

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 10 mai 2012

Présidence de Mme THALMANN
Juges : M. Métral et Mme Brélaz Braillard
Greffier : M. Bohrer

* * * * *

Cause pendante entre :

M. _____, à [...], recourant, représenté par Me Antoine Bagi, avocat à Lausanne,

et

CAISSE CANTONALE DE CHÔMAGE DIVISION JURIDIQUE, à Lausanne, intimé.

Art. 71a al. 1, 71b al. 1 et 71d al. 1 LACI ; 95a OACI

E n f a i t :

A. M. _____ (ci-après : l'assuré ou le recourant) a été mis au bénéfice d'un délai-cadre d'indemnisation par la Caisse cantonale de chômage, agence du Chablais, dès le 1^{er} août 2008. Il recherchait une activité à un taux de 83.33 %, soit 35 heures par semaine. Du 2 mars 1981 au 31 juillet 2008, l'assuré a travaillé dans l'entreprise [...] en qualité de collaborateur du service logistique. Son taux d'activité était de 83.33 % et son salaire annuel de 49'545 francs brut.

Le 31 juillet 2008, l'avocat A.J. _____ a signé l'attestation suivante :

"Je, soussigné, A.J. _____, administrateur de la société de A. _____ SA qui est propriétaire de l'hôtel [...], sis rue des [...] à [...], atteste que

M. _____, né en 1962,

reprendra l'exploitation dudit hôtel dès le mois de janvier 2009 et ce, en qualité de gérant indépendant. Les modalités relatives à l'exploitation de cet établissement feront l'objet d'un contrat séparé et devront encore être déterminées d'un commun accord."

Le 6 octobre 2008, l'Office régional de placement de [...] (ci-après : ORP) a reçu une demande de soutien aux assurés qui entreprennent une activité indépendante (ci-après : SAI). L'assuré mentionnait que le début de la phase d'élaboration du projet était le 1^{er} octobre 2008, la durée de la mesure étant de 3 mois et le démarrage de l'activité indépendante prévue au 1^{er} janvier 2009. Dans le questionnaire annexe, l'assuré, titulaire de la licence d'exploitation pour établissement hôtelier et débit de boissons, a indiqué que l'activité projetée était la reprise de l'exploitation d'un hôtel. Il visait comme clientèle des entreprises et le tourisme, prévoyant la prise de contact avec ses clients par internet, en particulier. Il mentionnait en outre avoir déjà pris un engagement concernant les locaux dont il aurait besoin, qu'il n'y avait pas besoin de les aménager, ni d'acquérir du matériel, qu'il n'avait pas encore pris d'engagement en relation avec son projet tel que des mandats ou

contrats de sous-traitance. Il indiquait également que l'exploitation hôtelière était déjà inscrite au registre du commerce, qu'il n'avait pas prévu de s'associer avec d'autres personnes et n'avait encore pas défini le personnel à engager.

Le 9 octobre 2008, l'ORP a rendu la décision suivante :

"Les démarches que vous devez encore entreprendre avant d'être en mesure d'exercer l'activité indépendante projetée ne justifient pas l'octroi de nonante indemnités journalières. Nous vous accordons, toutefois, les indemnités correspondant au nombre de jours nécessaires à la finalisation de votre projet.

Pour autant que les autres conditions dont dépend le droit à l'indemnité soient remplies et jusqu'à concurrence de votre droit maximum aux indemnités journalières, vous avez droit, du **01.10.2008 au 31.12.2008**, à **66.0** indemnités journalières au maximum, octroyées pendant la phase d'élaboration de votre projet.

Tout gain intermédiaire autorisé selon chiffre K 13 de la Circulaire MMT et réalisé pendant le SAI doit être dûment mentionné sous la rubrique remarque.

Pendant la période durant laquelle vous percevez ces indemnités journalières, vous êtes libéré des obligations prévues à l'article 17 LACI (devoirs, prescriptions de contrôle et recherches de travail) et n'avez pas à être apte au placement.

(...)

