

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 19 septembre 2012

Présidence de M. MERZ
Juges : Mme Brélaz Braillard et M. Berthoud, assesseur
Greffier : M. Addor

Cause pendante entre :

T. _____, à Toulouse (France), avec élection de domicile (selon l'art. 17 LPA-VD) à Zurich, recourant,

et

SERVICE DE L'EMPLOI, Instance Juridique Chômage, à Lausanne, intimé.

Art. 15 al. 1 LACI et 18 LEtr

E n f a i t :

A. T._____, né en 1969, est ressortissant canadien. Au mois de novembre 2003, il a déposé auprès du Service de la population (ci-après: le SPOP) à Lausanne une demande de permis de séjour pour études. Il avait indiqué vouloir acquérir à l'Université de Lausanne un DEA en droit européen. Une autorisation temporaire pour études lui a été délivrée. Dans le courant de l'année 2004, l'Université de Lausanne a communiqué au SPOP un changement de statut de l'intéressé, à savoir d'étudiant à assistant-doctorant. Dès 2007, T._____ a occupé la fonction d'assistant diplômé à l'Université de Lausanne.

T._____ a dès lors été mis au bénéfice d'une autorisation de séjour temporaire (type B), d'une validité d'une année et renouvelée pour la dernière fois jusqu'au 31 octobre 2009. La dernière autorisation indiquait le but suivant: « Séjour temporaire/assistant diplômant » [recte: assistant diplômé].

Selon un certificat de travail établi le 27 juillet 2009 par la Faculté de droit et des sciences criminelles de l'Université de Lausanne, T._____ a été engagé le 1^{er} novembre 2004 en tant qu'assistant; son activité devait prendre fin réglementairement le 31 octobre 2009.

B. T._____ s'est inscrit le 16 octobre 2009 auprès de l'Office régional de placement de Vevey (ci-après: ORP) en vue d'être placé dès le 1^{er} novembre 2009 à un taux d'occupation de 100 pour-cent. Il a indiqué être célibataire et toujours ressortissant du Canada. A l'appui de sa demande, il a déposé un curriculum vitae et une copie des différents certificats et diplômes obtenus. De ceux-ci, il ressort notamment que l'Université de Lausanne lui a délivré en 2004 un diplôme d'études approfondies (LL.M) en droit européen et en droit international économique. De plus, il aurait œuvré entre 2003 et 2009 pour son doctorat (de l'Université de Toulouse, France) dans les domaines du droit public comparé, droit international public, droit international économique

et droit européen. En tant qu'assistant diplômé, il aurait travaillé dans ces domaines à l'Université de Lausanne de 2004 à 2009.

C. Le 29 octobre 2009, l'ORP s'est adressé à T. _____ pour lui demander de se prononcer sur son aptitude au placement, compte tenu des restrictions liées à son autorisation de séjour. Par la même occasion, l'ORP a également demandé au SPOP et au Contrôle du marché du travail et protection des travailleurs (ci-après: CMTPT), si T. _____ était autorisé à séjourner et à exercer une activité salariée en Suisse.

Le CMTPT a répondu le 30 octobre 2009 que T. _____ était autorisé à séjourner jusqu'au 31 octobre 2009 et qu'il avait la possibilité d'exercer une activité accessoire de 15 heures par semaine au maximum, sous réserve d'une demande préalable approuvée par « notre office » et le SPOP. Ce dernier a répondu le 11 novembre 2009 que le dossier de T. _____ était à l'examen « sans droit de travailler ». Par correspondance du 4 novembre 2009, il avait informé T. _____ de son intention de refuser le renouvellement de son autorisation de séjour.

Par courrier du 10 novembre 2009, T. _____ a expliqué que sa priorité était la recherche d'un emploi à plein temps et qu'il pourrait « raisonnablement » s'attendre à obtenir une autorisation de séjour lui permettant d'exercer une activité lucrative, notamment en qualité de spécialiste du droit. Il a estimé que cette autorisation apparaissait d'autant plus probable qu'elle lui avait été renouvelée chaque année au cours des cinq dernières années. Il a ajouté qu'il avait déposé le 14 octobre 2009 une demande de renouvellement de son autorisation de séjour et qu'il était dans l'attente d'une réponse.

D. Par décision du 27 novembre 2009, l'ORP a déclaré que T. _____ était inapte au placement à compter du 1^{er} novembre 2009, attendu qu'il n'était pas autorisé à travailler en Suisse. Selon l'ORP, T. _____ ne pourra dès lors pas non plus prétendre aux indemnités journalières de l'assurance-chômage à partir du 1^{er} novembre 2009.

Le 12 janvier 2010, T._____, par l'intermédiaire de son avocat, a formé opposition, laquelle a été rejetée par décision du 5 février 2010 du Service de l'emploi (ci-après: SDE), instance juridique chômage.

E. Par acte de son avocat du 12 mars 2010, T._____ a interjeté recours auprès du Tribunal cantonal, Cour des assurances sociales, contre la décision sur opposition du 5 février 2010. Il conclut principalement à sa réforme « en ce sens que l'aptitude au placement » soit reconnue à compter du 1^{er} novembre 2009. Subsidiairement, il demande d'annuler la décision sur opposition et de renvoyer la cause au SDE pour nouvelle instruction et décision.

Dans sa réponse du 23 avril 2010, le SDE propose le rejet du recours.

F. A la demande de T._____, le bureau de l'assistance judiciaire a mis ce dernier, par décision du 17 mai 2010, au bénéfice de l'assistance judiciaire et lui a commis son avocat comme conseil d'office.

