

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 11 juin 2014

Présidence de Mme RÖTHENBACHER
Juges : Mmes Thalmann et Di Ferro Demierre
Greffière : Mme Saghini

Cause pendante entre :

F. _____, à [...], recourant,

et

SERVICE DE L'EMPLOI, INSTANCE JURIDIQUE CHÔMAGE, à Lausanne,
intimé.

Art. 15 al. 1 LACI

E n f a i t :

A. F._____ (ci-après : l'assuré ou le recourant), né en 1965, a travaillé en qualité de professeur au sein de N._____, entre le 1^{er} septembre 2004 et le 31 janvier 2010. Il s'est inscrit comme demandeur d'emploi dès le 25 janvier 2010 auprès de l'Office régional de placement de [...] (ci-après : l'ORP) et a revendiqué l'octroi de prestations de l'assurance-chômage (ACH) à 100 % à compter du 1^{er} février 2010.

Par courrier du 24 février 2010, le Service de l'emploi, Instance juridique chômage (ci-après : le SDE), a informé l'assuré d'un examen de son aptitude au placement puisqu'il était inscrit au Registre du commerce du canton de Vaud comme associé-gérant des sociétés à raison limitée X._____ Sàrl et R._____ Sàrl.

Le 23 mars 2010, l'aptitude au placement de l'assuré a finalement été reconnue au motif que le temps consacré à ces sociétés était négligeable et que l'intéressé était disponible pour un emploi à plein temps.

Le 7 juin 2010, l'assuré a signé un contrat de durée déterminée, pour la période du 26 juillet au 10 décembre 2010, avec l'Ecole B._____ pour un total de 270 périodes.

Par courrier du 24 mars 2011, le SDE a informé l'assuré d'un nouvel examen de son aptitude au placement, en raison du fait que, selon un extrait du registre du commerce, ce dernier était administrateur-président, avec signature collective à deux, de la société anonyme C._____ SA, inscrite le 3 février 2011. Cette société a comme but la formation, le coaching et l'éducation des personnes actives dans les domaines de la gastronomie et de l'hôtellerie ainsi que de particuliers et le commerce de biens en lien avec et utiles au but éducatif.

Dans un procès-verbal d'entretien du 1^{er} avril 2011, l'assuré a indiqué avoir reçu un courrier du SDE en rapport avec la société inscrite au registre du commerce. Il a expliqué que le but était d'ouvrir un bar avec une salle de cours et d'organiser des cours de barman proposés aux étudiants des écoles hôtelières ou autres. Des travaux étaient effectués et l'intéressé prévoyait l'ouverture de cette école en mai. Il a indiqué qu'il serait rémunéré comme indépendant quand il donnerait les cours. Il a également rapporté qu'il n'avait pas investi d'argent ; il sera responsable de donner des cours, mais aussi de faire la prospection pour le recrutement des futurs élèves. Enfin, il a indiqué que si l'école ouvrait effectivement en mai, il demanderait la fermeture de son dossier chômage.

En réponse à la lettre du 24 mars 2011 du SDE, l'assuré a écrit, le 14 avril 2011, qu'en octobre 2010, K. _____ et lui-même avaient trouvé un local idéal pour permettre l'ouverture d'une école de bar dans la région de [...]. Les deux hommes avaient alors signé un contrat de bail et trouvé des investisseurs pour en financer la construction. L'assuré a expliqué qu'il ne serait pas employé de sa société, mais qu'il devait percevoir - ainsi que K. _____ - une commission par élève. Il a aussi indiqué n'avoir jamais cessé de rechercher un emploi car il n'y avait aucune garantie de succès pour la société et qu'il était toujours désireux de trouver un emploi à temps plein ou à temps partiel. A cet égard, il a exposé être disponible à 100 % pour l'exercice d'une activité salariée et vouloir toujours trouver un emploi d'enseignant à temps plein en école hôtelière ou un poste de consultant dans une compagnie hôtelière. Il a précisé, en cas d'intérêt d'un employeur, vouloir démissionner de son rôle d'administrateur-président ; il était aussi totalement disponible pour participer à une mesure. Il a souligné le fait qu'il n'y avait pas de personnel dans la société C. _____ SA et qu'elle n'était pas affiliée à une caisse AVS. Il a encore ajouté avoir l'intention de commencer une activité à 100 % à partir du 1^{er} mai 2011 dans la société en question, date prévue pour la fin des travaux dans le local loué. À l'appui de sa missive, F. _____ a produit le contrat de bail qu'il a signé conjointement avec K. _____ pour un local, ce bail devant débuter le 1^{er} novembre 2010 et se

terminer le 31 mars 2016. Il a en outre fourni un avis de crédit au nom de la société pour un montant de 40'000 fr. versés par un certain Z._____, ainsi qu'un autre avis de crédit pour un montant de 10'000 fr. versés par un dénommé T._____.

