

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 19 février 2013

Présidence de Mme PASCHE, juge unique
Greffière : Mme Berberat

Cause pendante entre :

Z._____, à X._____, recourant,

et

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

Art. 8 al. 1 let. f et 15 LACI

E n f a i t :

A. Z._____ (ci-après : l'assuré ou le recourant), né en 1968, s'est inscrit à l'assurance-chômage le 1^{er} mars 2010, après avoir travaillé du 1^{er} janvier au 31 décembre 2009 en qualité de coordinateur de production pour le compte de l'entreprise [...] SA à X._____. Le 30 novembre 2010, l'assuré et son épouse ont quitté définitivement la Suisse pour s'établir en Thaïlande.

Le 1^{er} décembre 2011, l'assuré s'est réinscrit à l'assurance-chômage auprès de l'Office régional de placement X._____ (ci-après : l'ORP) sur la base d'une disponibilité de 100 % pour la reprise d'un emploi.

Dans le cadre d'un entretien de bilan de compétences du 6 décembre 2011 (procès-verbal PLASTA), le conseiller en personnel a noté ce qui suit :

"L'assuré est venu s'inscrire, car il est revenu de Thaïlande où il a vécu et travaillé pendant une année sur un projet personnel. Malheureusement, il a dû revenir en Suisse, car son projet n'a pas entièrement fonctionné comme souhaité. Cependant, il m'annonce qu'il est venu s'inscrire que pour ce mois, car dès janvier 2012 il va reprendre un salon de message déjà établi à la rue F. _____ à X._____. L'assuré me transmet une copie de la preuve de cette reprise ainsi qu'un mot demandant la fermeture de son dossier".

Dans le cadre d'un entretien de suivi du 31 janvier 2012 (procès-verbal PLASTA), le conseiller en personnel a relevé les éléments suivants :

"L'assuré n'a finalement pas souhaité fermer son dossier. Il me confirme avoir repris le salon de message H. _____ Sàrl à X. _____ à une connaissance. Il est le gérant de cette enseigne, mais c'est sa femme qui s'en occupe et y travaille. L'assuré ne touche pas de salaire de cette activité, pour l'instant du moins".

Par courrier du 31 janvier 2012, l'ORP a soumis le cas de l'assuré à la division juridique des ORP, afin qu'elle examine l'aptitude au placement de l'intéressé.

Par courrier du 1^{er} février 2012, la division juridique des ORP a invité l'assuré à se prononcer sur sa situation. Dans sa réponse du 6 février 2012, ce dernier a fait état des éléments suivants :

"Je ne me suis pas inscrit au chômage pour le motif que je n'arrive pas avoir de salaire avec le salon de massage. J'étais au chômage avant, (le 1^{er} déc. 2011) et j'ai repris le salon le 16.12.2011, en tant que gérant pour en 1^{er} temps donner du travail à ma femme, qui ne parle que très peu français mais qui a un certificat de massage traditionnel thaïlandais. Je m'occupe de tout ce qui est administratif (quelques heures par mois).

Je cherche toujours et n'ai jamais cessé de chercher un travail à 100 %.

Ma femme a commencé le 3 janvier 2012; ce qui a permis de payer le loyer et les charges (1'700.-); bien sûr si par la suite il y a plus de clients, je compte travailler avec elle. Nous sommes tous les deux en possession d'un certificat de masseur. Mais pour l'instant je cherche un travail comme salarié à 100 % si je suis gérant de salon c'est juste administratif, c'est une Sàrl, il fallait le mettre à mon nom ou au nom de ma femme. Ne parlant pas bien et n'écrivant pas le français, nous avons trouvé plus simple de l'inscrire à mon nom.

Il y a pour environ 10'000 francs en meubles, tables de massages, machine à cartes de crédit etc...

(...).

Ne travaillant pas au salon, je n'ai pas de charges sociales à mon nom ainsi je ne suis pas affilié auprès d'une caisse AVS".

Par décision du 8 février 2012, la division juridique des ORP a déclaré l'assuré inapte au placement à compter du 1^{er} décembre 2011, date de sa réinscription à l'ORP. L'assuré n'avait en conséquence pas droit aux indemnités journalières à partir de cette date. Au vu de l'ampleur des investissements consentis, des obligations juridiques et du degré de son empêchement personnel, l'autorité précitée a estimé que l'assuré n'avait pas entrepris une activité transitoire dans le but de diminuer le dommage à l'assurance, mais qu'il s'était plutôt engagé dans une dynamique d'activité indépendante à caractère durable. En outre, l'assuré avait revendiqué des indemnités de chômage, car les revenus de son salon de massage ne lui permettaient pas ou plus de subvenir à ses besoins. Toutefois, l'assurance-chômage n'avait pas à palier au manque à gagner

auquel l'assuré pouvait faire face dans le cadre de son activité indépendante.

