

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 26 juin 2013

Présidence de M. NEU
Juges : Mme Thalmann et M. Métral
Greffière : Mme Pellaton

Cause pendante entre :

D._____, à Prangins, recourant, représenté par Me Jean-Marie Faivre,
avocat à Genève,

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. D. _____ (ci-après : l'assuré), né en 1946, a été licencié par la société M. _____ avec effet au 31 mai 2007. Il a revendiqué les prestations de l'assurance-chômage à compter du 1^{er} juin 2007. Il a été mis au bénéfice d'un délai-cadre du 1^{er} juin 2007 au 31 mars 2011, et a perçu l'indemnité de chômage dès le 1^{er} juin 2007.

L'assuré est également titulaire de la raison individuelle J. _____, inscrite au registre du commerce depuis le 22 mars 1990. Cette entreprise a pour but le "placement de personnel, et conseiller d'entreprises". L'assuré a également créé un site Internet à l'adresse "www. H. _____ .ch", dont la page de présentation a la teneur suivante :

"Qui est J. _____ . (H. _____) ?

La société est enregistrée au registre du commerce sous J. _____, le nom du fondateur. D. _____ a assumé pendant plus de 30 ans la fonction de Directeur des Ressources humaines auprès de [...], [...] et [...]. Le 1^{er} mars 1990, il fonde H. _____ spécialisée dans les activités de Ressources humaines. En parallèle, il a occupé à temps partiel la fonction de Directeur des ressources auprès de différentes sociétés internationales de la place, son activité lui permettant ainsi de compléter ses prestations de conseils par des services - outsourcing - sur mesure."

Lors d'un premier entretien avec un conseiller de l'Office régional de placement de Nyon (ci-après : l'ORP), l'assuré a déclaré l'existence de son entreprise individuelle (cf. procès-verbal d'entretien de conseil du 30 avril 2007).

B. Par lettre du 11 mai 2007, l'ORP a informé l'assuré qu'il était amené à statuer sur son aptitude au placement, et l'a prié de répondre de manière circonstanciée à un certain nombre de questions.

L'assuré s'est déterminé par lettre du 14 mai 2007 de la manière suivante :

"[1. Quelle est votre disponibilité à l'exercice d'une activité salariée compte tenu du statut de titulaire de votre société?]

Je suis totalement disponible pour une activité salariale. Ma société, existant depuis de nombreuses années, n'a jamais exigé de ma part un investissement « temps » important.

En effet, comme vous aviez pu le constater, j'ai été employé et mandaté auprès de différentes entreprises à Genève et sur la Côte Vaudoise, dont pour mémoire : [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], M. _____.

Différentes collaboratrices ont géré ma société durant mes absences.

[2. Quelle est votre disposition à l'exercice d'une activité salariée compte tenu de votre statut de titulaire de votre société?]

Ma disposition à l'exercice d'une activité salariale est totale. Les entreprises qui m'ont engagé, savaient que je possédais une société et cela n'a jamais fait l'objet d'un désaccord quelconque. Aucune d'elles ne m'a jamais demandé ni de faire radier mon nom au registre du commerce, ni de mettre un terme à mes activités dans ma société.

[3. Seriez-vous prêt à mettre un terme à vos activités dans votre société et faire radier votre nom au registre du commerce si une proposition d'emploi convenable vous était proposée, mettant fin à votre chômage?]

Non, je ne suis pas prêt après 17 ans à faire radier mon nom du registre du commerce car l'on ne peut savoir de quoi demain sera fait et la possibilité de « vendre » ma société pourrait rester une source financière par la suite.

Toutefois je suis prêt à me désengager de toute activité au sein de ma société, comme je l'ai fait auparavant, si une entreprise est prête à m'engager.

[4. Quels sont vos objectifs professionnels?]

Mon objectif professionnel est de retrouver une opportunité auprès d'une société ou une banque où je pourrais apporter tout mon savoir et mon expérience.

J'ai de l'énergie, je suis en très bonne santé et j'ai quelques années devant moi."

Par avis du 21 mai 2007, l'ORP a informé l'assuré qu'il estimait que les conditions de son aptitude au placement étaient remplies.

Par lettre du 13 juillet 2007, l'assuré a demandé à la Caisse cantonale de chômage (ci-après : la CCh) de verser ses indemnités de chômage sur son compte bancaire personnel auprès de l' [...] de Nyon, et non plus sur son compte de Genève - compte utilisé pour le versement d'honoraires découlant de son activité d'indépendant.

C. De juin à octobre 2007, l'assuré a rempli le formulaire "indication de la personne assurée" (ci-après : formulaire IPA), mentionnant pour chaque mois ne pas avoir exercé d'activité indépendante. Sur le formulaire du mois de novembre 2007, il a indiqué avoir exercé une activité indépendante les 3, 10, 17 et 31 octobre 2007, et

a joint une attestation de gain intermédiaire complétée le 30 novembre 2007 par le Centre D. _____ (ci-après : le Centre D. _____).

Par lettre du 26 novembre 2007, la CCh a avisé l'assuré qu'il s'exposait à une suspension de son droit à l'indemnité de chômage pour ne pas avoir mentionné son gain intermédiaire auprès du Centre D. _____ sur le formulaire IPA du mois d'octobre 2007. Un délai de 10 jours lui était imparti pour s'expliquer par écrit.