B. Par décision du 15 avril 2011, le SDE a rendu une décision d'inaptitude au placement de F._____ dès le 27 octobre 2010. Il invoquait en substance l'inscription au registre du commerce de l'assuré en qualité d'administrateur-président de la société C._____ SA, ainsi que le fait qu'il ressortait de ses déclarations qu'il se consacrait depuis octobre 2010 à la société, qu'il avait déclaré qu'il augmenterait son activité à 100 %, au sein de cette dernière dès le 1^{er} mai 2011, soit dès le terme des travaux. Partant, ces éléments démontraient que l'assuré n'était pas prêt à renoncer à son entreprise. Même si celui-ci affirmait être disponible pour une activité salariée à 100% et qu'il effectuait des recherches d'emploi, cela ne permettait pas d'attester d'une volonté de prise d'un emploi durable.

Par décision du 19 avril 2011, la Caisse cantonale de chômage a demandé à l'assuré la restitution du montant total de 11'524 fr. 55, représentant les indemnités versées pour les mois de décembre 2010, janvier et février 2011.

Le 24 mai 2011, l'assuré a formé opposition contre la décision d'inaptitude au placement du 15 avril 2011. Il a pour l'essentiel expliqué qu'il n'était pas « contraire à la loi sur l'assurance-chômage d'être directeur d'une compagnie tant que ses revenus sont déclarés », précisant n'avoir pas perçu de revenus - et qu'il n'en percevrait pas - en raison de son titre de directeur de ladite compagnie. Il a soutenu qu'il ne devrait participer qu'à une assemblée annuelle des actionnaires, de même que s'occuper de l'administration du côté business, soit environ deux heures par mois prises sur son temps libre. Pour lui, son nom sur le contrat de bail signifiait simplement qu'il était une personne de contact. Il a indiqué qu'au moment de la signature du bail en question il travaillait à temps partiel à l'Ecole hôtelière de D._____ avec une « semi-promesse d'un emploi

futur à plein temps à partir de janvier 2011 ». Enfin, ce n'est qu'en décembre 2010 qu'il avait été informé que son contrat ne serait pas renouvelé à cause d'un manque d'étudiants.

Le 3 octobre 2011, H._____, comptable de la société C._____ SA a, en réponse à une sollicitation du SDE du 30 septembre 2011, indiqué que la société n'était inscrite à aucune caisse de compensation puisqu'elle n'avait pas d'employés. Il précisait également que la construction de l'école s'était achevée avec beaucoup de retard au début du mois de juin 2011 et qu'aucune activité ne s'y était déroulée. Les associés n'avaient pas de contrat avec la société et ne percevaient pas de salaire ; leur fonction était de superviser et d'approuver les rapports financiers du comptable et de présider une assemblée générale annuelle.

S'agissant des recherches d'emploi, l'assuré en effectuait une moyenne de quatre par mois, parfois plus, parfois moins, dont certaines concernaient des postes à l'étranger. Le 11 octobre 2011, le SDE a annulé l'inscription de F._____ auprès de l'ORP au motif que l'assuré avait retrouvé un emploi à plein temps en tant que directeur et gérant d'un restaurant à [...].

Par décision sur opposition du 7 novembre 2011, le SDE a rejeté l'opposition formée par l'assuré et a confirmé la décision d'inaptitude au placement prononcée le 15 avril 2011.