G. Par décision du 17 juin 2010, le SPOP a refusé à T._____ le renouvellement de son autorisation de séjour temporaire en tant qu'assistant-diplômant [recte: assistant diplômé] et prononcé son renvoi de Suisse, lui impartissant un délai d'un mois dès la notification pour quitter le territoire suisse.

H. Dans sa réplique du 21 juin 2010, T._____ a maintenu les conclusions de son recours du 12 mars 2010. Il a fait valoir de nouveaux faits survenus depuis l'introduction du recours et demande que soient versées au dossier du Tribunal les pièces qui se sont ajoutées à son dossier ORP depuis sa production.

Le SDE s'est prononcé par duplique du 30 juillet 2010. Le Tribunal a demandé par la suite à T._____, s'il entendait maintenir son recours. Celui-ci a répondu par l'affirmative, selon le mémoire de son conseil du 10 septembre 2010. Il renvoie à un contrat de travail avec

l'ASLOCA Vaud, selon lequel il pourrait y travailler dès le 1^{er} décembre 2010 à un poste à 50% en tant que juriste / consultant professionnel pour une durée déterminée (remplacement dans le cadre de la maternité). Par acte du 7 octobre 2010, il a fait parvenir au Tribunal copie de ce contrat de travail ainsi que d'une demande de permis adressée par l'employeur en septembre 2010 au CMTPT. Ce dernier a refusé la demande par décision du 15 octobre 2010, ce dont le SDE a informé le Tribunal par courrier du 9 novembre 2010.

I. Le conseil de T._____ a communiqué au Tribunal le 16 novembre 2010 que son mandat de représentation avait pris fin.

J. Par acte du 8 décembre 2010, T._____ s'est prononcé personnellement à la suite de l'écriture du SDE du 9 novembre 2010. Il maintient les conclusions de son recours et requiert que les pièces qui se sont ajoutées à son dossier administratif en mains de l'ORP depuis sa dernière production soient versées au dossier du Tribunal.

K. Le 8 février 2011, l'ancien avocat de T._____ a déposé sa liste des opérations. Par décision du 23 février 2011, dont la motivation a été envoyée le 28 mars 2011, le Président de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal a fixé l'indemnité d'honoraires et de débours du conseil d'office. T._____ a recouru le 4 avril 2011 contre cette décision. La Présidente du Tribunal cantonal a rejeté ce recours par arrêt du 6 juin 2011.

L. Le 5 mai 2011, T._____ a informé le Tribunal qu'il avait définitivement quitté la Suisse le 30 avril 2011. Il a indiqué une adresse de correspondance en Suisse.

Par courrier du 14 juin 2012, T._____ a signalé ses nouvelles coordonnées en France et qu'il n'avait plus de domicile de notification en Suisse. Répondant à une lettre du juge instructeur, l'intéressé a toutefois fait savoir qu'il maintenait l'élection de domicile en Suisse, telle que communiquée en 2011.

M. Les arguments des parties seront repris ci-après dans la mesure utile.

N. A la suite du départ à la retraite, à la fin de l'année 2011, du premier juge instructeur de la cause, celle-ci a été reprise par un nouveau juge.

E n d r o i t :

1. a) 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 du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité; RS 837.0).

b) La loi cantonale du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (LPA-VD; RSV 173.36) s'applique aux recours et contestations par voie d'action dans le domaine des assurances sociales (art. 2 al. 1 let. c LPA-VD). La Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal est compétente pour statuer (art. 93 al. 1 let. a LPA-VD).

La valeur litigieuse n'étant manifestement pas inférieure à 30'000 fr. au vu de la période concernée par la décision d'inaptitude au placement litigieuse (du 1^{er} novembre 2009 au 30 avril 2011), la cause n'est pas de la compétence du juge instructeur statuant en tant que juge unique (art. 94 al. 1 let. a LPA-VD).

c) Le tribunal n'est pas lié par la motivation du recours ou de la décision attaquée. Il applique le droit d'office.

2. a) Le requérant étant ressortissant canadien et n'étant, du moins avant d'avoir quitté la Suisse, ni marié à une ressortissante d'un Etat de l'Union européenne (UE) ou de l'Association européenne de libre-échange (AELE) domiciliée en Suisse, ni bénéficiaire d'un regroupement familial par un ressortissant d'un de ces Etats, l'Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (ALCP; RS 0.142.112.681), qui contient des règles spéciales sur le droit aux prestations de l'assurance-chômage ainsi que du droit de séjour et de la prise d'un emploi, ne s'applique pas à lui. Dès lors, le cas doit être examiné uniquement selon le droit national, sous réserve d'autres traités internationaux conclus par la Suisse.

b) Le requérant ne peut pas non plus tirer de droit de la Convention de sécurité sociale conclue le 24 février 1994 entre la Confédération suisse et le Canada (RS 0.831.109.232.1), vu qu'elle ne s'applique qu'à l'assurance-vieillesse et survivants et à l'assurance-invalidité (cf. art. 2 de la Convention).

3. Le présent litige porte sur l'aptitude au placement du requérant à partir du 1^{er} novembre 2009. Selon une des conditions cumulatives prévue à l'art. 8 al. 1 LACI, l'assuré n'a droit à l'indemnité de chômage que s'il est apte au placement au sens de l'art. 15 LACI (let. f).

