

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 6 avril 2010

Présidence de M. MICHELLOD
Juges : M. Schmutz et Mme Férolles, assesseurs
Greffier : M. Germond

* * * * *

Cause pendante entre :

C._____, à [...], recourant, représenté par Me Joëlle Vuadens, avocate à Lausanne,

et

SERVICE DE L'EMPLOI (ci-après: SDE), à Lausanne, intimé.

Art. 8 al. 1 let. f, 15 al. 1 et 16 LACI.

E n f a i t :

A. C._____ (ci-après : l'assuré, ou le recourant), né le 18 octobre 1955, a exercé différents emplois en qualité de professeur de sport, et en particulier d'instructeur de judo, activité dans laquelle il bénéficie d'une longue expérience pratique. Employé au sein de l'école de judo [...], à [...], depuis le 1^{er} septembre 2006, il a résilié son contrat de travail avec effet immédiat le 8 août 2008 en raison du non-paiement de son salaire. Il s'est inscrit à l'assurance-chômage à cette date auprès de l'Office régional de placement de [...] (ORP).

Lors de l'entretien d'inscription du 13 août 2008, l'assuré a informé l'ORP qu'il avait trouvé un emploi auprès de l'école " [...]", à [...], emploi rémunéré à l'heure.

Selon deux reportages parus fin août 2008 dans la presse régionale, l'assuré s'apprêtait à ouvrir sa propre école de judo à [...] dès le 1^{er} septembre 2008.

A teneur du contrat de travail signé le 6 septembre 2008 par l'assuré ainsi que cela ressort également d'un avis de l'ORP du 25 août 2008, l'assuré avait été engagé par l'école " [...]" afin d'ouvrir une école de judo à [...]. Sa rémunération se composait d'un salaire annuel brut de base (14'400 fr.) auquel s'ajouterait ensuite une participation financière supplémentaire en fonction du nombre d'inscriptions. Un horaire variable d'un minimum de 10 heures hebdomadaires était également prévu.

Le 26 août 2008, dans le cadre de l'instruction du cas, l'ORP a interpellé l'assuré en ces termes:

"[...]"

Pour que nous puissions nous prononcer en parfaite connaissance de cause et en toute équité, vous voudrez bien notamment nous renseigner sur les points ci-dessous et nous transmettre les documents qui y sont mentionnés:

1. Quelles sont vos dispositions et disponibilités à l'exercice d'une activité salariée compte tenu de la situation décrite ci-dessus? Veuillez indiquer précisément les jours et les heures durant lesquels vous êtes disponible pour une autre activité professionnelle;
2. Etes-vous en mesure de vous retirer de ce projet, et cas échéant disposé à le faire, pour prendre un autre emploi ou pour suivre une mesure octroyée par l'ORP (cours, stage, ETS, etc.)?
3. Veuillez nous remettre une copie du contrat de travail établi entre vous-même et le centre [...]. Nous attirons votre attention sur l'art. 330b du Code des obligations, lequel oblige l'employeur, lorsque le rapport de travail est convenu pour une durée indéterminée ou pour plus d'un mois, à ce que les éléments suivants soient précisés par écrit: a) le nom des parties; b) la date du début du rapport de travail; c) la fonction du travailleur; d) le salaire et les éventuels suppléments salariaux et e) la durée hebdomadaire du travail;
4. Quelles seront vos fonctions et responsabilités précises dans le cadre de l'ouverture de la nouvelle école de [...]? Si un cahier des charges a été établi, veuillez nous en remettre une copie;
5. Quelles seraient les implications pour la nouvelle école de [...] le fait que trouviez un autre emploi à plein temps?
6. Quels sont vos objectifs professionnels?

Sans réponse écrite de votre part dans les dix jours dès réception de la présente, nous traiterons le dossier sur la seule base des pièces en notre possession. [...]"

Le 2 septembre 2008, l'assuré a adressé en réponse un courrier à l'ORP dont la teneur était la suivante:

"Monsieur,

1°) J'ai commencé hier le 1^{er} septembre l'ouverture des cours de judo à [...], où je vais avoir cours tous les jours; le lundi 16H à 18H et 19H30 à 21H, mardi 16H à 18H, mercredi 14H30 à 18H, jeudi 16H à 18H et 19H30 à 21H, vendredi 16H à 18H ainsi que le mercredi matin sur [...] de 10H à 11H. Pour les cours de [...] je dois arriver 30min pour mettre le tapis de judo en place car c'est comme les salles communales des salles polyvalentes, donc arriver à 15H30 et 15 min pour ranger la salle.

2°) Je viens de m'engager pour créer plusieurs séances de judo pour le [...], qui j'en suis sûr, va devenir un grand club de judo, avec l'investissement des tapis qu'ils sont entrain de faire, pub, etc. Je ne me vois pas leur dire au revoir. J'ai trouvé un autre travail, d'autant plus que je crois en ce projet.

