

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 5 mai 2011

Présidence de M. DIND

Juges : Mmes Dormond Béguelin et Rossier, assesseurs

Greffière : Mme Barman

Cause pendante entre :

M. _____, à Lausanne, recourante,

et

SERVICE DE L'EMPLOI, Instance juridique chômage, à Lausanne,
intimé.

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

E n f a i t :

A. M. _____ (ci-après: l'assurée), née en 1957, s'est inscrite une première fois à l'assurance-chômage le 9 juillet 2007; un délai-cadre d'indemnisation de deux ans lui a été ouvert dès cette date.

Le 22 décembre 2008, lors d'un entretien à l'Office régional de placement (ci-après: ORP) d'Yverdon-les-Bains, l'assurée a évoqué l'éventualité de reprendre un magasin de produits diététiques, précisant qu'elle devait encore étudier si ce projet était viable. Dans le courant du mois de janvier 2009, elle a déclaré à son conseiller ORP que son projet se concrétisait et qu'elle débiterait son activité indépendante au mois d'avril.

Lors d'un nouvel entretien à l'ORP en date du 28 avril 2009, l'assurée a indiqué avoir décidé de débiter son activité indépendante le 1^{er} mai 2009 et de renoncer ainsi aux prestations de l'assurance-chômage. Son dossier a été annulé le 13 mai 2009.

La reprise du commerce [...] SA ayant été différée au 1^{er} juillet 2009, l'assurée s'est réinscrite à l'assurance-chômage le 29 mai 2009.

Par lettre du 5 juin suivant, la division juridique des ORP a informé l'assurée que, dans la mesure où elle s'était annoncée auprès de l'office à la suite du report du début de son activité indépendante, ce dernier était amené à statuer sur son aptitude au placement. Elle a demandé à l'assurée de lui indiquer notamment à partir de quelle date elle avait débuté son activité indépendante, si elle avait déjà travaillé auprès du commerce avant cette date, pour quelle date était prévue la reprise du commerce et quelles étaient ses dispositions et disponibilités à l'exercice d'une activité salariée durant la période entre l'inscription à l'ORP et la date finale de reprise du commerce.

Le 11 juin 2009, l'assurée a répondu que l'activité indépendante débiterait le 1^{er} juillet 2009 selon la convention de vente

signée et que, depuis le 1^{er} avril 2009, elle était en formation auprès de l'ancien propriétaire du commerce [...] SA. A cet égard, elle répondait négativement à la question de sa disponibilité entre son inscription à l'ORP et la reprise du commerce, relevant que c'était parce qu'elle était toujours en formation qu'elle demandait des indemnités journalière de chômage.

Par courrier du 27 juillet 2009, afin de pouvoir terminer la procédure d'examen d'aptitude au placement, l'ORP a demandé à l'assurée de lui faire part de son intention de faire une demande de soutien à l'activité indépendante (ci-après: SAI). Il était précisé que si elle décidait de déposer une demande de SAI, elle devait l'adresser avec les documents nécessaires avant le 4 août 2009 et, qu'à défaut de réponse dans le délai imparti, l'ORP considérerait qu'elle renonçait à la mesure SAI. L'assurée n'a donné aucune suite à ce courrier.

B. Par décision du 5 octobre 2009, l'ORP a déclaré l'assurée inapte au placement à compter du 1^{er} avril 2009, constatant que cette dernière avait signé une convention pour la reprise d'un commerce au 1^{er} juin 2009, date repoussée au 1^{er} juillet 2009, qu'elle avait été occupée auprès de ce commerce dès le 1^{er} avril 2009 afin de bénéficier d'une mise au courant de la part de l'ancien gérant et qu'elle n'était plus disponible à partir de ce moment-là. Par conséquent, l'aptitude au placement de l'intéressée ne pouvait plus être reconnue dès la date à partir de laquelle elle s'était investie dans sa future activité indépendante. Il en découlait que les prestations de l'assurance-chômage ne pouvaient plus lui être versées à compter du 1^{er} avril 2009.