Vu l'objet du litige, il s'agit donc d'examiner la question de l'aptitude au placement. Pour ce faire, il convient de se placer au moment de la décision sur opposition par laquelle les autorités administratives ont nié l'aptitude au placement (le 5 février 2010) et de raisonner de manière prospective sur la base des faits tels qu'ils se sont déroulés jusqu'alors (ATF 120 V 385 consid. 2 p. 387). Le juge des assurances sociales apprécie la légalité des décisions attaquées en principe d'après l'état de fait existant au moment où la décision sur opposition litigieuse a été rendue (ATF 131 V 242 consid. 2.1 p. 243; 121 V 362 consid. 1b p. 366; TFA C 138/01 du 10 décembre 2001 consid. 2c).

4. Aux termes de l'art. 15 al. 1 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.

a) En l'espèce, l'intimé considère que le recourant n'avait plus de permis de séjour dès le 1^{er} novembre 2009 et que rien ne permettait de retenir qu'il pouvait s'attendre à obtenir un renouvellement de son autorisation de travail pour le cas où il aurait trouvé un emploi convenable. Les autorités compétentes auraient confirmé que le recourant n'était pas autorisé à exercer une activité lucrative. La perspective d'être engagé comme chercheur dès le 1^{er} avril 2010 dans le cadre d'un projet de recherche, au cas où ce projet serait autorisé et financé par un fonds public, ne suffirait pas à retenir que l'assuré offre une disponibilité suffisante. Par ailleurs, la disponibilité uniquement pour un emploi correspondant à la spécialisation et au niveau de formation de la personne concernée ne suffirait pas non plus; l'aptitude au placement impliquerait la disponibilité à accepter un emploi convenable au sens de l'art. 16 al. 2 LACI.

b) L'aptitude au placement selon l'art. 15 al. 1 LACI comprend différents éléments: d'une 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 d'employeurs potentiels, et d'autre part, la capacité de travail - c'est-à-dire la faculté d'exercer une activité lucrative salariée sans en être empêché pour des causes inhérentes à sa personne.

Il n'est pas nécessaire de se prononcer sur la question de savoir si le recourant avait la volonté d'accepter tout travail convenable au sens de l'art. 16 LACI, question qui semble être perçue de manière différente par les parties. L'aptitude au placement implique en tout cas aussi la détention d'une autorisation de travail, laquelle est nécessaire pour les étrangers qui sollicitent une prise d'emploi (cf. ATF 126 V 376

consid. 1b p. 378; 120 V 392 consid. 1 p. 394 et les références citées). Ce point sera traité plus amplement par la suite.

c) L'autorité apparaît fondée à retenir qu'un étranger n'est pas en mesure d'être placé lorsqu'il ne dispose pas ou plus d'une autorisation de travailler. La pratique a cependant précisé que l'aptitude au placement ne pouvait être a priori déniée lorsqu'un étranger qui ne se trouve pas en situation irrégulière en Suisse peut escompter obtenir une autorisation de travail au cas où une offre d'un emploi convenable lui serait faite, soit parce que la législation en vigueur lui reconnaît cette faculté, soit parce qu'il peut se prévaloir d'un renseignement concret de l'autorité compétente lui permettant de compter avec cette faculté (ATF 126 V 376 consid. 4-6 p. 380 ss; 120 V 378 consid. 2c p. 381). Il s'agit dans ce contexte d'examiner de manière prospective, sur la base des faits tels qu'ils se sont déroulés jusqu'au moment de la décision sur opposition (cf. consid. 3 supra), si la personne concernée pouvait ou non compter sur l'obtention d'une autorisation de travail au moment où elle s'est annoncée à l'assurance-chômage (cf. ATF 126 V 376 consid. 1c p. 378 et consid. 4a p. 380; TF C 248/06 du 24 avril 2007 consid. 2.1; Thomas Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SVBR], Soziale Sicherheit, 2^{ème} éd. 2007, p. 2261 n° 269; Boris Rubin, Assurance-chômage, Droit fédéral, Survol des mesures cantonales, Procédure, 2^{ème} éd. 2006, p. 211 ch. 3.9.7). A cet effet, le Tribunal fédéral exige (du moins selon le droit applicable jusqu'au 31 décembre 2010, cf. consid. 5e infra) dans le cas d'étudiants, de doctorants ou d'assistants diplômés qui, après un séjour en tant que tel, comptaient rester en Suisse dans le but d'y exercer une activité lucrative, que la personne concernée ait trouvé un (nouvel) emploi, respectivement que la prise d'un emploi soit imminente lors de l'inscription au chômage (TF 8C_479/2011 du 10 février 2012 consid. 3.2.2; 8C_128/2010 du 26 août 2010 consid. 5.2.1 in fine).

d) En l'absence d'une décision de l'autorité cantonale compétente, l'administration de l'assurance-chômage instruisant la question de l'aptitude au placement ou, en cas de recours, le juge ont le pouvoir de trancher préjudiciellement le point de savoir si, au regard de la

réglementation applicable, le ressortissant étranger serait en droit d'exercer une activité lucrative; lorsqu'ils ne disposent pas d'indices concrets suffisants, ils s'informeront auprès des autorités compétentes pour savoir si l'intéressé peut s'attendre à obtenir une autorisation de travail, dans l'hypothèse où il trouverait un travail convenable (ATF 120 V 392 consid. 2c p. 396). Un tel avis ne lie toutefois ni l'administration ni le juge appelés à se prononcer à titre préjudiciel tant et aussi longtemps que l'autorité compétente n'a pas rendu de décision (ATF 120 V 378 consid. 3a p. 382).

