. Des pièces remises par le recourant, il ressort que les divers contrats d'insertion publicitaire pour un magazine sont effectivement signés par le directeur, Monsieur T_____. De plus, les salaires sont payés par la FER qui établit également les fiches de salaire alors que la comptabilité est tenue par un comptable externe qui clôture les comptes et établit les décomptes TVA. En outre, son directeur engage le personnel et lui-même ne fait que signer les documents. Par conséquent, aucun élément du dossier ne permet de mettre en doute les affirmations du recourant, selon lesquelles le temps consacré à son activité d'associé gérant de la société représente environ 20 heures par mois, soit quatre à cinq heures par semaine accomplies le soir et le week-end. Etant donné que ladite activité ne représente pas plus de 8,3 heures par semaine, respectivement deux heures par jour, le recourant est en mesure d'exercer cette activité

indépendante à caractère durable en dehors de son horaire de travail normal en tant que salarié (cf. Circulaire du Secrétariat d'Etat à l'économie relative à l'indemnité de chômage (IC) de janvier 2007, B240). Aussi, au vu de tous les facteurs objectifs et subjectifs déterminants, il faut admettre que l'activité indépendante ici en cause peut être exercée au degré de la vraisemblance prépondérante en dehors d'un horaire normal de travail d'un salarié (cf. DTA 1989 n° 1 p. 56 consid. 3b [arrêt P. du 17 juin 1988, C 82/87]). Le fait que le recourant soit présent à tous les salons destinés aux enfants et à la famille, notamment pendant 4 jours au salon BIM BADA BOUM, ne contredit pas ces conclusions dès lors que rien n'indique qu'il ne participe pas à ces activités pendant ses vacances. De plus, les déclarations que le témoin A_____ a faites en audience ne permettent pas de retenir que le recourant travaillerait dans une plus grande mesure que ce qu'il affirme. En effet, ledit témoin ne s'est jamais rendu dans les locaux du recourant, il a admis n'avoir vu ce dernier qu'à une seule reprise en 2008 de sorte qu'il est peu vraisemblable qu'il puisse le reconnaître dans la rue et, surtout, il s'avère être un concurrent du recourant contre lequel il est en procédure judiciaire tant civile que pénale. A cet égard, l'ancien employeur du recourant a confirmé, dans son attestation du 3 septembre 2010, que le témoin avait pris contact avec son adjoint afin de l'inciter à donner ou à inventer des informations destinées à nuire au recourant. Par conséquent, les déclarations du témoin, qui tendent à ce but, ne sont pas crédibles. En outre, l'intimé a indiqué retenir une aptitude au placement de 50% parce que le recourant avait trouvé une activité salariée à raison de 50%. Ce motif n'est nullement relevant car cela voudrait dire que, si la situation de Z_____ avait permis l'engagement du recourant à 100%, l'intimé n'aurait rien trouvé à redire au fait que le recourant exerce en parallèle son activité d'indépendant. Par conséquent, ce motif ne peut pas fonder la position de l'intimé qui aurait bien plutôt dû examiner si le recourant n'était plus à même, tant sur le plan subjectif que du point de vue objectif, d'offrir à un employeur toute la disponibilité normalement exigible pour apprécier au degré de la vraisemblance prépondérante l'aptitude au placement. Contrairement à ce que soutient l'intimé, même s'il fallait admettre que l'horaire de travail de l'activité indépendante du recourant n'était pas contrôlable, il n'est pas possible d'en déduire qu'il s'agit d'une activité à plein temps puisque, dans les faits, elle ne l'a pas empêché de travailler à plein temps en tant que salarié du 18 février à fin juin 2009 et de sortir du chômage à fin août 2010. En outre, l'intimé ne conteste pas que le recourant a rempli ses obligations de recherches d'emploi de façon satisfaisante, à l'exception du mois de juillet 2009 lors duquel il n'y avait aucune offre d'emploi en relation avec son profil, raison pour laquelle il a écopé d'une pénalité de cinq jours. Enfin, le recourant a déclaré, à plusieurs reprises, que l'activité de directeur commercial à 50% due à la situation sportive de Z_____ n'était qu'un gain intermédiaire et qu'il recherchait une activité salariée à 100%. Par conséquent, il y a lieu d'admettre que, s'agissant de la période litigieuse, le recourant était, au degré de la vraisemblance prépondérante, en mesure d'accepter un travail convenable et qu'il avait la volonté de se mettre au service d'un employeur potentiel à 100% de sorte que son aptitude au placement était entière. Au vu de ce qui précède, le recours sera admis et les décisions des 26 août 2009 et 11 novembre 2009 seront annulées au sens des considérants. Le recourant obtenant entièrement gain de cause et ayant été assisté par un avocat pour son écriture du 17 mai 2010, une indemnité de 1'000 fr. lui sera accordée à titre de participation à ses frais et dépens (art. 89H al. 3 LPA). Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA). **PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant A la forme : Déclare le recours recevable. Au fond : L'admet et annule les décisions des 26 août 2009 et 11 novembre 2009**

au sens des considérants Reconnaît une aptitude entière au placement du recourant à partir du 1^{er} juillet 2009. Condamne l'intimé à verser au recourant une indemnité de 1'000 fr. à titre de dépens. 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 Isabelle CASTILLO La présidente Juliana BALDE 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.