

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 8 octobre 2012

Présidence de Mme RÖTHENBACHER
Juges : M. Métral et Mme Brélaz Brailard
Greffier : M. Bohrer

* * * * *

Cause pendante entre :

X. _____, à [...], recourant, représenté par Me Corinne Monnard Séchaud,
avocate à Lausanne,

et

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

Art. 8 al. 1, 15 et 24 LACI

E n f a i t :

A. X._____ (ci-après : l'assuré ou le recourant), né en 1977, d'origine française, est au bénéfice d'une formation professionnelle en hôtellerie-restauration acquise en 1996, et a depuis lors continuellement travaillé dans ce domaine pour divers employeurs en Suisse et à l'étranger, en particulier en qualité de barman et de mixologiste. L'assuré a également obtenu le 29 novembre 2009 un diplôme de massages classiques et thérapeutique auprès de l'Institut Z._____ à [...]. Il avait auparavant obtenu d'autres diplômes dans ce domaine notamment en massages thaïs. Il ressort enfin de son curriculum vitae que dès 2010, il se présentait comme thérapeute indépendant, pouvant exercer en cabinet ou à domicile et disposait d'un site Internet à cette fin.

Le 19 janvier 2010, l'assuré a conclu un contrat de travail avec l'Hôtel X._____ en qualité de barman, pour une durée indéterminée avec un temps d'essai de trois mois. Selon ce contrat, son entrée en vigueur était fixée au 1^{er} février 2009 [recte : 2010].

Le 22 avril 2010, le contrat de travail de l'assuré a été résilié lors d'un entretien avec son employeur, confirmé par lettre du même jour, les rapports de travail devant prendre fin le 29 avril suivant.

Le 23 avril 2010, l'assuré s'est inscrit en qualité de demandeur d'emploi auprès de l'office régional de placement (ci-après : ORP) de [...], avec effet au 30 avril. Il a indiqué être qualifié dans le domaine de la restauration (sommelier, barman) et en qualité de thérapeute/masseur.

Le 8 juillet 2010, l'ORP a assigné l'assuré à un cours intitulé "Sensibilisation à la création d'entreprise - Clés vers l'indépendance", ce cours devant avoir lieu du 4 octobre 2010 au 13 octobre 2010. A l'issue de ce cours, l'assuré, au moyen d'un document intitulé "Mini plan d'affaires", a défini un projet tendant à créer une boutique et un institut dans les

domaines de la santé et du bien-être et a identifié comme prochain objectif de suivre un cours de formation en matière de business plan.

Le 27 octobre 2010, la société A. _____ Sàrl, valablement représentée notamment par l'assuré, a conclu un bail à loyer pour des locaux commerciaux. Le bail devait débiter le 1^{er} novembre 2010 et se terminer le 31 mars 2016 avec renouvellement tacite de cinq ans en cinq ans. Le premier loyer devait être versé le 1^{er} février 2011.

Le 25 novembre 2010, l'ORP a assigné l'assuré à un cours intitulé "Business Plan - Devenir indépendant ", ce cours devant avoir lieu du 24 janvier au 24 février 2011.

En date du 12 janvier 2011, un certain D. _____ a versé 10'000 fr. à la société A. _____ SA. Un certain P. _____ en a fait de même le 17 janvier 2011 pour un montant de 40'000 fr.

La société A. _____ SA a été inscrite au registre du commerce du canton de Vaud le 3 février 2011 avec un capital-actions de 100'000 fr., libéré à hauteur de 50'000 fr. Il ressort de l'extrait du registre du commerce porté au dossier que l'assuré était alors l'un des deux administrateurs de cette société avec signature collective à deux.

Le 24 février 2011, le responsable de la formation du cours "Devenir indépendant" a informé l'ORP du fait que l'assuré avait été absent pour des raisons de santé, qu'il n'avait pas pu finir le cours et qu'il lui avait précisé renoncer à son projet.

Par courrier du 20 avril 2011, le Service de l'emploi, Instance Juridique Chômage (ci-après : SDE) a informé l'assuré qu'il était amené à examiner son aptitude au placement en raison d'un conflit potentiel entre ses activités économiques et son statut de demandeur d'emploi. A ce titre, le SDE a indiqué que le recourant avait revendiqué les indemnités de chômage depuis le 30 avril 2010 sur la base d'une disponibilité de 100 % alors qu'il était inscrit au registre du commerce en qualité

d'administrateur avec signature collective à deux de la société A. _____ SA, active dans le domaine de la formation en gastronomie et dans l'hôtellerie. Le SDE a également relevé que l'assuré exerçait une activité indépendante en qualité de thérapeute à son adresse privée et qu'il disposait pour ce faire d'un site Internet. En conséquence, le SDE interpellait l'assuré pour connaître les disponibilités de celui-ci dans le cadre d'une activité salariée.