e) En l'occurrence, le recourant étranger avait présenté une demande de prolongation de son autorisation de séjour qui était arrivée à son terme le 31 octobre 2009. Le SPOP, en tant qu'autorité compétente, n'avait pas encore statué sur sa demande, lorsque l'intimé s'est prononcé sur l'aptitude au placement dans sa décision du 27 novembre 2009, respectivement du 5 février 2010. Le SPOP avait toutefois informé le recourant par correspondance du 4 novembre 2009 de son intention de refuser le renouvellement de son autorisation de séjour. Quant au CMTPT, il avait renvoyé au fait que l'autorisation de séjour prenait fin le 31 octobre 2009. Il y a dès lors lieu de trancher préjudiciellement le point de savoir si, au regard des réglementations applicables, le recourant pouvait compter exercer une activité lucrative en Suisse et était ainsi apte au placement selon l'art. 8 al. 1 let. f LACI.

5. a) Selon le système instauré par la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr; RS 142.20), l'étranger titulaire d'une autorisation d'établissement au sens de l'art. 34 LEtr dispose de la faculté d'exercer une activité salariée ou indépendante sur tout le territoire helvétique (cf. art. 38 al. 4 LEtr). En revanche, l'étranger titulaire d'une autorisation de séjour (cf. art. 32 et 33 LEtr) doit, pour sa part, avoir été admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative afin de pouvoir être autorisé à travailler en Suisse (cf. art. 18 et 38 al. 2 et 3 LEtr); il doit notamment satisfaire aux conditions d'admission prévues aux art. 18 à 25 LEtr et, le cas échéant, obtenir l'aval des autorités du marché du travail selon la procédure décrite à l'art. 40 al. 2 LEtr - à moins qu'il ne puisse se

prévaloir d'un droit à l'exercice d'une activité lucrative en vertu du droit fédéral (cf. notamment art. 44 LEtr) ou du droit international (cf. notamment art. 2 al. 2 et 3 LEtr). Cela vaut aussi pour les étrangers qui, comme le recourant, ont d'abord été admis en Suisse selon l'art. 27 LEtr en vue d'une formation ou d'un perfectionnement. La poursuite du séjour après l'achèvement ou l'interruption de la formation ou du perfectionnement est régie, aux termes de l'art. 27 al. 3 LEtr, « par les conditions générales d'admission » prévues par la LEtr. Cela concerne notamment la situation de l'étranger qui, après un séjour au motif d'une formation ou d'un perfectionnement, compte rester en Suisse en vue de l'exercice d'une activité lucrative.

b) Le recourant ne disposant pas d'autorisation d'établissement et n'étant pas le conjoint d'une ressortissante suisse ou d'un étranger au bénéfice d'un permis de séjour ou d'établissement en Suisse, il ne peut pas invoquer un droit à l'exercice d'une activité lucrative selon l'art. 38 al. 4 ou 44 LEtr. Il y a lieu d'examiner son cas sous l'angle des art. 18 à 25 LEtr.

c) Selon l'art. 18 LEtr, un étranger peut être admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative salariée, si son admission sert les intérêts économiques du pays, son employeur a déposé une demande et les conditions fixées aux art. 20 à 25 LEtr sont remplies. Sous le titre de l'ordre de priorité, un étranger ne peut être admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative que s'il est démontré qu'aucun travailleur en Suisse ni aucun ressortissant d'un Etat avec lequel a été conclu un accord sur la libre circulation des personnes correspondant au profil requis n'a pu être trouvé (art. 21 al. 1 LEtr). Sont considérés comme travailleurs en Suisse les Suisses, les titulaires d'une autorisation d'établissement et les titulaires d'une autorisation de séjour qui ont le droit d'exercer une activité lucrative (art. 21 al. 2 let. a à c LEtr).

Le recourant ne remplit aucune des catégories de l'art. 21 al. 2 LEtr. Son autorisation de séjour a pris fin le 31 octobre 2009. De plus, elle ne lui permettait que d'une manière restreinte d'exercer une activité

lucrative, puisqu'elle lui avait été délivrée en tant qu'assistant-doctorant (cf. art. 27 LEtr ainsi que les art. 23 al. 4 et 40 al. 2 OASA [ordonnance fédérale du 24 octobre 2007 relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative; RS 142.201]). Vu l'ordre de priorité instauré par l'art. 21 al. 1 LEtr, le recourant ne pouvait donc prétendre à être admis selon cette disposition (cf. aussi les directives de l'Office fédéral des migrations [ODM] I. Domaine des étrangers, version du 30 septembre 2011, chapitre I.4, ch. 4.3.2). Même si le recourant semble remplir les conditions de l'art. 23 al. 1 LEtr (qualifications personnelles: cadres, spécialistes ou autres travailleurs qualifiés), les art. 21 et 23 al. 1 et 2 LEtr ne contiennent pas des conditions alternatives, mais cumulatives: l'ordre de priorité est applicable aux étrangers qui remplissent les conditions de l'art. 23 al. 1 et 2 LEtr.