M. _____ s'est opposée à cette décision par courrier du 4 novembre 2009, en concluant au versement d'indemnités de chômage pour la période allant du 1^{er} avril au 30 juin 2009. Elle faisait valoir que son activité à [...] SA se limitait à un jour par semaine et que, parallèlement, elle était restée inscrite chez [...] jusqu'au 30 juin 2009. Concernant l'aptitude au placement, elle relevait être tout à fait capable de travailler, n'ayant de son fait aucun empêchement, et disposée à accepter un travail convenable, restant à disposition d' [...]. Elle arguait

ainsi que sa disponibilité était largement suffisante, le temps consacré à son désir de se mettre à son compte ne l'occupant qu'une journée par semaine au maximum, et qu'elle ne rentrait pas dans la catégorie des personnes inaptes au placement pour leur refus d'accepter un emploi salarié.

Par mesure d'instruction complémentaire, le Service de l'emploi, instance juridique chômage (ci-après: service de l'emploi) a demandé à l'assurée, le 14 janvier 2010, de fournir tout document ou attestation susceptible de prouver qu'elle ne consacrait qu'une journée par semaine à la reprise du commerce. L'assurée a remis, le 22 janvier suivant, une lettre signée par l'ex-administratrice de [...] SA attestant que l'intéressée n'avait travaillé auprès de ce commerce qu'un seul jour par semaine du 1^{er} avril au 1^{er} juillet 2009, soit le mercredi. L'assurée écrivait en outre qu'objectivement, il n'était pas nécessaire de travailler six jours sur sept pour une reprise de commerce, ni même davantage qu'un jour par semaine.

Par décision sur opposition du 8 février 2010, le service de l'emploi a rejeté l'opposition formée le 4 novembre 2009 par l'assurée et confirmé la décision de la division juridique des ORP du 5 octobre 2009. Il a notamment retenu qu'en l'absence de réponse au courrier de l'ORP du 27 juillet 2009, l'assurée avait renoncé à solliciter un SAI. En outre, l'assurée avait clairement affirmé le 11 juin 2009, malgré le document attestant qu'elle se formait à la reprise du commerce un seul jour par semaine, qu'elle n'avait aucune disposition et disponibilité à l'exercice d'une activité salariée durant la période entre son inscription à l'ORP et la date finale de la reprise du commerce car elle était toujours en formation. Le service de l'emploi en concluait que, selon le principe de la vraisemblance prépondérante, l'assurée consacrait tout son temps à la reprise du commerce et qu'elle n'était plus disponible sur le marché du travail dès le 1^{er} avril 2009, de sorte que l'aptitude au placement ne pouvait plus être reconnue dès cette date.

C. M. _____ a formé recours contre cette décision par acte du 8 mars 2010. Elle conclut principalement à son annulation, son aptitude au placement étant reconnue du 1^{er} avril au 30 juin 2009 et des indemnités de chômage lui étant octroyées pour la même période, étant précisé qu'elle n'a pas à rembourser les indemnités versées en avril et mai 2009, et subsidiairement à l'octroi de prestations au titre de SAI ou pour la formation suivie en avril, mai et juin 2009 par une mesure relative au marché du travail (cours, stage professionnel ou autre). Elle sollicite l'audition de l'ex-administratrice de [...] SA. En substance, elle fait valoir qu'elle était apte au placement les lundis, mardis, jeudis, vendredis, samedis et même les dimanches entre le 1^{er} avril 2009 et le 30 juin 2009, précisant que rien n'aurait empêché que sa journée de formation se déroulât un autre jour. Elle reproche à l'ORP de ne pas lui avoir proposé un emploi ni l'avoir assignée pendant cette période, tout comme ne pas l'avoir suffisamment informé sur ses possibilités. Elle allègue avoir poursuivi ses recherches d'emploi, comme l'attestent les feuilles y relatives adressées à son conseiller ORP, et être restée inscrite auprès d'entreprises temporaires, de sorte que contrairement à l'interprétation qui pouvait être faite de son courrier du 11 juin 2009, elle était entièrement disponible pour l'exercice d'une activité salariée jusqu'à la reprise effective du commerce. Elle argue par ailleurs qu'aucun motif ne justifie qu'elle soit pénalisée pour s'être désinscrite au chômage puis réinscrite peu de temps après. Elle relève finalement qu'elle ne peut être contrainte de rembourser les prestations versées en avril et mai 2009 en l'absence de motivation suffisante de l'intimé à ce sujet.