Par courrier du 2 mai 2011, l'assuré a répondu qu'il était entièrement disponible pour exercer une activité salariée à 100%. Il a exposé avoir cherché un emploi en qualité de masseur mais avoir été confronté au fait qu'il n'avait pas encore assez d'expérience pratique dans ce domaine, raison pour laquelle il voulait concentrer ses objectifs dans le domaine qu'il connaissait bien et qu'il exerçait depuis 15 ans, à savoir celui de l'hôtellerie-restauration et plus précisément le domaine du bar. Il a expliqué avoir aussi cherché à créer son cabinet de soins grâce à un cours de création d'entreprise octroyé par l'ORP mais que son étude de marché avait révélé que cette activité n'était pas suffisamment lucrative pour couvrir ne serait-ce que ses besoins de base. Il a indiqué ainsi mettre sa carrière de thérapeute entre parenthèses pour le moment.

S'agissant de la société A. _____ SA, l'assuré a indiqué qu'il s'agissait d'une école de bar dont le but était de donner des cours, formations et ateliers à toute personne désirant apprendre le domaine du bar, de la fabrication au service des boissons en passant par la gestion de l'établissement. Il a expliqué également que l'école n'était pas encore ouverte, qu'il n'était pas rémunéré et qu'il pouvait donc démissionner de cette fonction d'administrateur, sans soucis ni préavis pour les besoins d'un employeur éventuel. Il ne consacrait pas de temps à cette activité ni à ses activités thérapeutiques. Il a exposé être totalement disponible pour un travail à temps plein ou à temps partiel, pour des cours ou autres. Il a finalement précisé qu'il passait une journée par semaine pour la rédaction de candidatures écrites et postulait également souvent sur place dans les villes de la [...] ([...], [...], [...]).

En ce qui concerne les revenus tirés de ces deux activités, l'assuré a indiqué qu'il n'en avait tiré aucun de son activité de masseur, n'ayant jamais eu de client, et qu'il avait reçu 200 fr. pour une démonstration de cocktails dans une école hôtelière donnée le 20 avril 2011.

S'agissant du bail à loyer des locaux commerciaux de la société, l'assuré a écrit qu'il ne l'avait pas conclu personnellement et que celui-ci était au nom de la société A. _____ SA et que l'école n'avait pas engagé de personnel.

A la question de savoir s'il avait l'intention d'augmenter à court terme son activité dans cette société ainsi que dans son activité indépendante, l'assuré a expliqué que son but étant évidemment de sortir du chômage, il espérait bien travailler un jour dans la société mais que même quand elle serait ouverte, rien ne garantissait qu'il y aurait assez de travail pour lui dans la mesure où il ne devait être appelé en renfort qu'à partir du moment où il y aurait suffisamment de demandes. En outre, il exercerait en tant qu'indépendant. En ce qui concerne la société, elle n'avait pas de stocks, l'école étant toujours en construction. Quant à son activité de thérapeute, l'assuré a indiqué avoir acheté une table de massage d'occasion pour 100 Euros. Il a précisé ne pas avoir retiré son deuxième pilier et n'avoir aucune raison de le faire dans l'immédiat.

A la question de savoir pourquoi il n'avait jamais déclaré l'existence de ses activités économiques lors de son inscription au chômage ou pendant son suivi, le recourant a expliqué que sa conseillère en placement connaissait l'existence de son site Internet relatif à son activité de thérapeute, ceci étant d'ailleurs mentionné dans son curriculum vitae. Il a exposé également avoir suivi un cours de création d'entreprise dans le but d'ouvrir son propre cabinet, ce cours ayant été financé par l'ORP. S'agissant de la société A. _____ SA, il a souligné qu'il ne s'agissait pas de "sa" société à proprement parler et qu'il n'y avait consacré que quelques heures en soirée pour des rencontres et des

discussions depuis sa création. Il a ajouté que cette société ne lui garantissait pas d'activité rémunérée.

Par décision du 10 mai 2011, le SDE a retenu que le recourant était inapte au placement depuis le 27 octobre 2010, soit depuis la date de signature du bail à loyer pour les futurs locaux de la société A. _____ SA, cette date devant être retenue en l'absence d'élément matériel pertinent permettant de fixer avec certitude la date de déploiement du projet de la société anonyme.

Par décision du 16 mai 2011, la Caisse cantonale de chômage, agence de [...], a demandé à l'assuré la restitution des indemnités versées durant les mois d'octobre 2010 à mars 2011.