d) Ce n'est pas parce que les autorités avaient prolongé plusieurs fois le permis de séjour en tant qu'assistant doctorant ou assistant diplômé, que le recourant pouvait prétendre à un permis de séjour pour activité lucrative (cf. TF 8C_128/2010 du 26 août 2010 consid. 5.2.1). Selon l'art. 33 al. 2 LEtr, l'autorisation de séjour est octroyée pour un séjour dont le but est déterminé. Le but défini par les précédentes autorisations, délivrées - comme indiqué - sur la base des art. 27 et 30 al. 1 let. g LEtr (formation et perfectionnement professionnel) était l'acquisition d'un doctorat ou diplôme. Il n'était donc plus le même, dès lors que le recourant comptait rester en Suisse non pas dans le premier but d'une formation ou d'un perfectionnement, mais pour accéder à un emploi à plein temps. Aux termes de l'art. 54 OASA, si une autorisation de séjour a été octroyée en vertu d'une disposition d'admission pour un séjour avec un but déterminé, une nouvelle autorisation est requise si le but du séjour change. De plus, le SPOP a toujours insisté sur le caractère temporaire du séjour (cf. indication du but de séjour: « Séjour temporaire/assistant diplômant »). Il en allait de même du texte de la loi valable jusqu'au 31 décembre 2010, selon lequel la sortie de Suisse à la fin du séjour d'études devait paraître assurée (cf. art. 27 al. 1 let. d LEtr, dans sa teneur jusqu'au 31 décembre 2010, et précédemment art. 32 let. f OLE [ordonnance du 6 octobre 1986 limitant le nombre des étrangers; RO

1986 1791], valable jusqu'au 31 décembre 2007). Cela ne change rien au fait que le recourant avait en dernier lieu (par contrat du 13 mai 2009) été engagé au taux d'occupation de 100% par l'Université de Lausanne en qualité d'assistant diplômé, sans être inscrit à une formation supérieure en Suisse. Le recourant n'a d'ailleurs, à juste titre, pas fait valoir que le SPOP et le CMTPT auraient approuvé un tel changement de statut en octroyant une prolongation du permis s'ils en avaient été dûment informés.

Certes, le recourant allègue avoir rempli en automne 2003 le questionnaire pour étudiants; le SPOP ne lui aurait par la suite plus jamais demandé de compléter ce questionnaire ou réclamé de preuve d'inscription dans une haute école. Le recourant ne prétend cependant pas avoir expliqué aux autorités à l'occasion du prolongement de son permis de séjour que ce dernier avait uniquement lieu en vue de l'exercice d'une activité lucrative et non pas (ou plus) d'une formation ou d'un perfectionnement, respectivement d'un doctorat. Au contraire, après l'acquisition du DEA, il avait été communiqué aux autorités que le recourant était assistant-doctorant, respectivement assistant diplômé. Son séjour était dès lors régi par l'art. 30 al. 1 let. g LEtr et son activité lucrative par l'art. 40 OASA, intitulé « Activité lucrative pendant une formation post-grade dans une université ou une haute école spécialisée ».

e) Depuis le 1^{er} janvier 2011, l'art. 21 LEtr contient un alinéa supplémentaire, l'alinéa 3 (RO 2010 5957; « Lex Neiryck ») selon lequel un étranger titulaire d'un diplôme d'une haute école suisse peut être admis, en dérogation à l'alinéa 1, si son activité lucrative revêt un intérêt scientifique ou économique prépondérant (phrase 1); dans cette mesure, l'étranger est même admis provisoirement pendant six mois à compter de la fin de sa formation ou de son perfectionnement en Suisse pour trouver une telle activité (phrase 2).

Cependant, au moment de la décision litigieuse, ce rajout (art. 21 al. 3 LEtr) n'existait pas encore. Mais il y avait à l'art. 30 al. 1 LEtr une disposition, selon laquelle il pouvait être dérogé aux conditions

d'admission des art. 18 à 29 LEtr dans le but de « faciliter l'exercice d'une activité lucrative aux titulaires d'un diplôme universitaire suisse, dans la mesure où l'activité revêt un intérêt scientifique prépondérant » (let. i; disposition qui a été supprimée et remplacée par l'art. 21 al. 3 LEtr au 1^{er} janvier 2011). En revanche, une admission provisoire pendant six mois n'était pas prévue avant le changement de loi au 1^{er} janvier 2011. A défaut d'une disposition de droit transitoire contraire, le droit en vigueur pendant la période pour laquelle il y a lieu de déterminer si l'étranger est apte au placement doit être appliqué (cf. ATF 127 V 466 consid. 1; 126 V 134 consid. 4b). Vu que le séjour pour formation, respectivement le perfectionnement du recourant avait pris fin bien avant le 1^{er} janvier 2011, ce dernier ne pouvait faire valoir un droit à une admission provisoire pendant six mois selon l'art. 21 al. 1 (phrase 2) LEtr. Pour le reste, la pratique en vigueur avant le 1^{er} janvier 2011, renonçait déjà, en vertu de l'art. 30 al. 1 let. i LEtr, pour les personnes concernées à l'application du principe de priorité prévu à l'art. 21 al. 1 et 2 LEtr (cf. TF 8C_479/2011 du 10 février 2012 consid. 3.2.1 et 3.2.2).