Dans sa réponse du 27 avril 2010, l'intimé considère que les arguments développés par la recourante ne sont pas de nature à modifier sa décision; il préavise en conséquence pour le rejet du recours et le maintien de la décision litigieuse.

Par écriture du 14 juin 2010, la recourante confirme maintenir son recours.

E n d r o i t :

1. Le recours, interjeté auprès du tribunal compétent dans le délai légal de trente jours dès la notification de la décision sur opposition attaquée, est recevable au regard des art. 56 à 60 LPGA (loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales, RS 830.1), laquelle loi est applicable en vertu de l'art. 1 al. 1 LACI (loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, RS 837.0).

2. Le litige porte sur la question de l'aptitude au placement de la recourante pour la période allant du 1^{er} avril au 30 juin 2009.

a) La question du droit à l'indemnité de chômage doit être tranchée à la lumière de l'art. 8 LACI et des conditions qui y sont posées. Le droit à l'indemnité de chômage est notamment conditionné par le fait, pour un assuré, d'être sans emploi ou partiellement sans emploi (let. a), de subir une perte de travail à prendre en considération (let. b), d'être apte au placement (let. f) et de satisfaire aux exigences de contrôle (let. g).

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. L'aptitude au placement peut dès lors être niée notamment en raison de recherches d'emploi continuellement insuffisantes, en cas de refus réitéré d'accepter un travail convenable, ou encore lorsque l'assuré limite ses

démarches à un domaine d'activité dans lequel il n'a, concrètement, qu'une très faible chance de trouver un emploi (ATF 125 V 58 consid. 6a; 123 V 216 consid. 3 et les références; TFA C 136/02 du 4 février 2003 in DTA 2004 n° 2 p. 46 consid. 1.2).

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 offrir à un employeur toute la disponibilité normalement exigible. L'aptitude au placement doit par ailleurs être admise avec beaucoup de retenue lorsque, en raison de l'existence d'autres obligations ou de circonstances personnelles particulières, un assuré désire seulement exercer une activité lucrative à des heures déterminées de la journée ou de la semaine. Un chômeur doit être en effet considéré comme inapte au placement lorsqu'une trop grande limitation dans le choix des postes de travail rend très incertaine la possibilité de trouver un emploi (ATF 112 V 327 consid. 1a et les références; TFA C 166/02 consid. 2.1 in DTA 2003 n° 14 p. 128 consid. 2.1).

Selon la jurisprudence, un assuré qui exerce une activité indépendante n'est pas d'entrée de cause inapte au placement. Ce qu'il faut plutôt examiner, c'est si - au vu des circonstances du cas concret - l'exercice effectif d'une activité lucrative indépendante est d'une ampleur telle qu'elle exclut d'emblée toute activité salariée parallèle (ATF 112 V 138 consid. 3b; DTA 1998 n° 32 p. 174 consid. 4a et les références). A cet égard, les principes développés quant à l'exercice d'une activité salariée s'applique *mutatis mutandis* à une activité indépendante (TFA C 203/00 du 2 mars 2001 consid. 2b).

En outre, 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 (circulaire IC relative à l'indemnité de chômage du 1^{er} janvier 2007, ch. B241). 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.

c) Enfin, pour pouvoir bénéficier d'une compensation de sa perte de salaire en application de l'art. 24 LACI, l'assuré doit être disposé à abandonner aussi rapidement que possible son activité actuelle au profit d'un emploi réputé convenable qui s'offrirait à lui ou qui lui serait assigné par l'administration; on tiendra toutefois compte du délai de résiliation des rapports de travail en cours ou, dans le cas d'un indépendant, d'une période de réaction ou de transition appropriée. En 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, faut d'aptitude au placement. Cela vaut aussi lorsque l'activité indépendante est exercée à temps partiel, sauf si elle est exercée totalement en dehors de 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 332/00 du 9 janvier 2001 consid. 2c et les références; Rubin, Assurance-chômage, 2^e éd., 2006, p. 219 ss).