C. Par acte du 5 décembre 2011, F._____ a recouru auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal contre la décision sur opposition précitée, en concluant implicitement à son annulation. Il explique une nouvelle fois qu'au moment où le projet a été initié, il était employé par l'Ecole B._____ à temps partiel avec la possibilité d'être engagé à plein temps à partir de janvier 2011. Pour lui, il n'a jamais été question que le projet, qui était basé sur une de ses idées, mais financé par d'autres, remplace le poste à plein temps qu'il recherchait. Le projet consistait en une initiative pour générer un revenu supplémentaire éventuel en sus d'une activité salariée et pour réduire ses indemnités de

l'ACH durant la période de recherches d'emploi. Il rapporte aussi n'avoir jamais affirmé ou laissé entendre qu'il n'était pas disponible pour un poste fixe à plein temps trouvé ou proposé. En outre, du fait que lors de son inscription au chômage il était associé-gérant de sociétés à raison limitée et que des indemnités de chômage lui avaient été accordées, il a présumé que sa situation et son statut auprès de C._____ SA étaient identiques. Enfin, il a souligné qu'il n'avait jamais eu l'intention de tirer profit des indemnités de chômage ou de créer une entreprise qui l'emploierait à plein temps, ni même de s'établir comme indépendant, ajoutant à cet égard qu'il était employé à plein temps depuis le 1^{er} octobre 2011 en qualité de directeur et gérant d'un nouveau restaurant à [...], qui ouvrirait ses portes en décembre 2011.

Par réponse du 23 janvier 2012, l'intimé a conclu au rejet du recours.

Le recourant a répliqué le 24 février 2012, en joignant à son courrier le recours formé par K._____ à l'encontre d'une décision identique de l'intimé, tout en précisant que les pages 9 à 14 s'appliquaient également à lui-même du fait qu'ils étaient tout deux dans une situation identique.

Le 14 mars 2012, l'intimé a une nouvelle fois conclu au rejet du recours et au maintien de la décision attaquée.

E n d r o i t :

1. a) Les dispositions de la LPGA (loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales ; RS 830.1) s'appliquent à l'assurance-chômage à moins que la LACI (loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.0) ne déroge expressément à la LPGA (art. 1 al. 1 LACI). 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, à savoir celui du canton auquel appartient l'autorité qui a rendu la décision attaquée (art. 100 al. 3 LACI ; art. 128 al. 2 OACI [ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.02]).

Le recours doit être déposé dans les trente jours suivant la notification de la décision sujette à recours (art. 60 al. 1 LPGA) et dans le respect des formalités prévues par la loi (cf. art. 61 let. b LPGA). Tel est le cas en l'espèce, de sorte qu'il y a lieu d'entrer en matière sur le recours de F._____.

b) La LPA-VD (loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative ; 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 let. a LPA-VD). La valeur litigieuse étant susceptible de dépasser 30'000 fr., compte tenu du montant et du nombre maximum d'indemnités de chômage auxquelles le recourant pourrait, le cas échéant, avoir droit, la présente cause doit être tranchée par la Cour composée de trois magistrats et non par un juge unique (cf. art. 94 al. 1 let. a LPA-VD a contrario et art. 83c al. 1 LOJV [loi vaudoise d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979 ; RSV 173.01]).

2. Le litige porte que la question de savoir si le recourant est apte au placement, partant s'il peut prétendre à l'octroi d'indemnités de chômage durant la période de décembre 2010 à octobre 2011.

a) L'assuré n'a droit à l'indemnité de chômage que s'il est apte au placement (art. 8 al. 1 let. f LACI). Est réputé apte à être placé le chômeur qui est disposé à accepter un travail convenable et à participer à des mesures d'intégration et qui est en mesure et en droit de le faire (art. 15 al. 1 LACI). L'aptitude au placement comprend ainsi deux éléments : la capacité de travail d'une part, c'est-à-dire la faculté de fournir un travail - plus précisément d'exercer une activité lucrative salariée - sans que

l'assuré en soit empêché pour des causes inhérentes à sa personne, et d'autre part, la disposition à accepter un travail convenable au sens de l'art. 16 LACI, ce qui implique non seulement la volonté de prendre un tel travail s'il se présente, mais aussi une disponibilité suffisante quant au temps que l'assuré peut consacrer à un emploi et quant au nombre des employeurs potentiels (ATF 136 V 95 consid. 7.3 ; 125 V 51 consid. 6a ; 123 V 214 consid. 3 ; TF 8C_330/2011 du 26 janvier 2012 consid. 3 ; 8C_490/2010 du 23 février 2011 consid. 3.1 ; TFA C 101/2003 du 24 février 2004 in : DTA 2004 n°18 consid. 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 (ATF 112 V 326 consid. 1a et les références citées ; TFA du 12 janvier 1998, in : DTA 1998 n° 32 p. 174 consid. 2 ; TF 8C_342/2010 du 13 avril 2011 consid. 3.2). Si une personne décide d'entreprendre une activité indépendante non pas pour mettre fin à son chômage, mais simplement parce que, indépendamment de toute considération liée à la perte d'un emploi, elle a l'intention de changer de genre d'activité ou de rester indépendante, elle est réputée inapte au placement (ATF 111 V 38 consid. 2b ; DTA 2008 p. 312 consid. 3.3; 1993/1994 p. 110 consid. 2c ; Boris Rubin, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Zurich 2014, n° 44 ad art. 15).

