

**COUR DES ASSURANCES SOCIALES**

---

---

Arrêt du 8 novembre 2012

---

Présidence de       Mme    PASCHE  
Juges     :       Mme Röthenbacher et M. Berthoud, assesseur  
Greffier       :       M. Germond

\*\*\*\*\*

Cause pendante entre :

**A.** \_\_\_\_\_, à Yens, recourant,

et

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

---

**Art. 15 al. 1 et 16 LACI**

**E n f a i t :**

**A.** A. \_\_\_\_\_ (ci-après: l'assuré ou le recourant), a travaillé d'avril 2004 à décembre 2008 en qualité d'"International Commercial Manager" auprès de H. \_\_\_\_\_ SA, puis, à compter de janvier 2009, a fonctionné comme administrateur président avec signature individuelle de V. \_\_\_\_\_ SA à [...], société inscrite le 8 octobre 2009 au Registre du Commerce, ayant pour but le [...].

Le 1<sup>er</sup> janvier 2009, l'assuré s'est inscrit comme demandeur d'emploi auprès de l'Office Régional de Placement (ci-après: l'ORP) de [...] et a sollicité le droit au versement des indemnités journalières de l'assurance-chômage.

Par décision du 18 décembre 2009, l'assuré s'est vu reconnaître le droit à un soutien aux assurés entreprenant une activité indépendante (ci-après: la mesure SAI), au sens des art. 71a ss LACI (loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, RS 837.0) pendant la phase d'élaboration de son projet, sous la forme du versement de 90 indemnités journalières entre le 4 janvier et le 7 mai 2010.

L'assuré a fait savoir par courriel du 22 avril 2010 à sa conseillère en placement qu'il arrivait bientôt en fin de mesure SAI, que son projet avançait mais qu'il venait tout juste de débiter le démarchage de clients. Cette dernière lui a répondu le 26 avril 2010 que la mesure SAI ne prévoyait que deux solutions: soit il démarrait son activité indépendante comme prévu le 7 mai 2010, soit il l'abandonnait.

Par courriel du 30 avril 2010 à sa conseillère en placement, l'assuré lui a fait part de sa décision d'essayer de se lancer dans son activité indépendante.

Par courrier du 7 mai 2010 à la Caisse Cantonale de chômage (CCh), l'ORP l'a informée que l'assuré allait entreprendre l'activité indépendante projetée et l'invitait à prolonger de deux ans son délai-cadre d'indemnisation.

Après avoir changé de domicile, l'assuré s'est réinscrit en tant que demandeur d'emploi auprès de l'ORP de [...] le 12 octobre 2011. Selon le procès-verbal de l'entretien qui s'est déroulé le même jour à l'ORP, si l'intéressé avait bénéficié d'une mesure SAI du 4 janvier au 7 mai 2010, son affaire n'était pas assez rentable pour lui permettre d'en vivre. Il souhaitait par conséquent savoir s'il pouvait encore bénéficier d'indemnités de chômage.

Le 14 novembre 2011, la Division juridique des ORP a communiqué à l'assuré qu'elle était amenée à statuer sur son aptitude au placement. Elle exposait qu'après avoir obtenu une mesure SAI, il avait annoncé le démarrage de son activité indépendante, de sorte que son dossier de chômage avait été fermé. Elle constatait qu'au moment de sa réinscription en date du 12 octobre 2011, l'assuré était toujours inscrit au Registre du Commerce en tant qu'administrateur président de V. \_\_\_\_\_ SA. Elle lui a dès lors adressé un questionnaire afin d'être renseignée sur son aptitude au placement en relation avec son activité indépendante, lui demandant notamment de préciser s'il avait complètement renoncé à cette activité et le cas échéant, de produire tout document en attestant (radiation du Registre du Commerce par exemple).

L'assuré a répondu le 19 novembre 2011 qu'il avait effectivement quitté le chômage en mai 2010 afin de lancer une nouvelle activité indépendante mais qu'en raison du contexte économique (crise, franc fort, etc.), il n'avait pas été en mesure de se verser le moindre salaire. Il soulignait qu'il demeurait persuadé que le domaine des énergies renouvelables avait du potentiel, de sorte qu'il souhaitait conserver sa société en y travaillant un jour par semaine (plus les week-ends) et occuper en parallèle une autre activité salariée à raison de quatre jours par semaine, soit à 80%. Il ajoutait qu'il espérait toujours à terme pouvoir

vivre pleinement de cette activité indépendante compte tenu du temps et de l'argent investis.