L'assuré s'est déterminé par écrit du 28 novembre 2007. Il a exposé avoir travaillé 4 soirs en octobre entre 19 et 22h, et avoir appelé la CCh pour se renseigner sur les démarches à entreprendre vis-à-vis du chômage, mais n'avoir reçu aucune réponse. Il a ajouté qu'il n'avait, en aucun cas, voulu dissimulé ses gains intermédiaires puisqu'il les avait déclarés sur le formulaire du mois de novembre 2007.

Le 5 décembre 2007, l'assuré a également informé la CCh qu'il avait omis de déclarer des gains intermédiaires pour des cours donnés au sein de la société B. _____ à Genève, les 5 juin, 5 juillet, et 23 octobre 2007.

Par décision du 19 décembre 2007, la CCh a réclamé à l'assuré la restitution de 503 fr. 25, montant perçu à tort sur les indemnités de chômage du mois d'octobre 2007, suite à l'activité qu'il avait déployée pour le Centre D. _____ les 3, 10, 17 et 31 octobre 2007.

Par lettre du 31 décembre 2007, l'assuré a indiqué avoir remboursé ce montant et être dans l'attente du montant à rembourser pour les cours qu'il avait donné auprès de la société B. _____.

D. Par avis du 11 janvier 2008, le Service de l'emploi (ci-après : SDE), division juridique des ORP, a informé l'assuré qu'il allait réexaminer son aptitude au placement en raison des faits suivants : lors du précédent examen de l'aptitude au placement par l'ORP, l'assuré avait déclaré être totalement disponible pour une activité salariée, et avait assuré que son

activité d'indépendant n'avait jamais exigé de sa part un investissement temps important. Or, il s'avérait que son agence de placement H. _____ était active en 2007, et qu'il avait facturé par son intermédiaire diverses prestations notamment à la société B. _____. Pour se déterminer en pleine connaissance de cause, le SDE demandait à l'assuré de répondre aux questions relatives à sa disponibilité et de lui transmettre un organigramme, ainsi qu'une éventuelle plaquette publicitaire et adresse Internet de son agence de placement H. _____.

D. _____ a répondu le 25 janvier 2008 de la manière suivante :

"1. Ma disponibilité et ma disposition à l'exercice d'une activité salariale est totale. En effet, toutes les entreprises qui m'ont engagé depuis des années, savaient que je possédais une société et cela n'a jamais fait l'objet d'un désaccord quelconque. Aucune d'elles ne m'a jamais demandé de faire radier mon nom au registre du commerce car ma société, existant depuis de nombreuses années, n'a jamais exigé de ma part un investissement « temps » personnel.

2. Mon objectif professionnel est de retrouver une opportunité auprès d'une société ou d'une banque où je pourrais apporter tout mon savoir faire et mon expérience.

3. Je n'ai donc aucun problème à être totalement disponible, comme je l'ai toujours fait auparavant, si je retrouve une entreprise prête à m'engager ou si je dois suivre des cours/stages octroyés par l'ORP.

4-5-6-7. Le but précis de ma société, créé[e] le 21 mars 1990 est de placer du personnel et d'être sous-traitant dans le domaine des Ressources Humaines (voir copie de l'extrait ci-joint).

En attendant, je reste donc entièrement disponible cinq jours sur sept, 50 heures par semaine et onze mois par an dans le cas où je retrouverais un emploi salarié. Actuellement je suis en pleine recherche d'un emploi et ne me consacre donc pas à ma société.

8. Ma société ayant déclaré une perte pour l'exercice fiscal 2007, elle ne m'a donc procuré aucun revenu puisque je n'en suis pas salarié.

9. Veuillez trouver ci-joint copie de mon bail.

10. Je n'ai aucun personnel.

11. Je n'ai pas d'associé.

Par contre je bénéficie de l'aide d'un ami, G. _____, qui s'occupe occasionnellement du bureau.

12. Le but à moyen et long terme pour moi est de garder cette société, comme une « poire pour la soif », dans le cas où je ne retrouverais pas un emploi salarié et où je ne pourrais plus bénéficier des indemnités de chômage.

13. Je ne suis pas administrateur d'une société.

La société n'ayant aucun personnel, il n'existe pas d'organigramme ni de plaquette publicitaire. Par contre l'adresse internet est "job@H._____.ch."

Par lettre du 21 février 2008, l'assuré a informé le SDE qu'il avait obtenu deux mandats de consultant externe, qu'il n'avait dès lors plus besoin de l'assurance-chômage, et qu'il renonçait également aux indemnités des mois de janvier et février 2008.

Par avis du 13 mars 2008, le SDE a informé l'assuré qu'un complément d'examen sur son aptitude au placement était nécessaire, et a exposé ceci :

"Par courrier du 22.02.2008, vous nous informez que vous avez trouvé deux mandats de consultant externe « qui débiteront bientôt » et suite auxquels vous souhaitez fermer votre dossier ORP. Pour [nous] prononcer en toute connaissance de cause, [nous] vous merci[ons] de bien vouloir [nous] faire parvenir soit le(s) contrat(s) de travail signé(s) avec la société vous ayant proposé lesdits mandats, ou, le cas échéant, veuillez nous confirmer si ces mandats sont (seront) effectués par le biais de votre société.