3. En droit des assurances sociales, la règle du degré de vraisemblance prépondérante est généralement appliquée. Dans ce domaine, le juge 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. 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 353 consid. 5b; 125 V 193 consid. 2 et les références; voir ATF 130 III 321 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 319 consid. 5a).

4. Il convient en l'espèce de déterminer si la recourante était disposée à accepter un travail salarié ce qui, dans l'affirmative, justifierait de la considérer comme apte au placement.

a) L'intéressée expose que si, les mercredis, elle était occupée à sa formation au commerce de [...] SA – précisant que rien n'aurait empêché qu'elle se déroulât un autre jour –, elle était apte au placement les autres jours de la semaine, y compris les dimanches, entre le 1^{er} avril et le 30 juin 2009. Elle disposait ainsi de temps suffisant pour exercer une activité salariée à plein temps.

Ce raisonnement ne saurait être suivi. En effet, il ressort du dossier que durant la période en question, la recourante recherchait un emploi à plein temps comme employée de commerce et que sa formation auprès du commerce de [...] SA l'occupait un jour par semaine depuis le 1^{er} avril 2009. Or, il apparaît difficilement concevable de concilier une formation tendant à la reprise d'un commerce un jour ouvrable par semaine et une activité à plein temps dans un bureau (en principe du lundi au vendredi). Il convient ainsi d'admettre que la formation entreprise pour l'exercice d'une activité indépendante limitait les possibilités de la recourante d'obtenir un emploi, cette dernière ne pouvant offrir à un employeur toute la disponibilité normalement exigible. Au demeurant, on ne voit pas vraiment quel employeur serait prêt à l'engager à de telles conditions.

Par ailleurs, on ne saurait reconnaître à la recourante une aptitude au placement sur la base de ses recherches d'emploi. En effet, le dossier de l'intimé ne contient, pour la période en question, qu'un formulaire "preuves de recherches personnelles effectuées en vue de trouver un emploi" pour le mois de mai 2009; aucun formulaire ne concerne les mois d'avril et juin 2009. De surcroît, il appert que les seules recherches effectuées se résument à un appel téléphonique auprès d' [...]

(bureaux d'Yverdon, Fribourg, Neuchâtel et Lausanne). Force est ainsi de constater que la recourante n'a pas concrètement, ni activement, recherché un emploi.

En outre, l'argument de la recourante selon lequel elle aurait pu travailler si l'ORP lui avait proposé un emploi ne saurait être retenu. En effet, il n'appartient pas à ces offices de placer les assurés.

b) Il sied par ailleurs de relever que dans le courrier du 11 juin 2009 à l'ORP, la recourante a indiqué n'avoir aucune disposition ni disponibilité à l'exercice d'une activité salariée durant la période entre son inscription à l'ORP et la date finale de reprise du commerce (cf. lettre de l'ORP du 5 juin 2009, question 5), au motif qu'elle était toujours en formation. Dans le recours, elle allègue que, contrairement à l'interprétation qui pouvait être faite dudit courrier, elle était entièrement disponible pour l'exercice d'une activité salariée jusqu'à la reprise effective du commerce.

A cet effet, on précisera que, quel que soit le contexte dans lequel la jurisprudence dite des "premières déclarations ou des déclarations de la première heure" a été élaborée, elle s'applique de manière générale en matière d'assurances sociales. Le principe voulait et veut que, en présence de deux versions différentes et contradictoires d'un fait, la préférence soit accordée à celle que l'assurée a donnée alors qu'elle ignorait peut-être les conséquences juridiques, les explications nouvelles pouvant être, consciemment ou non, le fruit de réflexions ultérieures (ATF 124 V 45 consid. 2a; TF 9C_663/2009 du 1^{er} février 2010 consid. 3.2).