Par décision du 23 novembre 2011, la Division juridique des ORP a constaté l'inaptitude au placement de l'assuré à compter du 12 octobre 2011, date de sa réinscription à l'ORP de [...]. Ses observations s'articulaient en ces termes:

"Il est établi que l'assuré a bénéficié de la mesure SAI du 4 janvier au 7 mai 2010 aux fins de développer un projet d'activité indépendante. Au terme de cette mesure, il a démarré son activité indépendante et est sorti de l'assurance-chômage.

L'intéressé se réinscrit à l'ORP le 12 octobre 2011. Dans son courrier du 19 novembre 2011, il mentionne: «Effectivement depuis Mai 2010 j'ai quitté le chômage pour essayer de lancer une nouvelle activité comme indépendant. Malheureusement compte tenu du contexte économique (crises, franc fort, ...) les affaires n'ont pas décollé et je n'ai jamais pu me verser le moindre salaire. Depuis 19 mois je vis sur mes économies (ayant travaillé 15 ans auparavant chez H. \_\_\_\_\_ et W. \_\_\_\_\_) mais je suis désormais à cours de ressources financières. Sans parler de l'argent que j'ai dû investir pour essayer de lancer mon business».

A la question de savoir s'il a abandonné cette activité indépendante, il répond: «Restant persuadé que le domaine des énergies renouvelables a du potentiel à moyen ou long terme je souhaiterai conserver cette société en y travaillant...». «...j'espère toujours à terme pouvoir vivre pleinement de cette activité d'indépendant compte tenu du temps et de l'argent déjà investis».

Nous relevons par ailleurs que l'assuré est toujours inscrit auprès d'une caisse AVS en qualité d'indépendant et qu'il possède un stock de marchandises d'une valeur d'environ CHF 5'000.00.

Les éléments ci-dessus démontrent que l'intéressé ne souhaite pas abandonner complètement son projet d'indépendant.

Bien qu'il précise être disponible pour l'exercice d'une activité salariée à 80% (4 jours par semaine) nous ne pouvons reconnaître son aptitude au placement. En effet, il n'est pas possible d'avoir recours aux prestations de l'assurance-chômage lorsque le projet d'activité indépendante n'a pas été complètement abandonné. [...]"

L'assuré a formé opposition à cette décision le 17 décembre 2011, en faisant valoir qu'il avait désormais totalement abandonné son projet d'activité indépendante et qu'il ne travaillait plus dans l'immédiat. Il disait se consacrer entièrement à la recherche d'un nouveau travail salarié ainsi que l'attestaient ses preuves de recherches personnelles en vue de trouver un emploi remises à l'ORP. Il expliquait par ailleurs uniquement attendre un repreneur afin de pouvoir retirer son nom de l'inscription figurant au Registre du Commerce sous la société V. \_\_\_\_\_ SA.

Par décision sur opposition du 9 mars 2012, le Service de l'emploi (ci-après: le SDE), Instance Juridique Chômage, a rejeté l'opposition de l'assuré et a confirmé la décision du 23 novembre 2011. Il relevait en substance que c'était à bon droit que l'instance inférieure avait constaté que les conditions objectives et subjectives posées par l'art. 15 al. 1 LACI n'étaient pas remplies à compter du 12 octobre 2011. Il soulignait le fait qu'en règle générale, un employeur n'était pas disposé à engager - même à temps partiel - un collaborateur continuant à se consacrer à sa propre entreprise, disponible uniquement en fonction du développement de celle-ci.

**B.** A. \_\_\_\_\_ a recouru le 7 avril 2012 devant la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal contre la décision sur opposition précitée. Il conclut implicitement à sa réforme en ce sens qu'il est reconnu apte au placement, respectivement qu'il a droit au versement des indemnités journalières. Il s'étonne d'avoir pu être qualifié d'"inapte au placement" dès lors qu'il venait de débiter, le 4 avril 2012, un emploi salarié (directeur - Business Development) à temps complet auprès de l'entreprise E. \_\_\_\_\_ SA à [...] selon l'attestation établie le 17 avril 2012 par cette société qu'il produit. Il confirme pour le surplus avoir abandonné définitivement son activité indépendante depuis septembre 2011 et être en mesure d'accepter tout autre travail. Il précise encore que la société V. \_\_\_\_\_ SA est gérée depuis septembre 2011 par de nouvelles personnes.