D'autre part, après examen des diverses pièces de votre dossier, il appert que vous ne nous avez pas répondu de manière tout à fait complète aux questions posées dans notre examen notamment :

1. Auriez-vous renoncé à votre fonction dans cette société a) pour la reprise d'une activité professionnelle ou b) pour suivre une mesure octroyée par l'ORP (cours, stage, ETS, etc.).

2. Le taux précis pour lequel vous étiez disponible pour un emploi depuis votre inscription jusqu'à votre demande de fermer votre dossier à l'ORP en l'occurrence en raison des 2 mandats de consultants que vous avez obtenu et dont vous nous faites part dans votre courrier du 25.02.2008.

3. Les jours et les heures précises durant lesquels vous étiez disponible pour un emploi.

4. Quel est le temps consacré à cette société (occupation principale, démarches administratives, prospection de clients, etc.) depuis votre inscription jusqu'à ce que vous trouviez les 2 mandats de consultant et renonciez à votre inscription à l'ORP.

Finalement nous vous remercions encore de nous indiquer :

5. Comment vous expliquez que dans des formulaires de recherches d'emploi de certain(s) de nos assurés soit mentionné un entretien d'embauche avec vous-

même et pour le compte de la société H. _____ sise à Genève dont vous êtes administrateur.

6. Le bail à loyer que vous avez conclu pour vos locaux commerciaux est daté du 01.10.2002 et établi à votre nom. Il s'avère qu'en 2002 vous étiez également inscrit auprès de l'assurance-chômage et avez bénéficié d'indemnités. Où était sise votre société depuis sa création jusqu'à la signature.

7. Merci de nous faire parvenir les comptes pertes et profits de l'année 2007 attestés par votre fiduciaire.

Sans réponse de votre part nous traiterons le dossier sur la seule base des pièces en notre possession et nous partirons, du principe que vous êtes inapte au placement. Une décision d'inaptitude au placement aura pour effet que vous n'aurez plus droit aux indemnités de chômage. Une telle décision peut également engendrer un remboursement d'indemnités de chômage versées à tort."

L'assuré s'est déterminé le 26 mars 2008 comme suit :

"1) Oui j'aurais renoncé à mes fonctions dans ma société a) pour la reprise d'une activité professionnelle ou b) pour suivre une mesure octroyée par l'ORP.

2) Le taux précis pour lequel je suis disponible pour un emploi est de 100 %. Si une entreprise me propose une activité à temps partiel, j'accepterais aussi.

3) Les jours précis : du lundi au vendredi. Les heures précises de 8h à 18h.

4) Le temps consacré à ma société était de 0 % depuis mon inscription au chômage jusqu'à ce que je trouve mes 2 mandats.

5) Je pourrais répondre précisément à votre question lorsque vous me ferez parvenir le nom, prénom, la date et l'heure exacte de certains de vos assurés qui auraient eu un entretien d'embauche avec moi-même. Les aurais-je croisé lorsque mon ami les interviewais ? En effet il m'est arrivé de faire des recherches d'emploi pour moi-même dans mon bureau. Mon conseiller m'avait informé que je pouvais le faire.

6) De mars 1990 à juin 1993 la société se trouvait au 13 rue de la Servette. Il est clair que je n'ai pas gardé le bail. Depuis juillet 1993, elle est au [...]. La régie [...] est la 2^e régie qui s'occupe des lieux. Je ne me rappelle plus du nom de la première. Si cela est important pour vous, je vous recommande de contacter la régie. Par ailleurs il est vrai qu'en 2002 j'ai bénéficié du chômage suite à la perte de mon emploi chez [...] (décembre 1999 à août 2001). En 2002, j'avais 2 salariées qui s'occupaient du bureau. Là aussi vous pouvez contrôler auprès de la [...] à Genève.

7) Permettez-moi de vous demander en vertu de quel l'article de loi vous me demander les comptes PP de ma société ? Les gains ou pertes de ma société n'ont absolument rien à voir avec cette procédure. Il est à noter que j'ai travaillé 14 mois (avril 2006 à mai 2007) chez un employeur, à savoir M. _____. C'est suite à la perte de mon poste que je me suis inscrit au chômage.

[...]

J'attire à nouveau votre attention que J. _____ (H. _____ n'étant là que pour un aspect esthétique) est une société en nom propre (et pas une SA, Sarl, etc..) [...]."

Par lettres des 24 avril et 5 juin 2008, le SDE a demandé une nouvelle fois à l'assuré de lui transmettre les documents relatifs aux deux mandats de consultant externe, ainsi que les comptes de l'année 2007 attestés par sa fiduciaire, et de lui communiquer le temps consacré à la prospection de clients pour sa société depuis son inscription à l'ORP jusqu'à la date où il avait renoncé à l'indemnité de chômage.