Dans son opposition du 13 février 2012, l'assuré a précisé que s'il était indiqué sur le Registre du commerce qu'il avait repris le salon de massage le 16 décembre 2011, il ne l'avait ouvert que le 3 janvier 2012. Il a ajouté qu'il y travaillait environ une demi-journée par mois afin de s'occuper de la comptabilité. Il a dès lors conclu à la reconnaissance de son aptitude au placement dès le 1^{er} décembre 2011, le salon de massage n'ayant été ouvert qu'à partir du 3 janvier 2012.

Se référant à la décision du 8 février 2012 rendue par la division juridique des ORP, la Caisse cantonale de chômage a, par décision du 16 février 2012, demandé à l'assuré la restitution d'un montant de 2'064 fr. 35 correspondant aux indemnités de chômage versées à tort depuis le 1^{er} décembre 2011.

Par décision sur opposition du 3 avril 2012 confirmant une décision du 14 décembre 2011 de l'ORP, le Service de l'emploi, Instance juridique chômage (ci-après : le SDE ou l'intimé) a suspendu le droit à l'indemnité de chômage de l'assuré durant huit jours en raison de l'absence de recherches d'emploi avant son inscription à l'assurance-chômage.

Par décision sur opposition du 15 mai 2012, le SDE a confirmé la décision rendue le 8 février 2012 par la division juridique des ORP relative à l'inaptitude au placement de l'assuré à compter du 1^{er} décembre 2011 pour les motifs suivants :

"(...), force est de constater que l'assuré s'est personnellement investi de façon active dans la reprise de ce salon de massage, il est par ailleurs inscrit auprès du Registre du commerce en qualité d'associé gérant avec signature individuelle de cette Sàrl avec 20 parts de CHF 1'000.-. Il ressort également de ses déclarations qu'il s'occupe de la gestion administrative du salon, qu'il y consacre quelques heures par mois, qu'au moment où il y aura plus de clients, il compte travailler dans le salon de massage et qu'il a investi CHF 10'000.- en matériel divers (meubles, tables de massage, etc...). Au vu de ce qui précède, il y a lieu de considérer que l'assuré

s'est engagé dans une dynamique d'activité indépendante à caractère durable. De plus, quand bien même l'opposant déclare que ses dispositions et disponibilités à l'exercice d'une activité salariée sont de 100% et qu'il effectue des recherches d'emploi dans ce sens, il ressort clairement des éléments présents au dossier qu'il n'est pas prêt à renoncer à cette activité, que sa volonté est bien de se consacrer exclusivement à son activité indépendante, et qu'il revendique les prestations de l'assurance-chômage car les revenus retirés de son activité indépendante ne lui permettent pas de subvenir à ses besoins. Cela est confirmé par le fait que, dans un premier temps il ne voulait revendiquer les indemnités de chômage que durant le mois de décembre 2011, mais que finalement il est resté inscrit au chômage, étant donné qu'il n'y avait pas assez de clients pour qu'il puisse également y travailler en tant que masseur. Or, comme mentionné au point 3 ci-dessus, ce n'est pas le rôle de l'assurance-chômage de palier au manque à gagner auquel il fait face ou de couvrir de quelconques risques d'entreprise.

Au vu de tous les éléments présents au dossier, il s'agit donc d'admettre que le but de l'assuré est d'exercer son activité indépendante, et non de prendre un emploi salarié durable, et que, si le nombre de clients était plus conséquent, il travaillerait déjà dans son salon de massage.

Enfin, la période entre son inscription à l'assurance-chômage et l'ouverture réelle de son salon de massage, soit du 1^{er} décembre 2011 au 2 janvier 2012, est, de jurisprudence constante, trop brève pour qu'il puisse être placé sur le marché du travail et donc être déclaré apte au placement".

B. Par acte du 23 mai 2012, Z. _____ recourt contre la décision sur opposition du 15 mai 2012 et conclut implicitement à son annulation. Il indique que depuis le 1^{er} mai 2012, il n'est plus l'associé gérant du salon de massage H. _____ Sàrl et qu'il ne s'occupe plus de la gestion administrative de ce salon. En outre, il ne compte plus travailler comme masseur. Il est dès lors libre à 100 % et il continue à chercher du travail à 100 %. Ayant cotisé à l'assurance-chômage, il estime avoir droit à cette assurance.

Dans sa réponse du 9 juillet 2012, l'intimé maintient sa décision et conclut au rejet du recours. Il est d'avis que les nouveaux faits invoqués par le recourant étant récents, ils ne permettent pas de remettre en cause la décision attaquée et de reconnaître l'aptitude au placement du recourant dès le 1^{er} décembre 2012. L'intimé a toutefois transmis le recours à la division juridique des ORP afin qu'elle procède à un nouvel examen de la situation du recourant.