Dans cette mesure, il y a lieu de relativiser une remarque de l'intimé à ce sujet. Ce dernier laissait entendre dans sa décision sur opposition et son écriture du 23 avril 2010, que si le recourant pouvait s'attendre à recevoir une autorisation de séjour uniquement pour une activité revêtant un intérêt scientifique au regard de sa formation, c'est-à-dire en application de l'art. 30 al. 1 let. i LEtr, il devait être considéré comme pas suffisamment disponible au sens de l'art. 15 LACI. Si le doctorant ou le diplômé a trouvé un emploi adéquat au sens de l'art. 30 al. 1 let. i LEtr, respectivement la prise d'un tel emploi est imminente lors de l'inscription au chômage, il doit être considéré comme apte au placement (cf. supra consid. 4c in fine).

f) Selon la disposition d'exécution de l'art. 30 al. 1 let. i LEtr, l'art. 47 OASA (dans sa teneur jusqu'au 31 décembre 2010), des autorisations de séjour peuvent être octroyées à des étrangers titulaires d'un diplôme universitaire suisse, notamment si: a) leur activité lucrative revêt un intérêt scientifique prépondérant et sert notamment la recherche

scientifique fondamentale ou l'application de nouvelles technologies; b) il existe une demande d'un employeur selon l'art. 18 let. b LEtr. Tel n'était pas le cas puisque le recourant n'avait, malgré ses prétendues recherches intensives, pas trouvé d'employeur avant le 1^{er} novembre 2009 et pas non plus avant que l'intimé rende sa décision le 27 novembre 2009, respectivement sa décision sur opposition le 5 février 2010 (cf. supra consid. 4c in fine; TF 8C_479/2011 du 10 février 2012 consid. 3.2.2; 8C_128/2010 du 26 août 2010 consid. 5.2.1 in fine). Dans cette mesure, on ne peut d'ailleurs pas reprocher au CMTPT de ne pas s'être prononcé sur une autorisation de travail pour la période à compter du 1^{er} novembre 2009.

L'intimé a, à juste titre, considéré la perspective du recourant d'être engagé comme chercheur dès le 1^{er} avril 2010 dans le cadre d'un projet de recherche comme insuffisante. Dès lors que le projet devait encore être autorisé et financé par un fonds, cet engagement ne paraissait pas assez probable pour être déjà retenu. Il n'y avait ainsi pas non plus de demande émanant d'un employeur selon les art. 18 let. b LEtr et 47 OASA.

Dans la mesure où le recourant fait valoir que l'ASLOCA avait déposé en septembre 2010 une demande au sens de l'art. 18 let. b LEtr et qu'il avait signé avec elle un contrat de travail, ces faits se sont déroulés après la décision dont est recours et n'en affectent dès lors pas la portée (cf. consid. 3 supra). De plus, l'activité au sein de l'ASLOCA n'aurait pas revêtu un intérêt scientifique prépondérant au sens de l'art. 30 al. 1 let. i LEtr. Il s'agissait uniquement d'un remplacement pendant la maternité de la consultante d'une association de soutien aux locataires, un domaine qui ne correspond pas à la spécialité du recourant pour laquelle il avait pu séjourner en Suisse.

Pour ces mêmes raisons, la délivrance d'une autorisation sur la base de l'art. 40 OASA ne pouvait pas non plus être admise. Selon cette disposition, les étrangers qui suivent une formation post-grade dans une haute école ou une haute école spécialisée en Suisse peuvent être autorisés à exercer une activité lucrative dans leur domaine de

spécialisation scientifique s'il existe une demande d'un employeur et si les conditions de rémunération et de travail sont remplies (al. 1). L'activité lucrative ne doit pas entraver la formation post-grade (al. 2). Au moment déterminant (cf. consid. 3), il manquait une demande d'un employeur au sujet d'une activité lucrative dans le domaine de spécialisation du recourant. Par ailleurs, ce dernier n'a pas allégué toujours suivre - comme auparavant - une formation post-grade à l'Université; il serait du reste douteux qu'une activité à plein temps, de plus en-dehors d'une université, n'entrave pas une formation post-grade.

g) Vu ce qui a été dit, il n'est d'aucune importance que le recourant se soit montré, selon ses allégations, « extrêmement » et « particulièrement » actif dans ses recherches d'emploi et qu'aucun reproche n'ait jamais été adressé au recourant quant au nombre de ses recherches et à la nature des emplois envisagés. Dans cette mesure et eu égard à l'état de fait déterminant (cf. consid. 3), il n'y a pas lieu de demander la production des pièces qui se sont ajoutées au dossier de l'ORP depuis que celui-ci l'avait remis au Tribunal de céans.

h) Le recourant fait valoir que le protocole du 1^{er} mai 2003 d'entente entre le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement du Canada sur le statut juridique accordé par un pays aux ressortissants de l'autre (in: FF 2003 4796) doit faciliter l'accès au marché du travail suisse aux ressortissants canadiens. Aussi, ce protocole prévoirait l'acquisition d'un permis d'établissement aux citoyens canadiens séjournant en Suisse depuis cinq ans. Les autorités n'auraient pas tenu compte dudit protocole.

aa) Ce protocole prévoit notamment ce qui suit:

"A. Réduction du délai précédant l'octroi du statut de résident permanent

I Statut de résident permanent conféré aux ressortissants canadiens en Suisse

1. La Suisse s'efforcera d'accorder une autorisation d'établissement (permis C) en vertu de l'art. 6 de la *loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers* [LSEE, remplacée au 1^{er} janvier 2008 par la LEtr, réd.] sur demande aux citoyens canadiens

séjournant en Suisse sans interruption depuis cinq ans en qualité de résident à l'année [...].

2. Les séjours temporaires effectués à des fins d'études, de formation (stage) ou de traitement médical ne seront pas pris en compte dans le calcul de la période de cinq ans évoquée ci-dessus [...].

3. Le droit à l'autorisation d'établissement expirera si le ressortissant canadien annonce son départ définitif de Suisse ou s'il quitte la Suisse pendant plus de six mois [...].

[...]

B. Facilitations pour certaines catégories

[...]