L'assuré s'est déterminé par écrit le 17 juin 2008, en faisant valoir qu'il n'avait pas signé de contrat pour les deux mandats de consultant externe, ceux-ci étant au demeurant effectués à l'étranger, qu'il n'était pas obligé de faire contrôler ses comptes par une fiduciaire, et qu'il avait déjà transmis une copie de sa déclaration d'impôts mentionnant une perte de 1'840 fr. dans son activité d'indépendant. Il a confirmé que le temps consacré à la recherche d'un emploi salarié durant la période où il était à l'assurance-chômage avait été de 100 % et de 0 % pour la prospection de clients de sa société.

E. Par décision du 10 juillet 2008, le SDE, division juridique des ORP, a déclaré l'assuré inapte au placement à compter du 1^{er} juin 2007, date de son inscription au chômage. Après avoir notamment constaté que l'assuré avait exécuté et facturé divers mandats en juin et juillet 2007 ainsi qu'en octobre de la même année, activités qu'il n'avait pas mentionnées sur les formulaires IPA des mêmes mois, le SDE a retenu que l'assuré ne déclarait pas tous ses revenus à la caisse, de sorte qu'aucun contrôle rétroactif sur ses revenus effectifs ne pouvait être effectué. Il a également relevé que l'assuré avait d'abord fait verser ses indemnités de chômage sur le compte bancaire de sa société, puis dans le courant du mois de juillet 2007, sur son compte personnel, à Nyon. Dans le cadre de son instruction, le Service de l'emploi avait par ailleurs constaté que les noms de l'entreprise de l'assuré et de l'assuré lui-même étaient mentionnés sur les formulaires de recherches d'emploi d'autres demandeurs d'emploi et que l'un d'entre eux avait eu un entretien avec

l'intéressé dans son agence de Genève. Quant au contenu du site Internet de l'assuré "www. H._____.ch", il était en contradiction évidente avec les déclarations que celui-ci avait faites dans le cadre de l'examen de son aptitude au placement. Le SDE a également rappelé que l'assuré n'avait jamais donné suite à sa demande d'obtenir copie des mandats qui lui avaient permis de sortir du chômage au début de l'année 2008, et qu'il n'avait jamais indiqué si ces mandats allaient être réalisés par le biais de sa société. Il a finalement relevé qu'il était difficilement concevable que les attributions professionnelles de l'assuré au sein de l'entreprise puissent être exercées en dehors des heures ordinaires de travail ou par une tierce personne, étant donné qu'il était seul à bénéficier du pouvoir décisionnel au sein de l'entreprise. Le SDE est ainsi arrivé à la conclusion que l'assuré n'avait jamais cessé d'exercer une activité indépendante et que, par conséquent, la condition subjective pour le reconnaître apte au placement - soit la volonté de prendre un travail convenable s'il se présente, mais aussi une disponibilité suffisante quant au temps qu'il pouvait consacrer à un emploi et quant au nombre d'employeurs potentiels - n'était pas réalisée.

Par acte du 29 août 2008, l'assuré a fait opposition à cette décision, par l'intermédiaire de son mandataire, l'avocat Jean-Marie Faivre, à Genève, concluant à son annulation pure et simple. En substance, il a fait valoir que, durant sa carrière professionnelle, il avait été actif, alternativement, comme indépendant et salarié, et qu'il s'était inscrit au registre du commerce en mars 1990, comme exploitant d'une entreprise individuelle active dans le placement de personnel et conseiller en entreprise. En parallèle, il avait créé un site Internet décrivant son expérience en matière de ressources humaines, à l'enseigne de " H._____". Il a précisé que lors de son dernier emploi, il avait été expressément autorisé à continuer à exercer certains mandats à titre indépendant et avait, dans ce cadre, réalisé un chiffre d'affaires de l'ordre de 100'000 fr., correspondant toutefois à une perte de 1'840 fr. 40, mais que durant la période d'indemnisation par le chômage, il n'avait pas assumé le moindre mandat, les locaux utilisés anciennement à des fins professionnelles étant alors occupés par sa fille, qui en avait fait sa

résidence. L'assuré a ajouté que les seules activités exercées pendant son chômage avaient consisté en des cours du soir dans le domaine des ressources humaines dispensés au sein du Centre D._____, à Genève, les 3, 10, 17 et 31 octobre 2007, ainsi que 3 jours de cours (ateliers de simulation-technique d'entretien) les 5 juin, 5 juillet et 23 octobre 2007. Il a cependant confirmé que sa disponibilité avait été complète durant toute la période où il avait été indemnisé par l'assurance-chômage, précisant que s'il avait répondu négativement à la question du formulaire portant sur un éventuel revenu tiré d'une activité indépendante, c'était en raison du caractère accessoire, peu important et déficitaire de celle-ci. Il a indiqué à cet égard que son dernier employeur l'avait autorisé à exercer, à titre accessoire, certains mandats hors de ses heures de travail et a produit une attestation de M._____ du 22 juillet 2008 confirmant que "M. D._____ était autorisé à gérer certains mandats accessoires pour son compte (constituant de[s] cours qu'il animait et non pas du recrutement)". Quant à la coexistence de deux comptes bancaires, l'assuré a expliqué qu'il avait un intérêt évident à ne pas mélanger le compte destiné à la réception des indemnités chômage avec celui précédemment utilisé pour l'encaissement d'honoraires qui pouvaient lui être dus en rapport avec son activité accessoire indépendante.