Dans sa réponse du 23 mai 2012, le SDE propose le rejet du recours. Il estime que les circonstances évoquées par le recourant ne sont pas de nature à permettre de retenir que les conditions posées à l'art. 15 al. 1 LACI étaient réunies à compter du 12 octobre 2011, aussi longtemps qu'il conservait sa fonction dirigeante auprès de V. \_\_\_\_\_ SA. L'intimé produit une lettre du 7 mai 2012 du Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO), en exposant qu'elle est applicable à la présente cause. Dans cette lettre, un juriste du SECO explique en bref qu'un assuré qui demeure inscrit au registre du commerce comme administrateur unique d'une

société anonyme qui n'a pas cessé d'exister se trouve en situation de réactiver à tout moment l'entreprise. Son aptitude au placement n'est par conséquent pas établie de manière claire même si l'intéressé se déclare disponible pour une activité à 100%. Il ne peut dès lors bénéficier de l'indemnité de chômage tant que dite situation perdure.

Le 18 juin 2012, le recourant a fait part de ses déterminations sur la réponse de l'intimé, en faisant valoir que la situation à laquelle il est fait référence par le biais du SECO ne lui est pas applicable dans la mesure où le cas cité concerne une personne seule gérant sa société alors que dans son cas, la gestion de la société V.\_\_\_\_\_ SA s'effectuait avec le concours de deux associés.

### **E n d r o i t :**

**1.** Interjeté dans le délai légal de trente jours suivant la notification de la décision entreprise, compte tenu des fêtes pascales (cf. art. 38 al. 4 let. a LPGA [loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales, RS 830.1]), le recours a été déposé en temps utile. Il satisfait en outre aux conditions formelles de recevabilité (art. 61 let. b LPGA), de sorte qu'il y a lieu d'entrer en matière sur le fond.

La Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal est compétente pour statuer (art. 93 al. 1 let. a LPA-VD [loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative, RSV 173.36]).

**2.** Le litige porte en l'espèce sur le droit éventuel du recourant à l'indemnité de chômage à compter du 12 octobre 2011, singulièrement sur son aptitude au placement.

**3. 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 [loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, RS 837.0]). 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 125 V 51 consid. 6a et 123 V 214 consid. 3; TF 8C\_330/2011 du 26 janvier 2012, consid. 3 et 8C\_490/2010 du 23 février 2011, consid. 3.1; DTA 2004 n°18 consid. 2.2 [TFA C 101/2003 du 24 février 2004]).

**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.

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 (TFA C 307/2005 du 3 novembre 2006, consid. 2.1, C 241/2005 du 6 avril 2006, consid. 2.2 et 353/2000 du 16 juillet 2001, consid. 2b).

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 (TFA C 160/1994 du 13 février 1995, consid. 3 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.

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. TFA C 276/2003 du 23 mars 2005, consid. 5; voir aussi ATF 112 V 326 consid. 3d; Rubin, Assurance-chômage, 2<sup>e</sup> 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).

**c)** En droit des assurances sociales, la règle du degré de vraisemblance prépondérante est généralement appliquée. Dans ce domaine, le juge fonde sa décision, sauf dispositions contraires de la loi, sur les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent

comme les plus vraisemblables. Il ne suffit donc pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible. Parmi tous les éléments de fait allégués ou envisageables, le juge doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables (ATF 126 V 353 consid. 5b, 125 V 193 consid. 2 et les références; voir ATF 130 III 321 consid. 3.2 et 3.3). Aussi n'existe-t-il pas, en droit des assurances sociales, un principe selon lequel l'administration ou le juge devrait statuer, dans le doute, en faveur de l'assuré (ATF 126 V 319 consid. 5a; TF 8C\_922/2011 du 19 juin 2012, consid. 5).