I Introduction

La Suisse s'efforcera d'accorder un accès privilégié au marché du travail à certaines catégories professionnelles. De par les modifications apportées en 1998 à l'*ordonnance du 6 octobre 1986 limitant le nombre des étrangers*, le «modèle des trois cercles» a été remplacé par un système binaire de recrutement. En vertu de ce modèle, les citoyens de pays non membres de l'Union européenne ou de l'Association européenne de libre-échange peuvent être admis s'ils sont hautement qualifiés et si des motifs particuliers justifient une exception. Dans la pratique, le Canada étant un lieu de recrutement traditionnel des entreprises suisses, des conditions d'admission privilégiées ont continué à être accordées de manière informelle.

II Statut des citoyens canadiens en Suisse

1. La Suisse s'efforcera d'accorder aux citoyens canadiens une autorisation de séjour à l'année ou une autorisation de séjour de courte durée conformément à la législation sur les étrangers pertinente. Les personnes appartenant aux catégories suivantes pourront aussi demander ces permis même si elles ne satisfont pas dans chaque cas au critère de personnes qualifiées stipulé dans le droit suisse des étrangers: les sportifs de haut niveau, les entraîneurs sportifs, les jeunes gens au pair, les titulaires d'un diplôme universitaire sans expérience de travail, les missionnaires d'églises reconnues, les personnes exerçant une activité dans le domaine culturel et les professionnels de la santé dans le secteur hospitalier.

[...].

C. Statut légal

Le présent protocole d'entente n'a pas pour effet de créer des obligations juridiques et ne modifiera ni ne remplacera les lois ou règlements en vigueur en Suisse ou au Canada. Il ne créera aucun droit exécutoire à l'égard des particuliers et n'imposera aucune

obligation ni restriction aux autorités législatives ou judiciaires des deux gouvernements [...]."

bb) A titre liminaire, il convient de relever que ce protocole ne crée pas d'obligations juridiques, pas plus qu'il ne remplace ou modifie la législation interne, et ne fonde aucun droit exécutoire en faveur des particuliers (cf. let. C du protocole).

Cela étant, le recourant ne fait partie d'aucune des catégories de personnes énumérées à la let. B ch. II par. 1 du protocole. Ce protocole sert à rendre possible la prise d'un emploi aussi aux ressortissants canadiens qui ne satisfont pas au critère, visé à l'art. 23 LEtr, de personnes qualifiées (cf. aussi directives susmentionnées de l'Office fédéral des migrations [ODM], ch. 4.8.7). Le recourant a lui-même insisté sur le fait qu'il satisfaisait aux exigences de l'art. 23 LEtr et qu'il n'est pas titulaire d'un diplôme universitaire sans expérience de travail. Mais même dans le cas contraire et même si les rapports entre la Suisse et le Canada prévoyait de renoncer à l'ordre de priorité selon l'art. 21 LEtr (cf. let. B ch. I du protocole), le recourant ne pourrait pas en déduire un droit face à l'assurance-chômage.

Pour le reste, ce protocole doit faciliter la prise d'emploi en soi, mais pas déjà la recherche d'un emploi en octroyant un droit à des prestations de l'assurance-chômage (cf. aussi let. C du protocole). C'est au recourant, qui change de but de séjour selon l'art. 54 OASA, de présenter un emploi. Le protocole ne change rien à ce qui a été dit ci-dessus aux considérants 4c ainsi que 5e et 5f.

En ce qui concerne l'octroi d'un permis d'établissement - avec droit à exercer une activité lucrative selon l'art. 38 al. 4 LEtr - après un séjour sans interruption de cinq ans, le recourant oublie de mentionner que, selon le protocole (let. A ch. I par. 2), les séjours temporaires effectués à des fins d'études ou de formation ne sont pas pris en compte dans le calcul de la période de cinq ans. D'ailleurs, le recourant n'avait pas déposé de demande de permis d'établissement.

i) Le recourant soulève le grief d'une discrimination ou d'une inégalité de traitement fondée uniquement sur sa nationalité, ce qui serait prohibé selon l'art. 8 Cst. (Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999; RS 101). A cet égard, il invoque également l'art. 16 de la Convention internationale n° 44 du 23 juin 1934 assurant aux chômeurs involontaires des indemnités ou des allocations (RS 0.837.411; cf. aussi FF 1935 I 989, notamment p. 1001 s.). Selon cette disposition, qui est en principe aussi valable en Suisse pour les ressortissants d'Etats qui, comme le Canada, n'ont pas ratifié cette Convention, les étrangers doivent avoir droit aux indemnités et allocations « dans les mêmes conditions que les nationaux ». Le recourant fait valoir qu'il aurait séjourné légalement et travaillé pendant cinq ans en Suisse en payant des contributions à la caisse-chômage au même titre et sur la même base que les ressortissants suisses. Il invoque, en outre, deux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme (Gaygusuz c. Autriche du 16 septembre 1996 et Andrejeva c. Lettonie du 18 février 2009).