Invitée par l'Instance juridique chômage du SDE à se déterminer sur l'opposition de l'assuré, la division juridique des ORP a exposé dans un avis du 7 octobre 2008 que les arguments soulevés par ce dernier ne remettaient pas en cause le fait que, dès son inscription au chômage en 1990, il avait œuvré en qualité d'indépendant et qu'il n'avait eu de cesse, non pas d'alterner, mais de concilier une activité d'indépendant et de salarié, ce qui n'était pas compatible avec l'assurance-chômage. Ainsi, selon la division juridique des ORP, depuis son inscription au registre du commerce, l'assuré avait déployé une activité indépendante ayant un caractère durable et nécessitant un investissement certain au regard de son but, à savoir : une activité de placement de personnel et de conseiller en entreprise. Elle a également relevé qu'aucun élément ne lui permettait d'estimer les jours et les horaires précis durant lesquels l'assuré était disponible pour un emploi

salarié à 100 %, contrairement à ce que celui-ci affirmait. De plus, dès l'ouverture de son premier délai-cadre, en novembre 1998, l'assuré avait omis de déclarer certains revenus à la caisse de chômage, ce qui ne permettait pas à celle-ci d'effectuer un contrôle sur ses revenus effectifs. En outre et contrairement à ce qu'avait indiqué l'assuré, le site Internet " H. _____ " ne se bornait pas à décrire son expérience en matière de ressources humaines, mais proposait, outre un accompagnement aux demandeurs d'emploi, une rubrique "postes ouverts". L'assuré avait également été autorisé à continuer certains mandats à titre indépendant pour sa société, ce qui prouvait que ladite société avait bel et bien eu une activité en 2007, même déficitaire, et qu'il ne s'agissait, en aucun cas, d'une activité accessoire.

Les déterminations du SDE, division juridique des ORP, ayant été soumises à l'assuré, ce dernier a répondu par lettre du 24 octobre 2008. Il a exposé notamment qu'entre 1998 et fin décembre 2007, il avait alterné, voire occasionnellement concilié une activité de salarié et d'indépendant et qu'il n'avait jamais caché cette situation aux instances de chômage. Quant à l'activité accessoire qu'il avait exercée alors qu'il était employé de M. _____, elle avait été interrompue au moment où il avait déposé sa demande d'indemnités de chômage, indépendamment du fait qu'elle n'était de toute façon pas un obstacle à la reprise d'une activité à plein temps.

Statuant sur l'opposition formée par l'assuré, l'Instance juridique chômage du SDE, a confirmé, le 20 novembre 2009, la décision d'inaptitude au placement du 10 juillet 2008. Elle a d'abord relevé que, contrairement à ce que l'assuré avait indiqué dans son acte d'opposition, l'on ne pouvait pas retenir qu'il n'avait pas assumé le moindre mandat à partir du moment où il avait été indemnisé par l'assurance-chômage, soit dès le 1^{er} juin 2007. Il avait en effet dispensé 3 jours de cours en faveur de la société B. _____, en date des 5 juin, 5 juillet et 23 octobre 2007, activité qu'il avait annoncée à la caisse de chômage par courrier du 5 décembre 2007 seulement. Il avait également donné 4 cours du soir, durant le mois d'octobre 2007, auprès du Centre D. _____ à Genève, en

date des 3, 10, 17 et 31 octobre 2007, activité qu'il n'avait pas mentionnée dans le formulaire IPA du mois en question. L'autorité inférieure a par ailleurs constaté que quand bien même l'activité indépendante déployée par l'assuré durant l'année 2007 s'était soldée par une perte de 1'840 fr. 40, elle avait engendré un chiffre d'affaires de 114'782 fr. 90, constitué presque exclusivement de la perception d'honoraires. Or, l'assuré avait expliqué que cette activité avait été déployée durant le premier semestre de l'année 2007, soit lorsqu'il était encore sous contrat de travail à plein temps avec la société M._____.

L'autorité inférieure a dès lors considéré qu'il était difficilement concevable qu'une activité que l'assuré qualifiait lui-même à maintes reprises d'accessoire, de surcroît compatible avec un emploi à plein temps et tolérée par son ancien employeur, et donc censée s'exercer en-dehors des heures de travail, puisse engendrer 114'782 fr. 90 d'honoraires en quelques mois seulement. De toute évidence, cette activité n'avait pu que continuer et s'accroître notablement, à partir du moment où l'intéressé avait terminé son activité salariée auprès de M._____, soit dès son inscription au chômage, en juin 2007. Par ailleurs, la consultation du site Internet de H._____, permettait de conclure qu'il s'agissait en réalité d'un outil de travail et non d'une simple description de l'expérience en ressources humaines de l'assuré n'ayant d'autre utilité que d'offrir un aspect esthétique. Ce site était à l'évidence le reflet d'une activité durable et importante. L'autorité inférieure a encore retenu que l'assuré avait admis être titulaire de deux comptes bancaires, expliquant qu'il avait un intérêt évident, notamment sur le plan fiscal, à ne pas mélanger celui qui était destiné à la réception des indemnités de chômage et celui qui servait à l'encaissement de ses honoraires professionnels. Enfin, elle a exposé que dans un courrier adressé à l'ORP en date du 14 mai 2007, l'assuré avait précisé qu'il n'était pas prêt à faire radier sa société du registre du commerce, car "l'on ne peut savoir de quoi demain sera fait et la possibilité de « vendre »[sa] société pouvait rester une source financière par la suite". Elle voyait ainsi mal comment une entreprise censée n'avoir pratiquement plus d'activité, selon les dires de l'assuré, pouvait constituer une source financière. Sur la base de ces éléments, l'autorité inférieure a conclu qu'on ne pouvait que retenir comme suffisamment établi le fait