**4. a)** En l'espèce, il est constant que dans le cadre de son chômage, le recourant a bénéficié d'une mesure SAI, sous la forme du versement de 90 indemnités journalières entre le 4 janvier et le 7 mai 2010. Ce soutien lui a permis de mettre en œuvre son activité indépendante sous la forme d'une entreprise active dans le développement et la promotion des énergies renouvelables (la société V.\_\_\_\_\_ SA). En réponse à l'ORP, le recourant a indiqué, le 19 novembre 2011, qu'il poursuivait cette activité en travaillant dans sa société un jour par semaine ainsi que les week-ends. Dans son opposition du 17 décembre 2011, il indiquait avoir abandonné son projet d'activité indépendante et rester uniquement dans l'attente d'un repreneur pour retirer son nom du Registre du Commerce. Finalement à l'appui de son recours, il indique avoir définitivement abandonné son activité indépendante depuis septembre 2011, affirmant que V.\_\_\_\_\_ SA était gérée depuis lors par des tiers.

Dans ces conditions, il convient de retenir au stade de la vraisemblance prépondérante (cf. consid. 3c supra) qu'au moment de sa réinscription au chômage le 12 octobre 2011, le recourant poursuivait à temps partiel son activité indépendante. Cette appréciation n'est au demeurant pas contredite par l'extrait du Registre du Commerce de la société V.\_\_\_\_\_ SA, selon lequel le recourant en est toujours l'administrateur président avec signature individuelle.

**b)** Il convient dès lors d'examiner si l'assuré, en sa qualité d'administrateur président de V.\_\_\_\_\_ SA, était en mesure d'exercer dite activité indépendante en dehors de l'horaire de travail normal, étant rappelé qu'un assuré qui exerce une activité indépendante n'est pas d'entrée de cause inapte au placement.

En octobre 2011, la société V.\_\_\_\_\_ SA figurait au Registre du Commerce depuis deux ans. Cette activité avait par ailleurs débuté en janvier 2010 avec le soutien du chômage. Ces éléments attestent que lors de la réinscription au chômage, l'activité indépendante n'en était plus au stade de projet mais qu'elle s'exerçait par le biais d'une société dûment répertoriée, V.\_\_\_\_\_ SA. Durant cette période, le recourant a occupé une fonction d'administrateur-président avec signature individuelle. En outre, le siège de cette société se confond avec le domicile de l'assuré. Selon les indications fournies par l'intéressé en novembre 2011, il y travaillait au moins à temps partiel, savoir un jour par semaine et les week-ends. Considérant d'une part la fonction dirigeante exercée par le recourant et d'autre part le fait qu'il travaillait depuis chez lui pour sa société, il est hautement vraisemblable qu'il y vouait en réalité une plus grande partie de son temps. De surcroît selon la décision du 23 novembre 2011, le recourant se trouvait toujours inscrit en tant qu'indépendant auprès d'une caisse AVS et possédait un stock de marchandises d'une valeur d'environ 5'000 francs. Il apparaît ainsi que son activité indépendante entraînait des obligations pour le recourant qui s'efforçait de pérenniser la bonne marche de sa société sur un marché concurrentiel. L'investissement qu'exigeait l'activité indépendante du recourant s'avère tel qu'il exclut - ou à tout le moins entrave considérablement - l'exercice de toute activité salariée parallèle.

**c)** Dans ces circonstances, compte tenu de la jurisprudence et de la doctrine rappelées ci-dessus, l'intimé était donc fondé, par sa décision sur opposition du 9 mars 2012, à confirmer l'inaptitude au placement de l'assuré à compter du 12 octobre 2011, respectivement à lui nier le droit à l'indemnité de chômage depuis cette date. Cette décision doit donc être confirmée, et le recours rejeté en conséquence.

**d)** 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 (art. 55 al. 1 LPA-VD).

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

- I.** Le recours est rejeté.
  
- II.** La décision sur opposition rendue le 9 mars 2012 par le Service de l'emploi, Instance Juridique Chômage, est confirmée.
  
- III.** Il n'est pas perçu de frais judiciaires.
  
- IV.** Il n'est pas alloué de dépens.

Le président :

Le greffier :

**Du**

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

- A. \_\_\_\_\_,
- Service de l'emploi, Instance Juridique Chômage,
- Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO),

par l'envoi de photocopies.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière de droit public devant le Tribunal fédéral au sens des art. 82 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral, RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne) dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

Le greffier :