Par courrier du 11 octobre 2012, la juge instructeur a demandé à l'intimé les résultats de ce réexamen.

Dans ses déterminations du 18 octobre 2012, l'intimé a indiqué que la division juridique des ORP avait déclaré le recourant apte au placement dès le 1^{er} mai 2012 (courrier du 18 juillet 2012 à la Caisse cantonale de chômage).

Par courrier du 22 décembre 2012, le recourant a déclaré qu'il estimait avoir droit à l'assurance-chômage en décembre 2011, précisant que la Caisse cantonale de chômage lui demandait à présent le remboursement d'un montant de 2'400 francs.

Dans son écriture du 28 janvier 2013, l'intimé a conclu au rejet du recours se référant à sa décision sur opposition du 15 mai 2012 et à ses déterminations du 9 juillet 2012.

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 la LACI (loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, RS 837.0) selon l'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 (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, le recours, interjeté en temps utile auprès du tribunal compétent et respectant les autres conditions de forme prévues par la loi (art. 61 let. b LPGA notamment), est donc recevable.

b) La Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal est compétente pour statuer dans le cas présent (art. 93 let. a LPA-VD [loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative, RSV 173.36]). La valeur litigieuse étant inférieure à 30'000 fr., compte tenu du montant et du nombre d'indemnités journalières concernés, la présente cause relève de la compétence d'un membre de la Cour des assurances sociales, statuant comme juge unique (art. 94 al. 1 let. a LPA-VD).

2. a) En tant qu'autorité de recours contre des décisions prises par des assureurs sociaux, le juge des assurances sociales ne peut, en principe, entrer en matière - et le recourant présenter ses griefs - que sur les points tranchés par cette décision; de surcroît, dans le cadre de l'objet du litige, le juge ne vérifie pas la validité de la décision attaquée dans son ensemble, mais se borne à examiner les aspects de cette décision que le recourant a critiqués, exception faite lorsque les points non critiqués ont des liens étroits avec la question litigieuse (cf. ATF 131 V 164; 125 V 413 consid. 2c et les références citées; 110 V 48 consid. 4a).

b) En l'espèce, la contestation a pour objet la décision par laquelle l'intimé a nié rétroactivement le droit du recourant à l'indemnité de chômage dès le 1^{er} décembre 2011, au motif qu'il était inapte au placement. Le litige est toutefois limité à la période allant du 1^{er} décembre 2011 (date de la réinscription du recourant à l'assurance-chômage) au 30 avril 2012 (le recourant ayant été reconnu apte au placement dès le 1^{er} mai 2012 par la division juridique des ORP; courrier du 18 juillet 2012 de la division juridique des ORP à la Caisse cantonale de chômage).

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). Est réputé apte à être placé le chômeur qui est disposé à accepter un travail convenable et 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; 123 V 214 consid. 3 et la référence).

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.

L'assuré disposé à n'entreprendre qu'une activité indépendante est en principe inapte au placement. Tout comme les chômeurs qui ont pris des dispositions pour quitter le marché du travail dans un bref délai, les chômeurs qui concentrent leurs efforts pour développer une activité indépendante poursuivent un but de toute façon. Il en va de même de l'indépendant à temps partiel qui ne rechercherait qu'une activité dépendante à titre complémentaire. Les démarches en vue de créer sa propre entreprise ne constituent pas des recherches de travail au sens de l'art. 17 al. 1 LACI. Dans les cas où l'assuré met fin à son chômage par la prise d'une activité indépendante, il faut toujours se demander si les efforts de l'intéressé ont bien été accomplis en vue de satisfaire à l'obligation de réduire le dommage à l'assurance-chômage. Si l'assuré 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, il a l'intention de changer de genre d'activité, il est réputé inapte au placement (Boris Rubin, Assurance-chômage - Droit fédéral - Survol des mesures cantonales - Procédure, 2^e éd., 2006 p. 237-238).

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 353/00 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 160/94 du 13 février 1995 consid. 3, in DTA 1996 n° 36 p. 199).

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 276/03 du 23 mars 2005 consid. 5; voir aussi ATF 112 V 326 consid. 3d). 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, op. cit., p. 221 et note 609).

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).

4. Il n'est pas contesté que le recourant, dont la capacité de travail est entière, satisfait à la première condition de l'aptitude au placement. En revanche, l'intimé a considéré que le recourant n'était subjectivement pas disposé à renoncer à cette activité pour accepter un emploi convenable s'il se présentait.