En outre, selon la jurisprudence, l'assuré qui exerce une activité indépendante pendant son chômage n'est apte au placement que s'il peut exercer cette activité indépendante en dehors de l'horaire de travail normal. L'assuré, qui après avoir perdu son travail, exerce une activité indépendante à titre principal n'est pas apte au placement. Il en va autrement, lorsque selon les circonstances, l'activité indépendante est peu importante et qu'elle peut être exercée en dehors du temps de travail ordinaire (TF 8C_721/2009 du 27 avril 2010 consid. 3 ; TF 8C_662/2009 du 9 décembre 2009 consid. 3 ; TFA C 307/2005 du 3 novembre 2006 consid.

2.1). Ainsi un assuré qui exerce une activité indépendante n'est pas d'entrée de cause inapte au placement. Il faut bien plutôt examiner si 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 ; TFA C 160/1994 du 13 février 1995 in : DTA 1996 n° 36 p. 199). Le chiffre marginal B 268 de la Circulaire relative à l'indemnité de chômage (IC), éd. Janvier 2007, précise que l'assuré qui s'est lancé dans une activité indépendante à l'issue de la phase d'élaboration d'une activité indépendante et qui, en raison de la mauvaise marche de ses affaires, cherche à exercer une activité salariée à temps partiel n'a pas droit à l'indemnité de chômage ni aux mesures de marché du travail. Ce n'est que s'il cesse définitivement son activité indépendante que l'assuré a alors droit à l'indemnité.

c) Pour apprécier l'aptitude au placement, il faut tenir compte de toutes les circonstances particulières du cas à trancher (TF 8C_966/2012 du 16 avril 2013 consid. 2.3). Dans la mesure où il faut prendre en considération la volonté de l'assuré, qui en tant que fait interne ne peut pas faire l'objet d'une administration directe de la preuve, il y a lieu de se baser aussi sur des indices extérieurs (TF 9C_934/2010 du 7 juillet 2011 consid. 3.3).

Pour juger du degré d'engagement dans l'activité indépendante, les investissements consentis, les dispositions prises et les obligations personnelles et juridiques des indépendants qui revendiquent des prestations sont déterminants et doivent ainsi être examinés soigneusement. L'aptitude au placement doit donc être niée lorsque les dispositions que doit prendre l'assuré pour mettre sur pied son activité indépendante entraînent des obligations personnelles et juridiques telles qu'elles excluent d'emblée toute activité salariée parallèle (ATF 112 V 326 consid. 3d ; TF 8C_41/2012 du 31 janvier 2013 consid. 2.3 ; TFA C 276/2003 du 23 mars 2005 consid. 5). Autrement dit, seules des activités indépendantes dont l'exercice n'exige ni investissement particulier, ni structure administrative lourde, ni dépenses importantes peuvent être prises en considération à titre de gain intermédiaire. On examinera en

particulier les frais de matériel, de location de locaux, de création d'une entreprise, l'inscription au registre du commerce, la durée des contrats conclus, l'engagement de personnel impliquant des frais fixes, la publicité faite, etc. (Boris Rubin, Assurance-chômage, 2^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2006, p. 221 et les références citées).

d) 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 ; cf. également 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 ; TF 8C_922/2011 du 19 juin 2012 consid. 5).

3. En l'espèce, le recourant était inscrit au registre du commerce comme administrateur-président de la société C._____ SA depuis le 3 février 2011. Il l'est resté malgré la décision d'inaptitude au placement alors que K._____, quant à lui, avait démissionné immédiatement. Il a fait des recherches d'emploi « minimalistes » - soit environ quatre par mois, parfois plus - et beaucoup d'entre elles concernaient des postes à l'étranger. Ces éléments tendent déjà à relativiser la volonté de l'intéressé à exercer une activité salariée à 100%, partant qu'il était disposé à renoncer à son activité indépendante pour accepter un emploi convenable s'il se présentait.