Au terme de la phase d'élaboration du projet, mais au plus tard lorsque vous toucherez la dernière indemnité journalière, vous transmettez à votre ORP un bref rapport, précisant si vous entreprenez ou non l'activité indépendante :

- si vous entreprenez l'activité indépendante, le délai-cadre pour l'octroi ultérieur d'éventuelles indemnités journalières sera étendu à 4 ans, c'est-à-dire prolongé de 2 ans. Ceci n'augmentera toutefois pas votre droit total aux indemnités de chômage, mais seulement le temps pendant lequel vous pourrez éventuellement y prétendre.
- si vous n'entreprenez pas, par votre propre faute, l'activité indépendante, vous risquez de subir une suspension de votre droit à l'indemnité de chômage."

Cette décision comporte la mention des voies de droit.

Par lettre des 8 janvier et 21 janvier 2009, l'ORP a rappelé à l'assuré qu'il lui appartenait de l'informer de l'issue de la phase

d'élaboration de son projet et de son intention d'entreprendre ou non une activité indépendante.

Le 27 janvier 2009, l'assuré a informé l'ORP qu'il avait été prévu l'année précédente qu'il reprenne l'exploitation de l'hôtel [...] en qualité de gérant indépendant dès le mois de janvier 2009 mais que suite à certaines circonstances, il avait été convenu avec la société A. _____ SA, propriétaire de l'hôtel, qu'il soit engagé comme employé de cette société à temps partiel, pendant les premiers mois, afin de se perfectionner dans la pratique de cette activité, nouvelle pour lui, avec les anciens responsables de l'hôtel, cette activité à temps partiel débutant au mois de février 2009.

Le 9 février 2009, l'ORP a informé la Caisse cantonale de chômage, agence du Chablais, du fait que l'assuré, qui avait été au bénéfice d'une mesure SAI du 1^{er} octobre au 31 décembre 2008, souhaitait bénéficier d'un gain intermédiaire dès le 1^{er} février 2009 et lui demandait de se déterminer à ce sujet.

Une convention datée du 17 février 2009 a été conclue entre A. _____ SA et l'assuré. Elle mentionne ce qui suit :

"Il est préliminairement exposé

que la société A. _____ SA exploite un hôtel sans restaurant sauf service de petit-déjeuner dans ses locaux, rue des [...] à [...],

que cette exploitation est dirigée par son employé M. [...],

que ce dernier ne dispose pas personnellement des autorisations administratives exigées,

que par conséquent M. _____, détenteur d'une telle autorisation, est disposé à assurer également en qualité d'employé les tâches qui en découlent,

que à partir du 1^{er} juillet 2009, M. _____ reprendra la direction de l'hôtel et qu'à cet effet les parties concluront de nouveaux accords.

cela exposé, parties conviennent de ce qui suit :

- I- M._____ est engagé avec effet rétroactif au 1^{er} février 2009 pour assumer la direction responsable de l'exploitation hôtelière.
- II- Il s'oblige à une présence hebdomadaire de 14 heures au minimum dans les locaux, répartie par tranches à son choix.
- III- Sa rémunération mensuelle est de CHF 1'300.- (mille trois cents francs suisses), payables en fin de mois.
- IV- L'engagement est conclu pour la période s'achevant le 30 juin 2009.
- V- Tous autres engagements, devoirs et charges sont réglés selon le droit applicable.
- VI- For juridique : les tribunaux compétents à Lausanne, avec, au besoin, élection de domicile des parties au greffe du Tribunal d'arrondissement au même lieu."

Par courrier du 29 avril 2009, l'avocat B.J._____ a écrit à la Caisse cantonale de chômage, agence du Chablais, notamment ce qui suit :

"En me consultant, M._____ me remet la copie de la lettre que vous adressait le 9 février 2009 l'Office régional de placement à [...].

Cette communication fait état d'une information inexacte qui m'oblige à vous écrire pour clarifier une situation qui par ailleurs n'est pas complexe.

La lettre précise que du 1^{er} octobre au 31 décembre 2008 mon client aurait bénéficié d'un "soutien à l'activité indépendante" reprise d'un hôtel. Or il n'en a jamais été question. A l'époque il a été prévu que M._____ travaillerait comme gérant, c'est-à-dire en qualité **d'employé** au service de la société A._____ SA pour diriger l'hôtel [...] appartenant à cette dernière. L'activité envisagée n'était donc rien moins qu'indépendante.