Par courrier recommandé du 9 juin 2011, l'assuré, par l'intermédiaire de son conseil, a fait opposition contre la décision du SDE rendue le 10 mai 2011. Il ressort de cette opposition notamment le passage suivant :

"S'agissant de la société A. _____ SA

Cette activité est destinée, quant à elle, à permettre à l'assuré de se réinsérer dans un domaine qui lui est familier, à savoir l'hôtellerie-restauration, plus particulièrement le domaine du bar. Cela étant, cette société ne saurait être considérée aujourd'hui comme une réalité et encore moins avec effet au 27 octobre 2010. Selon la doctrine (Boris Rubin, Assurance-chômage, p. 219 et suivantes), le principe général est le suivant : "Est 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". Tel n'est pas le cas en l'espèce. Si la structure juridique de cette entreprise a bien été créée par acte notarié du 24 janvier 2011 auprès de la notaire Z. _____ à [...], elle, n'a été enregistrée au Registre du commerce que le 3 février 2011 et n'est aujourd'hui encore qu'une "coquille vide". Aucun cours, formation ou atelier n'a pu être prodigué à ce jour. Plus encore, le local destiné à l'exploitation de la société est en construction et non ouvert au public. C'est dès lors à nouveau en toute vérité que X. _____ a déclaré qu'il n'avait, pour sa fonction d'administrateur et dans le cadre de cette société, consacré aucune journée à l'exercice de ce travail. Contrairement à ce qui est indiqué dans la décision, il n'a nullement engagé un capital de CHE 50'000.00 dans

cette société. Sont produits en annexe deux avis de virement qui établissent que le capital de CHF 50'000.00 a été libéré par les versements de CHF 40'000.00 de M. P. _____ et CHF 10'000.00 de M. D. _____ (...). Le loyer des trois premiers mois a été offert aux associés (..) et le loyer depuis février 2011 a été payé par l'entreprise et non par [l]es soins [de l'assuré]. Il n'y a aucun employé et M. X. _____ ne bénéficie dès lors d'aucun revenu ou autre indemnité de cette société. Tout au plus, dans le courant de l'année 2011, s'agira-t-il de considérer que X. _____ exerce une activité d'indépendant qui pourrait être prise en compte en qualité de gain intermédiaire.

(...)"

Il ressort d'un email de l'assuré envoyé à sa conseillère en placement le 8 septembre 2011 qu'il avait travaillé comme extra à l'Hôtel Y. _____ durant le mois d'août. Il ressort également du dossier que l'assuré a aussi travaillé pour cet hôtel plusieurs jours en septembre 2011.

Sur interpellation du SDE du 30 septembre 2011, la société A. _____ SA a attesté dans un courrier du 3 octobre 2011, par l'intermédiaire de son comptable, qu'elle n'était affiliée à aucune caisse de compensation, n'ayant pas d'employés, que son but était de dispenser des cours de formation professionnelle de bar et de barman ainsi que des ateliers ou séminaires ayant trait au monde de la restauration et du bar, 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 depuis, que les associés n'avaient pas de contrat avec la compagnie, qu'ils ne percevaient pas de salaire et que leurs fonctions étaient de superviser et approuver les rapports financiers du comptable et de présider une assemblée générale annuelle.

Il résulte d'un procès-verbal d'entretien du 3 novembre 2011 entre l'assuré et sa conseillère en placement que celui-ci a fait un remplacement entre le 12 et le 21 octobre 2011 comme serveur.

De manière générale, en ce qui concerne les recherches d'emploi entre les mois d'octobre 2010 à octobre 2011, l'assuré en a régulièrement effectuées à raison de 11 à 17 par mois.

Par décision du 10 novembre 2011, le SDE a rejeté l'opposition faite par l'assuré le 6 juin 2011 en considérant en particulier ce qui suit :

"6. En l'espèce, la division juridique a, par la décision contestée, déclaré l'assuré inapte au placement à compter du 27 octobre 2010. Dans son acte d'opposition, l'assuré réaffirme qu'il n'a jamais exercé son activité indépendante en qualité de thérapeute. S'agissant de la société A._____ SA, l'assuré déclare qu'elle ne peut être considérée comme une réalité et encore moins avec effet au 27 octobre 2010 car elle n'a été inscrite auprès du Registre du commerce que le 3 février 2011 et qu'elle n'est encore qu'une "coquille vide" puisque aucun cours, formation ou atelier n'a pu être prodigué étant donné que le local destiné à l'exploitation de la société est en construction et non ouvert au public. Il explique également que, contrairement à ce qui est indiqué dans la décision litigieuse, il n'a nullement engagé un capital de CHF 50'000.- dans la société, mais que ce capital a été libéré par des versements de Monsieur P._____ et de Monsieur D._____ et que le loyer payé depuis le 1^{er} février 2011 l'a été par la société et non par ses soins.

De plus, l'opposant invoque que, tout au plus, il s'agit de considérer qu'il exerce une activité indépendante qui peut être prise en compte en qualité de gain intermédiaire (...). Il précise qu'il est disposé à accepter toute activité lucrative qui pourrait lui être proposée, même à l'étranger et qu'il ne s'agit que d'une tentative désespérée d'un chômeur de sortir du chômage, tentative de diminuer le dommage qui ne saurait péjorer sa situation.

Enfin, l'assuré cite les chiffres marginaux B 235-236 de la circulaire IC de 2007 du SECO et de la jurisprudence du Tribunal fédéral pour démontrer qu'il faut tenir compte de l'ensemble des circonstances pour évaluer si un assuré s'est lancé dans une activité indépendante de façon durable et pour fixer la date à partir de laquelle elle peut être considérée comme telle.