que, durant la période où il était inscrit au chômage, soit à partir du 1^{er} juin 2007, l'assuré avait déployé une activité indépendante importante. Il n'avait au demeurant fourni aucun élément permettant de déterminer s'il présentait malgré tout une disponibilité suffisante pour un emploi et, dans l'affirmative, dans quelle proportion. Il convenait donc de nier son aptitude au placement. L'autorité inférieure a également retenu que l'aptitude au placement de l'assuré devait être niée pour une autre raison. En effet, la disposition à accepter un travail convenable au sens de l'art. 16 LACI inclut également la volonté de prendre un tel emploi s'il se présente. Or il ressortait à n'en pas douter de l'ensemble du dossier que l'assuré n'avait pas cette volonté, son unique but étant de continuer à exercer son activité indépendante, laquelle n'avait jamais cessé de constituer la colonne vertébrale de sa carrière professionnelle, depuis la création de sa société, preuve en était que ce n'était pas pour exercer une activité salariée, mais bien après avoir obtenu de nouveaux mandats que l'assuré avait demandé à se désinscrire de l'assurance-chômage. A la lumière de ces éléments, son inscription au chômage à compter du 1^{er} juin 2007 ne paraissait avoir eu comme seul but que de couvrir d'éventuels risques d'entreprise, ce qui ne pouvait en aucun cas être le rôle de l'assurance-chômage.

F. Parallèlement à cette procédure, la CCh a, par décision du 19 août 2008, réclamé la restitution du montant de 38'181 fr. 10 correspondant au montant total des indemnités de chômage versées à l'assuré pour la période de juin à décembre 2007. L'assuré s'est opposé à cette décision.

G. Par acte du 12 janvier 2010, D._____ a recouru contre la décision sur opposition rendue le 20 novembre 2009 par le SDE, Instance juridique chômage, concluant, sous suite de frais et dépens, à son annulation. Il a repris en substance les griefs invoqués dans son opposition du 29 août 2008.

Dans sa réponse du 12 février 2010, l'autorité intimée a conclu au rejet du recours et à la confirmation de la décision attaquée, et a renvoyé aux motifs qu'elle avait développés dans sa décision.

Dans ses déterminations du 23 mars 2010, l'assuré a encore exposé que le chiffre d'affaire réalisé par J._____, entre janvier et mai 2007, de 114'000 fr. correspondait au placement de cinq personnes, ce qui ne permettait pas d'en conclure une activité intense de son entreprise. Il a par ailleurs estimé que les formulaires remplis par deux demandeurs d'emploi, mentionnant avoir postulé auprès du recourant, et, pour l'un d'entre eux, avoir passé un entretien avec lui, devaient être écartés de la procédure dans la mesure où ils avaient été caviardés, ce qui l'empêchait de se déterminer valablement sur leur contenu.

Le 15 juin 2010, l'autorité intimée a produit les originaux des formulaires de recherches d'emploi susmentionnés ; il s'agit du formulaire du mois de juillet 2007 de M. Z._____, qui indique avoir passé un entretien d'engagement avec l'assuré, et celui de Mme F._____ du mois d'août 2007, qui mentionne avoir contacté par écrit l'assuré pour un poste d'assistante personnelle.

Le recourant s'est déterminé par acte du 30 juin 2010 comme suit :

"a. De par ses activités professionnelles, Monsieur D._____ était en contact avec [...], société d'outplacement dont les bureaux sont à [...]. A la demande de cette société, Monsieur D._____ fut invité à faire un exposé sur le marché de l'emploi à l'attention des clients de [...], cette prestation ayant été faite à titre gracieux.

Dans le prolongement de cette conférence, Monsieur Z._____ demanda à [...] les coordonnées téléphoniques de Monsieur D._____ et celui-ci, qui émargeait au chômage, l'adressa à Monsieur G._____ qui reçut Monsieur Z._____ dans les bureaux de H._____ qu'il occupait occasionnellement comme indiqué antérieurement.

Monsieur D._____ n'a fait que présenter Monsieur Z._____ à Monsieur G._____.

b. Monsieur D._____ ne connaît pas Madame F._____. A lire le formulaire de recherche d'emploi rempli par elle, il est vraisemblable que celle-ci n'a fait qu'écrire à l'ancien bureau de Monsieur D._____, son courrier ayant sans doute été réceptionné par Monsieur G._____. La mention « en suspens » semble attester qu'il n'y a jamais eu de réponse de la part de H._____, respectivement de la part de Monsieur G._____."

Le 8 septembre 2010, l'autorité intimée a pris position sur les déterminations de l'assuré de la manière suivante :

"Monsieur D. _____ explique que c'est de par ses activités professionnelles qu'il était en contact avec la société [...]. Il indique donc qu'il avait encore une activité professionnelle, alors qu'il n'a cessé de soutenir qu'il n'en avait plus, sous réserve de quelques cours occasionnels.