3°) Copie jointe à ce document [contrat de travail].

4°) Directeur technique et professeur de judo aucun cahier de charge.

5°) Perdre ma crédibilité auprès des parents des judokas, du [...] IMPENSABLE !

6°) Tout d'abord avoir le plus vite possible 350 judokas pour sortir pleinement de l'assurance-chômage et de retrouver ma dignité, que mon ex-employeur m'a fait perdre, car à ce jour ce monsieur que je viens de mettre aux Prud'hommes a moins de soucis que moi, 3 porsche, maison avec piscine à [...], appartement à Cavalaire [St-Tropez] etc. et moi à 52 ans alors, qu'il est venu me chercher en France par rapport à mon niveau, et bien je me retrouve à me reconstruire, financièrement et moralement."

B. Par décision du 23 septembre 2008, l'ORP a déclaré l'assuré inapte au placement à compter du 8 août 2008, constatant que ce dernier avait fait part de son intérêt à s'investir dans l'ouverture de l'école de judo à [...] et avait précisé de manière claire qu'il ne renoncerait pas à ce projet même en cas d'obtention d'un emploi à plein temps.

Par l'intermédiaire de son conseil, C. _____ s'est opposé à cette décision par courrier daté du 21 octobre 2008, faisant valoir en substance que, face aux difficultés rencontrées dans l'exercice de son activité pour le compte de [...], il était désormais disposé à abandonner ce projet au profit d'un emploi rémunéré.

Le 7 novembre 2008, l'ORP a émis des doutes quant à ce subit revirement de position. Le 18 novembre 2008, l'assuré a déclaré que si les inscriptions aux cours avaient été importantes en septembre 2008, elles avaient significativement fléchi en octobre 2008.

Par décision sur opposition du 18 décembre 2008, le SDE a rejeté l'opposition présentée par l'assuré et confirmé la décision de l'ORP. Il a notamment retenu que l'activité de l'assuré s'apparentait à une activité indépendante, nonobstant le contrat de travail conclu en septembre 2008. Il a fait valoir que la mise en œuvre d'une école de judo ne pouvait être assimilée à une activité occasionnelle et constituait de toute évidence, notamment en raison de l'abonnement annuel contracté par les élèves déjà inscrits, un engagement à long terme, difficile à abandonner à bref délai.

C. C._____ a formé recours contre cette décision sur opposition par acte du 21 janvier 2009, concluant en substance à son annulation, son aptitude au placement étant reconnue dès le 8 août 2008 en faisant valoir qu'il était disposé, dès octobre 2008, à renoncer à son activité, preuve en était qu'il avait cherché sans désespérer des places de travail dès la fin du mois d'octobre 2008.

Dans sa réponse du 8 décembre 2008, le SDE a considéré que les arguments développés par le recourant n'étaient pas de nature à modifier sa décision; il a en conséquence proposé le rejet du recours et le maintien de la décision litigieuse.

E n d r o i t :

1. **a)** Interjeté dans le respect du délai légal de trente jours suivant la notification de la décision entreprise (art. 60 al. 1 LPGA [loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales, RS 830.1]), le recours a été déposé en temps utile. Il est en outre recevable en la forme, de sorte qu'il y a lieu d'entrer en matière sur le fond.

b) A teneur de la disposition transitoire de l'art. 117 al. 1 LPA-VD (loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative, RSV 173.36), en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2009, les causes pendantes devant les autorités administratives et de justice administratives à l'entrée en vigueur de la présente loi sont traitées selon cette dernière.

La Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, qui succède au Tribunal des assurances, est ainsi compétente pour statuer (art. 93 al. 1 let. a LPA-VD).

2. Seule est litigieuse la question de l'aptitude au placement du recourant, dès le 8 août 2008.

3. a) Selon l'art. 8 al. 1 let. f LACI (loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, RS 837.0), l'assuré a droit à l'indemnité de chômage s'il est apte au placement. Est réputé apte à être placé le chômeur qui est disposé à accepter un travail convenable et à participer à des mesures d'intégration et qui est en mesure et en droit de le faire (art. 15 al. 1 LACI).

L'aptitude au placement comprend 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 51 consid. 6a, 123 V 214 consid. 3).

b) 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 utiliser en cette qualité sa force de travail d'une manière conforme à ce qui est normalement exigé de la part d'un employeur (ATF 112 V 326 consid. 1a et les références citées).