Selon Rubin, pour que le gain retiré d'une activité indépendante puisse être assimilée à un gain intermédiaire au sens de l'art. 24 LACI, trois conditions doivent être réunies cumulativement :

- l'activité ne doit pas générer des revenus pouvant être considérés comme convenables au sens de l'art. 16 al. 2, let. a et i LACI ;
- l'engagement dans l'activité indépendante ne doit pas remettre en cause l'aptitude au placement, soit la volonté et la possibilité, pour le chômeur, d'accepter un travail salarié ;
- l'assuré doit être disposé et en mesure de mettre un terme à son activité indépendante dans un délai de réaction relativement court.

S'agissant de la seconde condition, Rubin précise que 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'il n'est plus en mesure d'accepter un travail. Autrement dit, seules des activités indépendantes dont l'exercice n'exige ni un investissement particulier, ni une 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 du personnel impliquant des frais fixes, la publicité faite, etc. (op. cit. p. 220-221).

Dans le cas présent, il ressort du dossier que l'assuré est inscrit depuis le 3 février 2011 auprès du Registre du commerce en qualité d'administrateur avec signature collective à deux de la société A. _____ SA. De plus, un contrat de bail allant du 1^{er} novembre 2010 au 31 mars 2016 a été signé le 27 octobre 2010 et des investisseurs ont financé à hauteur de CHF 50'000 la transformation des locaux. Le contrat de bail prévoit qu'il se renouvellera aux mêmes conditions pour cinq ans, sauf avis de résiliation de l'une ou l'autre des parties donné ou reçu au moins une année à l'avance pour la prochaine échéance et ainsi de suite de cinq ans en cinq ans, et prévoit un loyer mensuel de CHF 2'450.- dès le 1^{er} février 2011. Enfin, il existe un site Internet faisant l'inventaire des différentes formations proposées par l'école et mentionnant l'assuré comme étant un des enseignants.

Ainsi, au vu des engagements pris, de la publicité faite par le biais du site Internet et des investissements entrepris pour transformer les locaux, force est de constater que tout a été mis en oeuvre pour que cette activité voie le jour, qu'elle soit active et qu'elle perdure. Il s'avère donc que la seconde condition énoncée ci-dessus n'est pas réalisée, de sorte que l'activité de l'assuré ne peut être assimilée à un gain intermédiaire et doit donc être qualifiée de durable.

En outre, l'opposant déclare notamment être disponible à 100% "pour le moment" et rechercher un emploi à plein temps ou à temps partiel dans le domaine du bar étant donné que la société n'est toujours pas active, ni ouverte, et qu'elle ne garantit pas encore d'activité rémunérée. Ainsi, malgré le fait qu'il a effectué des recherches d'emploi validées par son conseiller en personnel, il n'en demeure pas moins qu'on peut retenir comme établi au degré de vraisemblance prépondérante requis en matière d'assurance sociale qu'il n'est pas prêt à renoncer à cette activité et que sa volonté est bien de se consacrer exclusivement à son activité indépendante.

Au vu de tous les éléments présents au dossier, il s'agit donc d'admettre que le but de l'assuré est de mettre en place et d'exercer son activité indépendante, et non de prendre un emploi salarié durable, et que, si les travaux s'étaient terminés plus rapidement, il aurait commencé son activité plus tôt.

De plus, (...), ce n'est pas à l'assurance-chômage de couvrir les risques d'entreprise, notamment un manque de revenu ou un retard des travaux lors de sa création.

Enfin, s'agissant de l'activité de thérapeute, il y a lieu de préciser que, en l'état et au vu des éléments présents au dossier, elle ne semble pas remettre en cause la disponibilité de l'assuré.

Au vu de ce qui précède, force est de retenir que l'aptitude au placement de l'assuré ne peut plus être reconnue à compter du 27 octobre 2010, date de la signature du contrat de bail à loyer commercial. En effet, au vu de la durée pour laquelle ce contrat a été conclu, des conditions strictes et du délai pour pouvoir le résilier, il s'agit de retenir que c'est au plus tard dès ce moment-là que l'activité a acquis son caractère durable et que l'assuré a démontré sa volonté de se consacrer à son activité indépendante."

B. Par acte du 9 décembre 2011, X. _____ a interjeté recours contre la décision sur opposition rendue le 10 novembre 2011 par le SDE en concluant à son admission, à l'annulation de la décision attaquée et à l'octroi des prestations de chômage dès le 1^{er} avril 2011, les indemnités étant versées avec intérêt à 5% l'an dès cette date. A l'appui de ses conclusions, le conseil du recourant a souligné en premier lieu que, s'agissant de l'activité de masseur, le SDE avait admis qu'elle ne remettait nullement en cause sa disponibilité pour accepter un emploi salarié. S'agissant de la société A. _____ SA, le conseil du recourant a écrit ce qui suit :

"Il convient de souligner que X. _____ a été convaincu par son associé d'exercer la fonction d'administrateur de cette société alors que cela n'a jamais été son projet de base. Le but de cette société étant de gérer une école de bar, afin de former de futurs barmans et chefs barmans, il lui été demandé d'apporter son expérience professionnelle dans ce domaine de plus de quinze ans.