En tant qu'associé gérant de la société, le recourant participe à l'exploitation de cette dernière et il doit donc être assimilé, sous l'angle de la réalité économique, à une personne de condition indépendante (ATF 126 V 214 consid. 2b; DTA 1998 n° 32 p. 177 consid. 4a et b). Toutefois, cette qualité n'est pas seule décisive pour apprécier son aptitude au placement. Il faut bien plutôt examiner si le recourant n'est plus à même, tant sur le plan subjectif que du point de vue objectif, d'offrir à un employeur toute la disponibilité normalement exigible (ATF 125 V 58 consid. 6a et la référence).

Il convient de retenir en l'occurrence que dès son inscription à l'assurance-chômage, le recourant a concentré ses efforts sur la reprise du salon de massage H._____ Sàrl appartenant à une connaissance, démontrant ainsi qu'il n'avait plus l'intention de se mettre à la disposition du marché du travail. Titulaire d'un diplôme de masseur, le recourant a en effet déclaré à son conseiller en personnel le 6 décembre 2011 (procès verbal d'entretien PLASTA) qu'il avait l'intention de reprendre un salon de massage à la rue F._____ à X._____. Par la suite, il a expliqué qu'il en était devenu l'associé gérant pour des raisons pratiques (épouse ne parlant pas le français et ne sachant pas écrire), précisant toutefois qu'il avait l'intention de pratiquer des massages en cas d'augmentation de la

clientèle. En d'autres termes, dans l'hypothèse où le recourant parvenait à trouver plusieurs nouveaux clients, il allait privilégier son activité indépendante au détriment d'une activité salariée qu'il pourrait retrouver. Il faut ainsi admettre que le recourant ne désirait pas, en réalité, offrir à un employeur toute la disponibilité normalement exigible. A cela s'ajoute le fait que si dans un premier temps, le recourant a souhaité clôturer son dossier auprès de l'ORP en raison de l'ouverture de son salon le 3 janvier 2012, il y a finalement renoncé, puisqu'il ne touchait pas de son salaire, "*pour l'instant du moins*". Le maintien de son inscription à l'assurance-chômage n'avait dès lors pas pour but essentiel de retrouver un emploi, mais tendait en réalité à compenser le manque à gagner résultant du nombre insuffisant de clients de H. _____ Sàrl - circonstances qui, en règle générale, entraînent la négation de l'aptitude au placement du requérant (TFA C 421/00 du 3 mai 2001).

Il s'avère par conséquent, au degré de vraisemblance prépondérante, que la volonté du recourant a été de devenir indépendant, à l'exclusion de tout autre emploi salarié, qu'il n'aurait guère eu de chance d'obtenir en raison notamment de la nature de ses recherches (absence de recherches d'emploi avant l'inscription à l'assurance-chômage, puis recherches d'emploi effectuées uniquement par téléphone) et de l'importance de l'investissement financier et personnel qu'implique la reprise d'un salon de massage. C'est en vain que le recourant se prévaut de sa disponibilité et de son aptitude au placement dès le 1^{er} décembre 2011 arguant du fait qu'il n'est plus associé gérant de la société dès le 1^{er} mai 2012 et qu'il ne souhaite plus être masseur dès cette date. Il s'agit là de simples allégations et le dossier ne contient pas de données objectives permettant de retenir une telle appréciation. Le fait qu'il a finalement décidé de renoncer à sa fonction d'associé gérant, ainsi qu'à son désir de déployer une activité de masseur dès le 1^{er} mai 2012 n'a aucun effet sur la situation prévalant dès le mois de décembre 2011. Cela démontre simplement qu'à partir du 1^{er} mai 2012, le recourant avait à nouveau la disponibilité et la volonté de trouver un travail convenable, élément qui a conduit la division juridique des ORP à lui reconnaître

l'aptitude au placement dès la date précitée (courrier du 18 juillet 2012 à la Caisse cantonale de chômage).

5. Dès lors, c'est à bon droit que l'intimé a nié l'aptitude au placement du recourant et, partant, son droit à des indemnités de chômage dès le 1^{er} décembre 2011.

Il n'y a pas lieu de percevoir des frais judiciaires, la procédure étant gratuite (art. 61 let. a LPGA), ni d'allouer des dépens, le recourant n'obtenant pas gain de cause (art. 61 let. g LPGA).

**Par ces motifs,
la juge unique
prononce :**

- I.** Le recours est rejeté.
- II.** La décision sur opposition rendue le 15 mai 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.

La juge unique :

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède est notifié à :

- Z._____ (recourant), à X._____,
- Service de l'emploi, Instance juridique chômage (intimé), à Lausanne,
- Secrétariat d'Etat à l'économie, à Berne,

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 :