Ensuite, le recourant a varié dans ses déclarations. Dans un premier temps, alors que son aptitude au placement a fait l'objet d'un examen en mars 2011, il a expliqué qu'il avait connu K._____ deux ans auparavant et qu'ils avaient alors évoqué l'idée d'ouvrir une école

professionnelle de bar et mixologie dans le canton de Vaud. Les choses en étaient restées là. Le recourant a commencé à enseigner à l'Ecole B._____ en juillet 2010 et comme il n'avait reçu aucune garantie de renouvellement de son contrat après décembre 2011 [recte : 2010], il s'est approché de K._____ pour relancer l'idée d'une école de bar ; ils ont alors loué le local de [...] en octobre 2010.

Dans son opposition, le recourant écrit qu'il avait une semi-promesse d'un emploi à plein temps à partir de janvier 2011 au sein de l'école précitée et que ce n'était qu'à partir de décembre 2010 qu'il a appris qu'il n'en serait rien. Il a renouvelé cette explication dans son recours, précisant qu'il n'avait jamais été question que le projet remplace un poste à plein temps. Cette affirmation est contradictoire avec la première déclaration. En outre, le recourant a clairement affirmé qu'il travaillerait à 100% pour la société C._____ SA dès la fin des travaux prévue fin avril 2011 et demanderait la fermeture de son dossier de chômage. Il ressort d'ailleurs des extraits du site internet figurant au dossier que les cours devaient être donnés durant la journée. Ainsi, les dernières explications du recourant ne sauraient être considérées comme crédibles et il convient de retenir sa première déclaration selon laquelle c'était précisément l'absence de certitude sur un emploi qui avait décidé de la création de l'école.

Quant aux déclarations du recourant, appuyées par celles du comptable de l'entreprise, selon lesquelles son rôle dans la société ne se limitait qu'à celui de présider une assemblée générale annuelle, elles ne sont pas plus crédibles, dès lors qu'il est l'instigateur du projet et y a consacré une partie de son temps. A cet égard, comme le relève l'intimé dans la décision querellée, le bail signé était de longue durée et les investissements prévus pas négligeables. Certes, il apparaît qu'aucun cours n'avait été dispensé, que le local n'était pas ouvert au printemps 2011 pour le moins et que le financement avait été fourni par des tiers ; le recourant a toutefois investi son énergie dans son projet, a cherché à ce que la société voie le jour et qu'elle soit active et perdure. Il faut donc admettre, au stade la vraisemblance prépondérante, qu'il y a consacré de

nombreuses heures, étant relevé qu'un projet de la sorte nécessite du temps pour se mettre en place. De plus, il comptait y travailler comme enseignant. Cela relativise ainsi son alléguée disponibilité à 100% et il est dès lors douteux que son but à l'époque était de trouver une activité salariée durable. Le recourant n'était du reste pas fondé à croire qu'il était dans la même situation que lorsqu'il était associé-gérant de sociétés à raison limitée, l'activité déployée pour créer la société C._____ SA ne pouvant être qualifiée de peu d'ampleur et compatible avec une activité salariée à plein temps.

Enfin, le fait que le recourant a rapporté avoir trouvé un emploi en octobre 2011 n'est pas propre à renverser les considérations précédentes, l'intéressé ne présentant pas une disponibilité suffisante au moment de faits qui ont amené à la décision entreprise. En ce qui concerne les problèmes de langue qu'il a invoqués, ceux-ci ne sont pas déterminants dans la mesure où il ressort du dossier que celui-ci a pu parfaitement s'exprimer.

Au vu des éléments qui viennent d'être exposés, il faut admettre que le recourant n'était pas prêt à renoncer à son activité au sein de la société et qu'il n'était de ce fait plus à même de donner suite à une quelconque offre d'emploi en qualité de salarié. Il convient par conséquent de considérer que le recourant était bien inapte au placement. La décision sur opposition rendue le 7 novembre 2011 par le SDE ne prête donc pas le flanc à la critique.

4. En définitive, mal fondé, le recours doit être rejeté et la décision entreprise confirmée.

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, vu l'issue du litige (art. 55 LPA-VD).

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

- I. Le recours déposé le 5 décembre 2011 par F._____ est rejeté.
- II. La décision sur opposition rendue le 7 novembre 2011 par le Service de l'emploi, Instance juridique chômage, est confirmée.
- III. Il n'est pas perçu de frais, ni alloué de dépens.

La présidente :

La greffière :

Du

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

- M. F._____,
- 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).

La greffière :