Il a accepté ainsi cette fonction car elle a lieu dans un domaine qui lui est familier, sans réaliser quelles pouvaient être les conséquences au regard de son statut de demandeur d'emploi. Il ne s'agissait pour lui que d'une alternative pour tenter de mettre fin au chômage alors qu'il n'a jamais cessé de rechercher une activité salariée, qu'il n'a perçu aucun revenu de cette société et que cette fonction ne compense nullement la perte de travail subie.

(...)

La décision sur opposition confirmant l'inaptitude au placement se fonde sur l'inscription de la société A. _____ SA au Registre du commerce dont l'assuré est l'administrateur d'une part, le contrat de bail signé le 27 octobre 2010, qui se renouvellera pour cinq ans ainsi que le financement de la transformation des locaux par des investisseurs à hauteur de CHF 50'000 d'autre part et enfin sur l'existence d'un site Internet mentionnant l'assuré comme étant un des enseignants.

Le Service de l'emploi tire de ces trois éléments l'argument selon lequel "tout a été mis en oeuvre pour que cette activité voie le jour, qu'elle soit active et qu'elle perdure" pour nier l'aptitude au placement de l'assuré, pour affirmer que sa "volonté est bien de se consacrer exclusivement à son activité indépendante" (...).

Or, (...) l'exercice d'une activité indépendante ne doit pas exclure de manière automatique l'aptitude au placement d'un chômeur. Le Service de l'emploi ne saurait se retrancher derrière l'argument du "degré de la vraisemblance prépondérante requis en matière d'assurance sociale" pour nier systématiquement l'aptitude au placement d'un chômeur qui exerce parallèlement une activité indépendante.

Mais surtout, le Service de l'emploi a procédé à une analyse partielle des faits de la cause, en niant un certain nombre de données qui démontrent au contraire l'entière disponibilité de l'assuré. Il est patent qu'il confond, au regard des éléments d'appréciation retenus, les engagements pris par la société qui s'inscrivent effectivement dans la durée, avec les engagements réels pris par l'assuré dans le cadre de sa fonction, qu'il peut quitter à tout moment et sans délai.

(...)

En l'espèce si la structure juridique de cette entreprise a bien été créée par acte notarié du 24 janvier 2011 auprès de la notaire Z. _____ à [...], et a été enregistrée au Registre du commerce le 3 février 2011, elle ne remet en cause ni la volonté de l'assuré ni sa disponibilité d'accepter un emploi salarié. En ce sens, cette société n'est qu'une "coquille vide" pour X. _____, dont ce n'était ni le projet ni le but poursuivi. Le seul but premier poursuivi par l'assuré a toujours été de sortir du chômage. Il n'a accepté la fonction d'administrateur qu'en réaction au chômage.

Cela est démontré par l'ensemble des circonstances suivantes :

- Aucun cours, formation ou atelier n'a été prodigué à ce jour au sein de l'école gérée par la société et le local destiné à l'exploitation de la société n'est toujours pas ouvert au public.

- X. _____ ne consacre aucune journée par semaine à sa fonction d'administrateur dans le cadre de cette société, mais seulement quelques heures par an lors de l'Assemblée Générale ; bien au contraire, il consacre plusieurs jours par semaine à la rédaction de candidatures pour un emploi salarié, y compris à l'étranger.

- Contrairement à ce qui avait été indiqué dans la décision du 20 avril 2011, l'assuré n'a nullement engagé un capital de CHF 50'000.00 dans cette société. Sont produits, sur ce point, deux avis de virement qui établissent que le capital de CHF 50'000.00 a été libéré par les versements de CHF 40'000.00 de M. P. _____ et CHF 10'000.00 de M. D. _____.

- Le loyer des trois premiers mois a été offert, et le loyer depuis février 2011 est payé par la société.

- La société n'a aucun employé et n'en aura pas.

- L'assuré ne perçoit aucun revenu ou autre indemnité de cette société. Tout au plus, dans le courant de l'année 2011, au regard de la somme de CHF 200 perçue lors d'une démonstration de cocktails, s'agirait-il de considérer que X. _____ exerce une activité d'indépendant qui pourrait être prise en compte en qualité de gain intermédiaire.

- Il peut quitter sa fonction d'administrateur à tout moment et sans délai.

- Il n'a procédé à aucun investissement en faveur de cette société.

(...)

Dans le cas d'espèce, le Service de l'emploi connaissait la date à partir de laquelle le bail à loyer avait été signé, mais aussi la date à partir de laquelle ces locaux pourraient être occupés, soit au plus tôt en septembre 2011. Dès lors, les circonstances précitées ne justifiaient pas de retenir la date du 27 octobre 2011 [recte : 2010] comme celle marquant le début de l'inaptitude au placement.

(...)