En fait cette activité n'a même pas été annoncée, M._____ n'ayant été engagé, à temps partiel par la société, qu'à partir du 1^{er} février 2009 en qualité de répondant administratif de l'exploitation en qualité de détenteur d'une patente. Évidemment, c'est une activité dépendante. C'est donc par erreur que l'ORP de [...] a accordé "un soutien à l'activité indépendante" alors qu'il aurait dû recevoir pour l'époque en cause une simple indemnité de chômage.

Il me semble de plus que l'activité dépendante depuis le 1^{er} février n'assurant à mon client qu'une rémunération modique, son indemnité de chômage devrait lui être reconduite, réduite à due concurrence."

Selon le formulaire "dossier à annuler" l'assuré a trouvé un travail dès le 1^{er} juillet 2009 en qualité de directeur d'hôtel dans la société A. _____ SA à [...]. Par lettre du 6 juillet 2009, l'ORP a confirmé à l'assuré l'annulation de son inscription au 6 juillet 2009.

Par décision du 10 juillet 2009, la Caisse cantonale de chômage, agence du Chablais, a refusé de donner suite à l'indemnisation de l'assuré dès le 1^{er} janvier 2009.

A la suite de l'opposition de l'assuré, la Caisse cantonale de chômage, Division juridique (ci-après : la caisse ou l'intimée), a rendu le 26 mars 2010 une décision sur opposition confirmant la décision du 10 juillet 2009. Elle a considéré en substance qu'au moment où l'ORP avait statué sur la demande de SAI, il était clairement question de l'exploitation d'un hôtel par l'assuré en tant qu'indépendant dès janvier 2009. Elle a en outre constaté qu'à l'issue du projet d'élaboration, l'assuré n'avait pas entrepris l'activité indépendante prévue mais avait dans un premier temps travaillé comme salarié de l'hôtel dont il était question dans le projet. Elle a dès lors retenu que le but des mesures SAI étant que l'assuré entreprenne une activité indépendante et qu'il sorte ainsi du chômage et que ce serait contrevenir au principe même de la mesure SAI de lui verser des indemnités compensatoires pour une activité salariée dans le domaine du projet et à plus forte raison dans la société dont il était question dans le projet.

B. Le 11 mai 2010, M. _____, représenté par son conseil, a recouru contre cette décision en concluant avec dépens principalement à son annulation, le recourant ayant droit aux indemnités de chômage avec effet au 1^{er} août 2008 et subsidiairement au renvoi de la cause à la caisse pour nouvelle instruction et décision. Le recourant soutient en substance que l'attestation établie le 31 juillet 2008 par la société A. _____ SA n'a été qu'une déclaration d'intention dès lors que les parties étaient convenues d'établir un contrat séparé dont les modalités qui avaient trait à l'exploitation de l'hôtel devaient être encore déterminées d'un commun accord, mais qu'aucun projet d'un tel contrat n'avait été préparé ni produit

à l'ORP pour la raison qu'il n'était plus question pour les parties que le recourant reprenne l'exploitation de cet hôtel à titre de gérant indépendant. Il ajoute qu'en conséquence le 17 février 2009, une convention a été signée entre les parties selon laquelle le recourant a été engagé avec effet rétroactif au 1^{er} février 2009 pour assumer la direction de l'exploitation hôtelière en qualité d'employé, cet engagement ayant été conclu pour une période s'achevant aux 30 juin 2009. Il allègue qu'à partir du mois suivant, le recourant devait reprendre toujours en qualité d'employé la direction de l'hôtel à de nouvelles conditions qui devaient faire l'objet de nouveaux accords. Il soutient dès lors que l'ensemble des rapports juridiques qui a lié et lie toujours la société A. _____ SA et le recourant ressort exclusivement du contrat de travail. Le recourant allègue ainsi n'avoir jamais exercé une activité à titre d'indépendant à l'issue d'une phase d'élaboration qui n'a jamais eu lieu et qu'il n'a jamais cherché à exercer une activité salariée à temps partiel en raison d'une mauvaise marche de ses affaires. Il ajoute que selon la convention du 17 février 2009, il devait reprendre la direction de l'hôtel en tant qu'employé de A. _____ SA et que c'est ainsi à tort que les prestations de chômage ne lui ont pas été allouées pour la période du 1^{er} février aux 30 juin 2009. Il ajoute qu'il n'y a jamais eu de phase d'élaboration d'un quelconque projet et d'autre part que le recourant a renoncé définitivement à son statut d'indépendant par la signature du contrat de travail du 17 février 2009.