Les allégations apportées *a posteriori* par la recourante ne sauraient remettre en cause les constatations de l'ORP. Il n'est pas démontré que l'assurée s'est effectivement révélée incapable de saisir la portée de cette question. A cet égard, elle a certes mentionné dans son recours qu'elle était de langue maternelle allemande, mais a toutefois précisé avoir fait appel à des personnes tierces lors des premières

correspondances. Par ailleurs, la nouvelle explication au sujet de la disponibilité a été faite après que la recourante a reçu la décision de l'ORP lui niant le droit aux indemnités de chômage, de sorte qu'elle était davantage à même, par la suite, d'appréhender la portée juridique de ses déclarations. En outre, on relève qu'à réception du courrier du 11 juin 2009, l'ORP a invité la recourante à déposer les documents nécessaires pour une demande de SAI, mais l'intéressée n'y a pas donné suite. Partant, il ne se justifie pas de s'écarter des premières déclarations de l'assurée telles que figurant dans son courrier du 11 juin 2009, et il y a lieu d'admettre qu'elle n'était pas disposée à exercer une activité salariée dès le 1^{er} avril 2009.

Au demeurant, le document signé le 21 janvier 2010 par l'ex-administratrice de [...] SA atteste uniquement que la recourante était présente au commerce le mercredi, pour sa formation. S'il appert ainsi que l'intéressée consacrait la journée du mercredi à sa formation, en se rendant sur place, il apparaît également possible qu'elle consacraît du temps, les autres jours, et en dehors du magasin, à découvrir les produits diététiques qu'elle y vendrait.

c) Aux termes du recours, l'intéressée demande à la cour de céans de considérer qu'elle ne s'est pas désinscrite du chômage entre le 13 mai et le 29 mai 2009, dans la mesure où la date de la reprise du commerce a été retardée au 1^{er} juillet 2009 pour des raisons indépendantes de sa volonté.

Cette requête est sans incidence en l'espèce, dans la mesure où l'on ne voit pas quelle serait la conséquence de cette désinscription, les prestations pour la période en question ne lui étant pas reconnues.

d) Enfin, M. _____ fait valoir qu'il n'y a pas lieu à restitution des prestations versées pour les mois d'avril et mai 2009.

A cet égard, il sied de relever que la demande de restitution ne fait pas l'objet de la décision du 5 octobre 2009 à laquelle la recourante

s'est opposée, et sur laquelle le service de l'emploi a rendu la décision attaquée le 8 février 2010. Le litige porte sur la question de l'aptitude au placement de la recourante, corollairement sur le droit de cette dernière à des indemnités journalières pour la période allant du 1^{er} avril au 30 juin 2009.

5. Au vu de ce qui précède, c'est à juste titre que l'intimé a considéré que la recourante consacrait tout son temps à la reprise du commerce et qu'elle n'était plus disponible sur le marché du travail dès le 1^{er} avril 2009, de sorte que l'aptitude au placement ne pouvait plus être reconnue dès cette date.

Partant, l'audition de témoin demandée par la recourante, à titre de moyen de preuve, n'a pas à être ordonnée dans la mesure où le dossier est suffisamment instruit et permet de statuer. Une telle manière de procéder ne viole pas le droit d'être entendu selon l'art. 29 al. 2 Cst. (constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101; SVR 2001 IV n° 10 consid. 4), la jurisprudence rendue sous l'empire de l'art. 4 aCst. étant toujours valable (ATF 124 V 90 consid. 4b; 122 V 157 consid. 1b et la référence).

6. En définitive, le recours se révèle mal fondé et doit donc être rejeté, ce qui entraîne la confirmation de la décision entreprise. Il n'y a pas lieu de percevoir des frais judiciaires, la procédure étant gratuite, ni d'allouer de dépens (art. 61 let. a et g LPGA).

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

I. Le recours est rejeté.

II. La décision sur opposition rendue le 8 février 2010 par le Service de l'emploi, Instance juridique chômage, est confirmée.

III. Il n'est pas perçu de frais de justice ni alloué de dépens.

Le président :

La greffière :

Du

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

- M. _____
- Service de l'emploi, Instance juridique chômage
- 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).

La greffière :