Dès lors, les réponses de X. _____ dans sa lettre du 2 mai 2011 attestent clairement que les trois conditions cumulatives posées par l'art. 24 LACI sont réalisées. X. _____ est disposé à accepter toute activité lucrative qui pourrait lui être proposée, même à l'étranger. Il ne s'agit en fait que d'une tentative désespérée d'un chômeur de sortir du chômage, tentative de diminuer le dommage qui ne saurait péjorer sa situation."

Par réponse du 23 janvier 2012, le SDE a conclu au rejet du recours.

Par réplique du 13 février 2012, le recourant a produit une lettre du 16 décembre 2011 au registre du commerce du canton de Vaud, selon laquelle il démissionnait de son poste d'administrateur avec effet immédiat, la radiation ayant été publiée le 12 janvier 2012 dans la FOSC, un contrat pour un travail dans une crêperie à [...] avec effet au 23 décembre 2011 et un contrat travail comme extra avec l'Hôtel X. _____ dès le 26 janvier 2012.

Par duplique du 8 mars 2012, le SDE a constaté que les faits nouveaux invoqués par le recourant étaient récents et qu'ils ne permettaient pas de remettre en cause la décision querellée.

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 (art. 56 al. 1 LPGA) auprès du tribunal des assurances compétent (art. 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).

En l'espèce, interjeté dans le respect du délai et des autres conditions de forme (art. 61 let. b LPGA notamment), le recours est recevable.

b) La LPA-VD (loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative ; RSV 173.36), entrée en vigueur le 1er 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). La cause doit être tranchée par la cour composée de trois magistrats (art. 83c al. 1 LOJV [loi cantonale d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979 ; RSV 173.01]) et non par un juge unique (cf. art. 94 al. 1 let. a LPA-VD), la valeur litigieuse étant manifestement supérieure à 30'000 fr.

2. a) A teneur de l'art. 8 al. 1 LACI, l'assuré a droit à l'indemnité de chômage,

a. s'il est sans emploi ou partiellement sans emploi (art. 10) ;

b. s'il a subi une perte de travail à prendre en considération (art. 11) ;

- c. s'il est domicilié en Suisse (art. 12) ;
- d. s'il a achevé sa scolarité obligatoire, qu'il n'a pas encore atteint l'âge donnant droit à une rente AVS et ne touche pas de rente de vieillesse de l'AVS ;
- e. s'il remplit les conditions relatives à la période de cotisation ou en est libéré (art. 13 et 14) ;
- f. s'il est apte au placement (art. 15) et
- g. s'il satisfait aux exigences du contrôle (art. 17).

Les sept conditions du droit à l'indemnité de chômage énumérées par l'art. 8 al. 1 let. a à g LACI sont cumulatives et non alternatives, de sorte qu'elles doivent toutes être remplies pour permettre l'ouverture du droit à l'indemnité (ATF 124 V 215 consid. 2 ; TF C 253/06 du 6 novembre 2007 consid. 4.2).

b) En l'espèce, le service intimé s'est prononcé sur la question de l'aptitude au placement du recourant, au sens des art. 8 al. 1 let. f et 15 LACI. En outre, les parties s'opposent également sur la question du gain intermédiaire que le recourant estime avoir perçu au sens de l'art. 24 LACI.

Ce sont donc uniquement ces questions qui sont litigieuses, le juge n'entrant pas en matière, en principe, sur les conclusions qui vont au-delà de l'objet de la contestation (ATF 134 V 418 consid. 5.2.1 ; TF 8C_627/2009 du 8 juin 2010 consid. 1.2 et 1.3). Ainsi le litige doit-il être tranché selon la situation de fait existant au moment de la décision sur opposition du 10 novembre 2011 présentement attaquée. En effet, selon une jurisprudence constante, le juge des assurances sociales apprécie la légalité des décisions attaquées, en règle générale, d'après l'état de fait existant au moment où la décision litigieuse a été rendue. Les faits survenus postérieurement, et qui modifient cette situation, doivent normalement faire l'objet d'une nouvelle décision administrative (ATF 121 V 362 consid. 1b et les références citées, 117 V 287 consid. 4 ; TF 9C_803/2009 du 25 mars 2010 consid. 5.2 ; TF 9C_81/2007 du 21 février 2008 consid. 2.4 ; TF 9C_397/2007 du 14 mai 2008 consid. 2.1).

3. a) 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 citées ; TFA C 136/02 du 4 février 2003 in DTA 2004 n° 2 p. 46 consid. 1.2). Peut être également 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 citées ; TFA C 166/02 consid. 2.1 in DTA 2003 n° 14 p. 128 consid. 2.1).

b) 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 citées). A cet égard, les principes développés quant à l'exercice d'une activité salariée s'appliquent mutatis mutandis à une activité indépendante (TFA C 203/00 du 2 mars 2001 consid. 2b).