Il admet également que Monsieur Z. _____ a été reçu dans les bureaux de H. _____, alors qu'il indiquait pourtant, notamment dans son acte de recours (page 3, point 8), que, durant la période en cause, les locaux en question étaient occupés par sa fille, qui en avait fait sa résidence.

Relevons également que, sur le formulaire de recherches d'emploi rempli par Monsieur Z. _____, figure clairement la précision « D. _____ », sous la rubrique ayant trait à la personne contactée, tandis que sous la rubrique concernant le résultat de la postulation, il est précisé « entretien avec M. D. _____ ».

Quant au formulaire de recherches d'emploi rempli par Madame F. _____, il indique également le nom du recourant, sous la rubrique se rapportant à la personne contactée. De plus, le fait que la précitée ait mentionné « en suspens », sous la rubrique ayant trait au résultat de l'offre d'emploi indique simplement qu'au moment où elle a rempli le formulaire en question, elle n'avait pas encore reçu de réponse définitive de l'employeur contacté."

H. Par arrêt rendu le 25 novembre 2011 (ACH 3/10 - 139/2011), la Cour des assurances sociales a rejeté le recours formé par D. _____ à l'encontre du SDE et confirmé la décision sur opposition rendue par ce dernier le 20 novembre 2009. La Cour de céans a retenu, au degré de la vraisemblance prépondérante, que le recourant avait poursuivi son activité d'indépendant durant la période où il avait été indemnisé par l'assurance-chômage, conservant un outil de travail par sa raison individuelle J. _____ inscrite au registre du commerce, des locaux commerciaux une structure administrative organisée, qui lui avait permis de réaliser des mandats importants et des revenus non négligeables sur l'année 2007. C'était du reste à l'évidence grâce à cette activité d'indépendant qu'il avait obtenu au début de l'année 2008 deux mandats importants lui permettant de sortir de l'assurance-chômage. L'autorité intimée était ainsi fondée à nier le droit du recourant à l'indemnité de chômage, avec effet rétroactif au 1^{er} juin 2007, au motif qu'il ne remplissait pas la condition de l'aptitude au placement.

I. D. _____ a recouru contre l'arrêt précité auprès du Tribunal fédéral, concluant à son annulation, ainsi qu'à l'annulation de la décision sur opposition du SDE du 20 novembre 2009.

J. La première Cour de droit social du Tribunal fédéral a rendu son arrêt le 31 janvier 2013 (8C_41/2012), dont on extrait ce qui suit :

"5. En l'occurrence, vu le parcours professionnel de l'assuré et la date de création de sa société, on doit reconnaître que le maintien de celle-ci ne l'a pas empêché d'occuper des emplois salariés à titre principal. On ne saurait donc nier la disponibilité du recourant du seul fait de l'existence de cette raison individuelle. En revanche, il se pose la question de savoir s'il faut tenir pour vraisemblable qu'à partir du 1^{er} juin 2007, D._____ a exercé dans le cadre de sa société une activité indépendante incompatible avec son aptitude au placement.

A cet égard, il ressort des faits établis par les premiers juges qu'il a donné des cours du soir sur mandats à sept reprises. Ces circonstances ne sont toutefois pas décisives. Il s'agit là typiquement d'une activité indépendante peu importante et accessoire dont l'exercice en parallèle au chômage n'est pas de nature à restreindre les possibilités concrètes de l'assuré de trouver un emploi salarié, et qui doit être prise en considération comme gain intermédiaire. Il est également établi que la société J._____ a généré en 2007 un chiffre d'affaires de 114'782 fr. 90 résultant du placement de cinq personnes. Avec les premiers juges, on doit certes convenir que s'il devait s'avérer que ce montant provient d'une activité déployée par D._____ durant son chômage, il serait légitime de déduire que celui-ci avait, contrairement à ses allégués, redonné de l'importance à son occupation indépendante. Cela pourrait le cas échéant conduire à nier le caractère contrôlable de son chômage. En l'état du dossier toutefois, le raisonnement consistant à dire que l'activité en cause s'est forcément déroulée durant la période de chômage compte tenu des termes de l'autorisation accordée par l'ex-employeur relève, à défaut de tout élément de preuve contraire, de la simple conjecture. Il en va de même des déductions que le tribunal cantonal a tirées du site Internet et de la location des locaux sis à la rue [...]. D'une part, l'assuré avait pris ces dispositions déjà du temps où il exerçait une activité salariée. D'autre part, le maintien de son site Internet n'implique pas qu'il ait effectivement fourni les services proposés. A cela s'ajoute qu'il est discutable d'écarter les explications du recourant sur les différents points pouvant susciter un doute sans même donner suite à sa demande d'audition de G._____ grâce auquel il entendait prouver ses allégations. En vérité, il y a lieu de constater que l'instruction du cas est insuffisante pour trancher la question litigieuse.