Le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de confirmer le refus de prestations de l'assurance-chômage à un étranger dans une situation similaire au recourant et malgré le versement de contributions aux assurances sociales pendant presque huit ans (cf. TF 8C_128/2010 du 26 août 2010 consid. 5.2.2). L'assurance-chômage paie des indemnités à toute personne qui a en principe le droit de séjourner et travailler en Suisse et qui remplit les autres conditions selon la LACI. Dans cette mesure, il n'est pas fait de distinction entre ressortissants étrangers et suisses, contrairement aux situations qui ont été jugées par la Cour européenne des droits de l'homme. La condition d'un droit de séjour et de travail apparaît, cependant, comme un motif raisonnable qui justifie une différence de traitement. Certes, cette condition ne touchera régulièrement pas les Suisses, mais des étrangers. Il est aussi vrai que le recourant a versé pendant un certain temps des parts à l'assurance-chômage. Le recourant savait toutefois depuis le début de son séjour et de la prise d'un emploi à l'Université de Lausanne qu'il n'avait qu'une autorisation temporaire et que, sans changement essentiel de sa situation, il n'aurait pas le droit de rester en Suisse une fois le but de son séjour,

qu'il avait porté à la connaissance des autorités, atteint (cf. consid. 5d supra). La situation aurait pu être différente s'il avait acquis un droit de séjour et de travail par exemple à la suite d'un mariage (cf. art. 46 LEtr), à l'acquisition d'un permis d'établissement ou de la nationalité suisse ou d'un Etat de l'Union européenne, ou si le but déclaré de son séjour avait d'emblée été l'exercice d'une activité lucrative.

j) Vu les considérants qui précèdent, la réquisition du recourant d'interpeller le SPOP, afin que celui-ci se prononce sur la question de savoir s'il estime que le recourant pouvait s'attendre à obtenir une autorisation de travail au cas où il trouverait un emploi convenable, doit être rejetée. D'ailleurs, ce n'est pas au SPOP de se prononcer sur les autorisations de travail. Il statue sur les autorisations de séjour.

6. Pour terminer, il sera rappelé que le droit à l'indemnité de chômage dépend également de la condition supplémentaire que l'étranger soit domicilié en Suisse (art. 8 al. 1 let. c LACI). Dans le domaine de l'assurance-chômage, cette condition connaît selon la LACI une particularité par rapport aux définitions du domicile selon les art. 13 LPGA et 23 ss CC (code civil suisse du 10 décembre 1907; RS 210). Aux termes de l'art. 12 LACI, les étrangers sans permis d'établissement sont réputés domiciliés en Suisse, en dérogation à l'art. 13 LPGA, aussi longtemps qu'ils y habitent, s'ils sont au bénéfice d'une autorisation de séjour leur permettant d'exercer une activité lucrative soit d'un permis de saisonnier. Comme le recourant ne disposait plus de permis de séjour dès le 1^{er} novembre 2009, la condition du domicile selon l'art. 8 al. 1 let. c en relation avec l'art. 12 LACI pour un droit à l'indemnité de chômage n'était pas non plus remplie (cf. récemment TF 8C_479/2011 du 10 février 2012 consid. 2.2 et 3.2.3 concernant un ressortissant russe avec permis de séjour en tant que doctorant et assistant à l'université). Vu ce qui a été dit au considérant 5 ci-dessus, il n'est pas possible de déroger à ce principe (cf. TFA du 24 janvier 1997 in DTA 1996/97 p. 183 ch. 33). L'art. 59 al. 2 OASA, qui permet à l'étranger concerné de séjourner en Suisse pendant la procédure de prolongation de son permis, n'y change rien.

7. En conséquence, l'intimé a nié à juste titre au recourant l'aptitude au placement et refusé des indemnités de chômage. Partant, le recours doit être rejeté, ce qui conduit à la confirmation de la décision attaquée.

8. Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires, la procédure étant gratuite (art. 61 let. a LPGA), ni d'allouer de dépens, le recourant n'ayant pas obtenu gain de cause (art. 61 let. g LPGA et 55 LPA-VD).

9. Le recourant a obtenu, au titre de l'assistance judiciaire, la commission d'office d'un avocat (art. 118 al. 1 let. c CPC [code fédéral de procédure civile du 19 décembre 2008; RS 272] par renvoi de l'art. 18 al. 5 LPA-VD). Lorsqu'une partie au bénéfice de l'assistance judiciaire succombe, comme c'est le cas en l'occurrence, le conseil juridique commis d'office est rémunéré équitablement par le canton (art. 122 al. 1 let. a CPC par renvoi de l'art. 18 al. 5 LPA-VD). Cela a déjà eu lieu par une décision séparée du Tribunal vu que le recourant a renoncé en cours de procédure à son conseil (cf. supra let. I et K), raison pour laquelle il n'est plus nécessaire de fixer la rémunération de l'avocat d'office dans le présent arrêt. Il est néanmoins rappelé au recourant que cette rémunération est provisoirement supportée par le canton et que le recourant est tenu de rembourser le montant dès qu'il est en mesure de le faire (art. 123 al. 1 CPC par renvoi de l'art. 18 al. 5 CPC). Il incombe au Service de justice et législation de fixer les conditions de remboursement (art. 5 RAJ [règlement cantonal vaudois sur l'assistance judiciaire en matière civile du 7 décembre 2010; RSV 211.02.3]) en tenant compte des montants payés à titre de franchise depuis le début de la procédure.

**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 5 février 2010 par le Service de l'emploi du canton de Vaud est confirmée.

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

IV. Le bénéficiaire de l'assistance judiciaire est, dans la mesure de l'art. 123 CPC applicable par renvoi de l'art. 18 al. 5 LPA-VD, tenu au remboursement de l'indemnité du conseil d'office mise à la charge de l'Etat.

Le président :

Le greffier :

Du

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

- M. T. _____,
- Service de l'emploi, Instance Juridique Chômage,
- Secrétariat d'Etat à l'économie,

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 :