Lorsqu'un assuré exerce une activité indépendante pendant son chômage, l'aptitude au placement n'est donnée que pour autant que l'activité indépendante puisse être exercée en dehors des heures habituelles de travail. Ce n'est pas le cas lorsque les faits déterminants indiquent que l'activité indépendante a pris une proportion telle qu'elle ne pourrait être assumée que pour une part infime en dehors d'un horaire de travail normal de sorte que l'exercice d'une activité salariée apparaît exclu selon un horaire normal (DTA 2002 n° 5 p. 54 consid. 2b et DTA 1998 n°32 p. 176 consid. 4a). En revanche, les motifs à la base de cette décision personnelle importent peu (ATF 112 V 329 consid. 3c).

En outre, 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 (cf. TF C 276/03 du 23 mars 2005 consid. 5 ; voir aussi ATF 112 V 326 consid 3d p. 329 ; Boris Rubin, Assurance-chômage, 2ème éd., 2006 p. 221). 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. (Rubin, op. cit., p. 221 et note 609 ; TF 8C_342/2010).

4. a) En l'occurrence, le service intimé ne paraît plus contester dans la décision litigieuse que l'activité de thérapeute envisagée par le recourant n'est pas un frein à son placement chez un employeur potentiel. L'aptitude au placement du fait de cette activité ne peut être niée. Au demeurant, l'ORP était au courant des projets du recourant comme cela résulte notamment d'un procès-verbal d'entretien avec sa conseillère le 27 octobre 2010. Il ressort également que le recourant a manifesté au terme de son cours "Business Plan - Devenir indépendant" qu'il avait abandonné son projet.

b) En définitive ne reste qu'à examiner l'incidence éventuelle en matière d'indemnité de chômage de la position du recourant dans la société A. _____ SA en qualité d'administrateur, respectivement d'enseignant tel qu'il apparaît sur Internet.

Le SDE a considéré le recourant inapte au placement "au vu des engagements pris, de la publicité faite par le biais du site Internet et des investissements entrepris pour transformer les locaux" de la société, et a estimé que tout avait "été mis en oeuvre pour que cette activité voie le jour, qu'elle soit active et qu'elle perdure". En outre, le SDE a considéré que la position du recourant au sein de cette société, en qualité d'administrateur et d'enseignant, suffisait pour retenir qu'il n'entendait pas renoncer à son projet et qu'il n'était ainsi plus à même de donner suite à une quelconque offre d'emploi en qualité de salarié.

Toutefois, il résulte du dossier, force est de constater qu'aucun cours, formation ou atelier n'a été prodigué au sein de l'école gérée par la société A. _____ SA et que le local destiné à son activité n'était toujours pas ouvert au public au printemps 2011, pour le moins. La Cour de céans relève en outre que le recourant, au stade de la vraisemblance

prépondérante, n'a consacré que quelques heures à sa fonction d'administrateur, qu'il n'a procédé à aucun investissement personnel en faveur de la société, le capital libéré à raison de 50'000 fr. ayant été apportés par des tiers, qu'il n'a payé aucun loyer pour la société, celle-ci y procédant par elle-même, qu'il n'a perçu aucun revenu ou autre indemnité de cette société et n'y a poursuivi aucune activité en qualité d'enseignant. Tout au plus peut-on retenir qu'il a perçu un revenu de 200 fr pour une prestation au sein d'une école hôtelière, prestation faite en qualité d'indépendant et non en qualité de salarié ou administrateur de la société A. _____ SA.

Par surabondance, la Cour de céans relève également que durant la période pendant laquelle il était selon le SDE inapte au placement, le recourant a suivi partiellement (pour raison de santé) un cours d'environ un mois assigné par l'ORP entre janvier et février 2011 et qu'il a travaillé à plusieurs reprises en tant qu'extra en août et septembre 2011 pour un hôtel ainsi qu'un remplacement entre le 12 et 21 octobre 2011 comme serveur - ce qui démontre qu'il était en mesure de consacrer du temps pour une activité salariée de manière durable. Enfin, de manière générale, on soulignera qu'entre octobre 2010 et octobre 2011, le recourant a régulièrement fait de nombreuses offres d'emploi.

A toutes fins utiles, on relèvera que suite à la notification de la décision litigieuse, le recourant a immédiatement démissionné de sa fonction d'administrateur. Certes, cette démission est intervenue postérieurement à la décision attaquée mais elle démontre qu'elle était possible en tout temps, comme le recourant l'avait par ailleurs affirmé dans son courrier du 2 mai 2011. Il ressort ainsi que le lien entre la société A. _____ SA et le recourant se révèle en définitive tenu tant dans les faits que sur le plan juridique. En effet, sa position et ses fonctions au sein de cette société n'est nullement nécessaire à l'activité de cette dernière que ce soit sur le plan financier ou au regard des engagements juridiques pris par cette entreprise en particulier le bail à loyer qu'elle a conclu le 27 octobre 2010.

En définitive, au regard de toutes ces circonstances, il y a donc lieu d'admettre que, au degré de la vraisemblance prépondérante, le recourant était en mesure d'accepter un travail convenable à un taux de 100% depuis le 27 octobre 2010, de sorte que son aptitude au placement doit être reconnue.