Il convient par conséquent d'annuler le jugement entrepris et de renvoyer la cause à la juridiction cantonale afin qu'elle en complète l'instruction, notamment en requérant de D._____ la production de tout document propre à attester ses déclarations relatives à la réalisation des mandats de placement de personnel ayant généré le chiffre d'affaires de 114'782 fr. 90, et en procédant à l'audition de G._____ voire le cas échéant à celle de Monsieur Z._____. Dans cette mesure, le recours doit être admis."

K. L'instruction de la cause ayant été reprise, le recourant a produit, les 14 et 18 mars 2013, deux bordereaux de pièces complémentaires, le premier contenant copies de cinq factures des 3 janvier, 6 mars, 8 mars, 19 mars et 4 avril 2007, adressées à des entreprises mandantes pour l'engagement de personnel, pour un montant de 11'362 fr. 55, 14'099 fr. 90, 57'560 fr., 15'107 fr. et 16'654 fr., soit un

total de 114'783.45 francs. Le deuxième bordereau contient 3 factures inhérentes aux frais de recherches de candidats pour un montant total de 34'337 fr. 50, dites factures étant antérieures à la période de chômage du recourant.

L'intimé s'est déterminé le 9 avril 2013, rappelant que la Cour de céans avait retenu, dans son arrêt du 25 novembre 2011, que l'autorisation de M. _____ à l'égard de l'activité indépendante du recourant portait sur des cours de formation et non sur le placement de personnel, comme le prétendait ce dernier.

E n d r o i t :

1. Suite à l'annulation de la décision de la Cour des assurances sociales du 25 novembre 2011 par le Tribunal fédéral, renvoyant la juridiction cantonale à statuer à nouveau après avoir procédé à un complément d'instruction, demeure litigieuse la question de l'aptitude au placement de D. _____ au regard de l'activité indépendante entreprise par ce dernier durant l'année 2007, plus particulièrement du chiffre d'affaires de 114'785 fr. 45 réalisé par son entreprise en nom individuel J. _____.

2. En substance, le Tribunal fédéral a requis de la Cour de céans qu'elle procède aux mesures d'instruction complémentaires propres à déterminer la période de l'année durant laquelle le chiffre d'affaires précité avait été réalisé, soit la production par le recourant de tout document propre à attester ses déclarations relatives à la réalisation des mandats de placement de personnel ayant généré le chiffre d'affaires en question, ainsi que l'audition de G. _____, voire le cas échéant, celle de M. Z. _____.

3. a) Selon l'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), l'assuré a droit à l'indemnité de chômage s'il est apte au placement. 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, et la disposition à accepter un travail convenable au sens de l'art. 16 LACI, d'autre part. Ce deuxième aspect de l'aptitude au placement implique la volonté de prendre un tel travail s'il se présente (ATF 125 V 51 consid. 6a ; 123 V 214 consid. 3).

b) 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 (arrêt C 160/94 du 13 février 1995 consid. 3, *in* DTA 1996 no 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. arrêt C 276/03 du 23 mars 2005 consid. 5 ; voir aussi ATF 112 V 326 consid. 3d ; BORIS RUBIN, Assurance-chômage, 2^e 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).

4. En l'espèce, les pièces produites par le recourant les 14 et 18 mars 2013 permettent de retenir, au degré de la vraisemblance, que le

chiffre d'affaires de 114'785 fr. 45 a effectivement été réalisé avant le début du droit du recourant à l'indemnité ouvert le 1^{er} juin 2007.

Dans ces circonstances et compte tenu du temps écoulé, il apparaît inutile de procéder aux auditions de MM. G._____ et Z._____.

Le Tribunal fédéral ayant en outre retenu que les autres circonstances – soit notamment les cours du soir donnés par le recourant sur mandat, les termes de l'autorisation accordée par M._____, le site Internet et la location de locaux à Genève – n'étaient pas à même de constituer des éléments suffisants pour retenir l'inaptitude, il convient d'admettre en définitive que l'activité indépendante poursuivie par le recourant ne faisait pas obstacle à son aptitude au placement.

5. **a)** Au vu de ce qui précède, le recours doit être admis et la décision attaquée réformée en ce sens que D._____ est reconnu apte au placement dès le 1^{er} juin 2007 et ce durant toute la période d'indemnisation litigieuse. La cause restera en mains de l'autorité intimée pour suite utile, en particulier quant à la demande de restitution des prestations déjà versées qui s'avère infondée.

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

c) Ayant obtenu gain de cause avec l'assistance d'un mandataire professionnel, le recourant a droit à des dépens (art. 55 LPA-VD et art. 61 let. g LPGA). Le montant de ces derniers étant déterminés, sans égard à la valeur litigieuse, d'après l'importance et la complexité du litige, il convient de les fixer équitablement à 2'000 francs.

**Par ces motifs,
la Cour des assurances sociales
p r o n o n c e :**

- I. Le recours est admis.

- II. La décision sur opposition rendue le 20 novembre 2009 par le Service de l'emploi, Instance juridique chômage, est réformée en ce sens que D._____ est reconnu apte au placement dès le 1^{er} juin 2007.

- III. Le Service de l'emploi, Instance juridique chômage versera à D._____ une équitable indemnité de 2'000 fr. (deux mille francs) à titre de dépens.

- IV. Il n'est pas perçu de frais judiciaires.

Le président :

La greffière :

Du

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

- Me Jean-Marie Faivre (pour D._____),
- 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 :