Le fait que l'assuré ne réalise en règle générale aucun revenu, voire qu'un revenu minime durant ces préparatifs ou immédiatement après la prise de son activité indépendante n'y change rien. Seules des activités indépendantes à caractère transitoire, temporaire et ne nécessitant que peu d'investissements entrent en ligne de compte comme gain intermédiaire (TFA 241/2005 du 6 avril 2006, consid. 2.2 et la référence).

c) Par ailleurs, aux termes du ch. B235 IC (Circulaire relative à l'indemnité de chômage 2007 du Secrétariat d'Etat à l'économie [SECO]), seules des activités indépendantes à caractère transitoire, temporaires et ne nécessitant que peu d'investissements entrent en ligne de compte comme gain intermédiaire. L'assuré qui exerce une telle activité doit poursuivre intensivement ses recherches en vue de trouver une activité salariée. L'activité indépendante doit avoir été prise en réaction au chômage et dans le seul but de diminuer le chômage. S'il souhaitait depuis longtemps entreprendre une activité indépendante et qu'il profite de son chômage pour se lancer par le biais du gain intermédiaire, l'aptitude au placement doit lui être niée. L'assuré doit pouvoir abandonner l'activité indépendante exercée en gain intermédiaire dans les meilleurs délais pour prendre une activité salariée.

Selon le ch. B241 IC, un assuré doit fixer l'ampleur et l'horaire de l'activité indépendante à caractère durable qu'il veut exercer afin que sa perte de travail à prendre en compte puisse être déterminée. Sa disponibilité devra être consignée par l'ORP dans un procès-verbal. Les assurés ne sont pas réputés aptes à être placés si, d'une part, ils persistent à vouloir exercer une activité indépendante et, d'autre part, ils ne veulent pas fixer les heures pendant lesquelles ils sont disponibles.

d) De plus, 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. En d'autres termes, il doit avoir la volonté de retrouver son statut antérieur de salarié. 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. Cela vaut aussi lorsque l'activité indépendante est exercée à temps partiel, sauf si elle est exercée totalement en dehors des heures habituelles de travail. En pareil cas, l'aptitude au placement est donnée, car l'exercice de l'activité indépendante en question ne limite pas les possibilités de

l'assuré d'obtenir un emploi (TFA C.332/2000 du 9 janvier 2001, consid. 2 in fine et les références; Boris Rubin, Assurance-chômage, 2^{ème} éd., Zurich 2006, p. 219 ss).

4. En l'espèce, le recourant a exposé que si, en août et septembre 2008, il entendait bel et bien se consacrer entièrement à l'ouverture de l'école de judo pour le compte de son employeur - que cette activité soit salariée ou, en partie du moins, considérée comme indépendante n'est pas pertinent en l'espèce - il avait rapidement constaté que le succès n'était pas au rendez-vous et, dès le mois de novembre 2008, s'est déclaré expressément prêt à abandonner cette activité au profit d'un emploi salarié. A lire l'autorité intimée, le recourant n'entendait pas abandonner son activité indépendante et il ne s'était inscrit au chômage que dans le but de recevoir une compensation par l'assurance-chômage de ses revenus qu'il jugeait insuffisants. Il est vrai que le recourant ne s'est pas montré toujours clair dans ses propos ou dans ses écrits. Il ressort cependant de ses explications qu'il était effectivement disposé à abandonner son activité, pour autant qu'il parvienne à décrocher un emploi, et ce dès fin octobre 2008. Ses recherches d'emploi ne se sont par ailleurs pas limitées à des emplois temporaires ou à temps partiel (voir formulaires "preuves de recherches personnelles effectuées en vue de trouver un emploi" pour les mois de novembre 2008 à janvier 2009).

C'est par conséquent à tort que l'ORP et le Service de l'emploi ont nié l'aptitude au placement du recourant à compter du 1^{er} novembre 2008. En revanche, il ne fait pas de doute que cette aptitude doit être niée antérieurement, dès lors que le recourant a lui-même déclaré qu'il était "impensable" qu'il abandonne ses projets avant cette date.

5. Les considérants qui précèdent conduisent à l'admission partielle du recours et à la réforme de la décision attaquée en ce sens que le recourant est déclaré apte au placement à compter du premier novembre 2008. Il appartiendra à l'ORP de vérifier si les autres conditions relatives à l'obtention des prestations étaient remplies dès cette date.

6. Il n'est pas perçu de frais de justice (art. 61 let. a LPGA).

Obtenant partiellement gain de cause, le recourant, assisté d'un mandataire professionnel, a droit à des dépens, arrêtés à 800 francs (art. 61 let. g LPGA, art. 55 al. 1 LPA-VD).

**Par ces motifs,
la Cour des assurances sociales
p r o n o n c e :**

- I.** Le recours est admis partiellement.
- II.** La décision sur opposition du Service de l'emploi est réformée en ce sens que le recourant est déclaré apte au placement à compter du 1^{er} novembre 2008.
- III.** L'arrêt est rendu sans frais.
- IV.** L'autorité intimée versera le montant de 800 fr. (huit cent francs) au recourant à titre de dépens.

Le président :

Le greffier :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à :

- Me Joëlle Vuadens (pour C. _____),
- Service de l'emploi,
- Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO),

par l'envoi de photocopies.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière de droit public devant le Tribunal fédéral au sens des art. 82 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral, RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne) dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

Le greffier :