Dans sa réponse du 15 juin 2010, l'intimée, se fondant sur le chiffre K72 de la circulaire relative aux mesures du marché du travail (ci-après : MMT) émise par le Secrétariat d'Etat à l'économie, a conclu au rejet du recours.

Par ordonnance du 16 juin 2010 un délai au 7 juillet 2010, prolongé au 26 août 2010, a été imparti au recourant pour fournir ses explications complémentaires et produire notamment toutes pièces éventuelles.

Dans sa réplique du 26 août 2010, le recourant a maintenu n'avoir jamais exercé une activité en tant qu'indépendant à l'hôtel [...]. Il soutient que c'est par erreur que l'ORP lui a accordé un soi-disant soutien à l'activité indépendante alors qu'il aurait dû percevoir de simples indemnités de chômage en lieu et place des indemnités journalières SAI. Il ajoute que compte tenu du fait que l'ORP n'aurait pas dû accorder un soutien à l'activité indépendante au recourant, les indemnités SAI touchées indûment devront être compensées, le cas échéant restituées. Il ajoute que la demande de soutien à l'activité indépendante n'est pas signée et que formellement elle n'a aucune valeur sur le plan juridique alors que c'est sur cette base que l'ORP a pris sa décision du 9 octobre 2008.

Dans sa duplique du 10 septembre 2010, l'intimée a indiqué que la décision du 9 octobre 2008 avait été prise par l'ORP, compétent pour décider de l'octroi de mesures relatives au marché du travail et que la caisse n'avait pas à revenir sur cette décision. Elle a ajouté que si le recourant entendait contester le bien-fondé de celle-ci, il devait s'adresser directement à l'autorité concernée et relevé enfin que le recourant avait valablement revendiqué l'octroi des indemnités SAI par le biais des formulaires ad hoc.

E n d r o i t :

1. a) Selon les dispositions de la LPGA (loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales ; RS 830.1), les décisions sur opposition et celles contre lesquelles la voie de l'opposition n'est pas ouverte sont sujettes à recours auprès du tribunal des assurances compétent (art. 56 et 58 LPGA). Le recours doit être déposé dans les trente jours suivant la notification de la décision sujette à recours (art. 60 al. 1 LPGA).

Dans le cas présent, le recours a été formé en temps utile et dans le respect des formalités prévues par la loi (art. 61 let. b LPGA notamment), de sorte qu'il est recevable.

b) La LPA-VD (loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative ; RSV 173.36), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009, 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).

2. Dans le domaine des assurances sociales, 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, c'est-à-dire présentent un degré de vraisemblance prépondérante. Il ne suffit pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible. Parmi tous les éléments de faits allégués ou envisageables, le juge doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables (ATF 121 V 45, consid. 2a, spéc. p. 47).

En présence de deux versions différentes et contradictoires d'un fait, la préférence doit être accordée à celle que l'assuré a donnée alors qu'il en ignorait peut-être les conséquences juridiques, les explications nouvelles pouvant être consciemment ou non le fruit de réflexions ultérieures (ATF 121 V 45 consid. 2a, spéc. p. 47).

3. Il y a lieu d'examiner si le recourant a droit à des indemnités journalières de chômage jusqu'à fin juin 2009, le recourant n'étant plus inscrit au chômage depuis le mois de juillet 2009.

a) L'art. 71a al. 1 LACI (loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.0) prévoit que l'assurance peut soutenir l'assuré au chômage ou sur le point de l'être, qui projette d'entreprendre une activité indépendante durable, par le versement de 90 indemnités journalières spécifiques au

plus durant la phase d'élaboration du projet. Les conditions de l'existence de ce droit sont énumérées à l'art. 71b al. 1 LACI.