5. Tant le service intimé que le recourant ont abordé la question des gains que ce dernier a engrangés, soit 200 fr., en relation avec son activité pour la société A. _____ SA. Il convient dès lors d'examiner si ce revenu peut être considéré comme un gain intermédiaire au sens de l'art. 24 LACI comme le soutient le recourant, à l'inverse du SDE qui le nie.

a) Aux termes de l'art. 24 LACI est réputé intermédiaire tout gain que le chômeur retire d'une activité salariée ou indépendante durant une période de contrôle. L'assuré qui perçoit un gain intermédiaire a droit à la compensation de la perte de gain (al. 1, 1ère et 2ème phrases). Selon l'alinéa 3 de cette disposition, est réputée perte de gain la différence entre le gain assuré et le gain intermédiaire, ce dernier devant être conforme, pour le travail effectué, aux usages professionnels et locaux.

Selon la circulaire relative à l'indemnité de chômage publiée par le Secrétariat d'Etat à l'économie (ci-après : SECO), en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2007 (ci-après : circulaire IC 2007), une activité indépendante ne peut être considérée comme gain intermédiaire que s'il s'agit d'une activité transitoire, provisoire et nécessitant peu d'investissement, que l'assuré peut abandonner n'importe quand pour une activité salariée convenable (B 235 ss). L'assuré qui prend une activité indépendante au nom de son obligation de diminuer le dommage a les mêmes droits que s'il prenait une activité salariée pour autant qu'il continue à remplir les conditions ouvrant droit à l'indemnité de chômage, en particulier qu'il reste apte au placement (C 144).

Lorsqu'un assuré décide de continuer à exercer une activité indépendante à caractère durable à un taux d'occupation plus élevé que celui correspondant à une activité accessoire, tout en demeurant apte au

placement dans les limites de la disponibilité qu'il fait valoir, les règles sur le gain intermédiaire ne s'appliqueront pas aux revenus tirés de cette activité indépendante. Il s'agit ici d'une entorse au principe qui veut que durant le chômage et tant qu'un droit à l'indemnité est ouvert, tout gain retiré d'une activité, que celle-ci soit dépendante ou indépendante, constitue un gain intermédiaire (art. 24 al. 1 LACI). Cette exception à l'application des règles sur le gain intermédiaire peut aboutir à une forme de surindemnisation et dès lors contredire l'art. 24 LACI (Rubin, op. cit., p. 224). Le SECO est d'avis qu'un assuré qui n'exerçait pas d'activité indépendante avant son chômage peut également se prévaloir des principes concernant l'activité indépendante durable non soumise aux règles sur le gain intermédiaire. Un assuré peut en effet choisir son taux de disponibilité en raison de l'exercice parallèle d'une activité indépendante durable et ce même si sa décision est prise en cours d'indemnisation (B 238). En revanche, si l'activité indépendante débute après l'ouverture du délai-cadre d'indemnisation ou, ayant débuté avant, s'étend après l'ouverture du délai-cadre, tout en continuant à être exercée en dehors des heures habituelles de travail, ladite activité doit être prise en compte à titre de gain intermédiaire car elle ne limite pas les possibilités d'obtention d'un emploi (Rubin, op. cit., p. 224).

b) En l'espèce, il ressort des indications fournies par le recourant que ce dernier a touché 200 fr. pour une démonstration dans une école hôtelière sur la base d'une activité indépendante lors de son délai-cadre d'indemnisation. Au regard des circonstances du cas, et compte tenu de l'aptitude au placement reconnue au recourant par la Cour de céans, il y a dès lors lieu de considérer ce gain comme un gain intermédiaire.

6. a) Sur la base des considérants qui précèdent, le recours doit être admis, ce qui entraîne l'annulation de la décision sur opposition rendue par le SDE le 10 novembre 2011.

b) La procédure étant gratuite (art. 61 let. a LPGA), il n'y a pas lieu de percevoir de frais de justice.

c) Obtenant gain de cause avec le concours d'un mandataire professionnel, le recourant a droit à des dépens, dont le montant doit être déterminé sans égard à la valeur litigieuse, d'après l'importance et la complexité du litige (art. 61 let. g LPGA ; art. 55, 91 et 99 LPA-VD ; art. 7 TFJAS [tarif du 2 décembre 2008 des frais judiciaires et des dépens en matière de droit des assurances sociales, RS 173.36.5.2]). Dans le cas d'espèce, il convient d'arrêter ces dépens à 2'000 fr. et de les mettre à charge du service intimé.

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

- I.** Le recours est admis

- II.** La décision sur opposition rendue le 10 novembre 2011 par le Service de l'emploi, Instance Juridique Chômage est annulée.

- III.** Il n'est pas perçu de frais judiciaires.

- IV.** Le Service de l'emploi, Instance Juridique Chômage versera à X. _____ la somme de 2'000 fr. (deux mille francs) à titre de dépens.

La présidente :

Le greffier :

Du

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

- Corinne Monnard Séchaud (pour X. _____),
- 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 :