Selon l'art. 95a OACI (ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.02) est réputée phase d'élaboration du projet le laps de temps nécessaire à l'assuré pour planifier et préparer une activité indépendante (première phrase). Cette définition correspond à la volonté du législateur, de sorte qu'un droit à des indemnités spécifiques n'existe plus à partir du moment où débute l'activité indépendante (TF arrêt non publié du 23 avril 1999 [C 407/97]). En effet, les indemnités de chômage n'ont pas pour but, de manière générale, de financer le manque d'occupation de la personne qui commence une activité indépendante. Le contraire reviendrait à remplacer les risques de perte liés au manque d'occupation dans sa nouvelle activité par des indemnités de chômage. Or, ceci est totalement étranger à la volonté du législateur d'encourager la prise d'une activité indépendante (TFA C 234/01 du 19 août 2002 et les références citées).

A l'issue de la phase de planification, l'assuré fait savoir par écrit à l'autorité cantonale désignée dans la décision d'octroi d'indemnités journalières s'il entreprend ou non l'activité indépendante projetée (art. 71d al. 1 LACI). Dans l'affirmative, l'autorité cantonale transmet l'avis à la caisse de chômage de l'assuré à titre d'information. L'assuré qui, après la phase d'élaboration du projet, n'entreprend pas l'activité indépendante et désire à nouveau obtenir des prestations de l'assurance-chômage ne peut percevoir de gain intermédiaire dans le domaine du projet soutenu, (ch. K72 MMT ; Boris Rubin, Assurance-chômage, 2^{ème} éd., Zurich 2006, pp. 655 - 656).

b) En l'occurrence, une décision a été rendue le 9 octobre 2008 par l'ORP accordant une mesure SAI au recourant. Cette décision est entrée en force. Le recourant n'a pas déposé de demande de reconsidération auprès de cette autorité. La décision rendue le 9 octobre 2008 lie donc la Cour de céans et la question de l'octroi de cette mesure ne saurait dès lors être examinée dans le cadre de la présente procédure.

On peut ajouter que même si cette question pouvait être examinée, cela n'aurait aucune incidence sur l'issue du litige. En effet, l'attestation établie le 31 juillet 2008 par l'avocat A.J._____ mentionne expressément que le recourant reprendrait l'exploitation de l'hôtel dès le mois de janvier 2009 en qualité de gérant indépendant. Le recourant a déposé une demande de SAI le 6 octobre 2008, dans laquelle il donne les détails concernant sa future activité et confirme que le début de l'activité indépendante était prévue le 1^{er} janvier 2009. Cette demande n'est certes pas signée mais le recourant ne nie pas en être l'auteur. Le recourant n'a d'ailleurs pas remis en cause la décision rendue le 9 octobre 2008 en déposant une opposition, ni même dans sa lettre du 27 janvier 2009, se limitant à expliquer que suite à certaines circonstances, il était engagé comme employé de la société propriétaire de l'hôtel à temps partiel pendant les premiers mois afin de se perfectionner dans la pratique de cette nouvelle activité pour lui avec les anciens responsables de l'hôtel. Ce n'est que le 24 avril 2009, par l'intermédiaire de l'avocat B.J._____ qu'il a prétendu qu'une activité indépendante n'avait jamais été envisagée. Au degré de la vraisemblance prépondérante, la décision rendue le 9 octobre 2008 par l'ORP apparaît ainsi fondée.

c) Il est établi que depuis février 2009, le recourant a travaillé comme employé de la société propriétaire de l'hôtel [...], alors qu'il a été au bénéfice d'une mesure SAI en vue de l'exploitation de cet hôtel en tant que gérant indépendant. Ainsi, après la phase d'élaboration du projet, le recourant, qui n'a pas repris d'activité indépendante, perçoit un gain dans le domaine du projet soutenu. Il n'a dès lors pas droit à des indemnités journalières.

La décision sur opposition rendue le 26 mars 2010 par l'intimée est ainsi conforme au droit.

4. a) Au vu de ce qui précède, le recours doit être rejeté et la décision attaquée confirmée.

b) 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'obtenant pas gain de cause (art. 61 let. g LPGA et art. 55 LPA-VD).

**Par ces motifs,
la Cour des assurances sociales
prononce :**

- I. Le recours est rejeté.

- II. La décision sur opposition rendue le 26 mars 2010 par la Caisse cantonale de chômage, Division juridique, est confirmée.

- III. Le présent arrêt est rendu sans frais ni dépens.

La présidente :

Le greffier :

Du

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

- Antoine Bagi, avocat, (pour M. _____),
- Caisse cantonale de chômage Division juridique,
- 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 :