

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 1^{er} février 2017

Composition : M. NEU, juge unique
Greffier : M. Addor

Cause pendante entre :

X. _____, à Lausanne, recourant, représenté par Me Olivier Burnet, avocat
à Lausanne,

et

SERVICE DE L'EMPLOI, Instance juridique chômage, à Lausanne, intimé.

Art. 4 al. 1 OPGA

E n f a i t :

A. a) Le 28 novembre 2008, X. _____ (ci-après : l'assuré ou le recourant), né en 1949, s'est inscrit une première fois comme demandeur d'emploi auprès de l'Office régional de placement (ci-après : l'ORP) de Lausanne, revendiquant des indemnités de chômage dès le 8 décembre 2008. Il a bénéficié d'un délai-cadre d'indemnisation ouvert pour la période du 8 décembre 2008 au 7 décembre 2010. Il a annoncé un taux de disponibilité à l'emploi de 100%.

L'assuré s'est inscrit une seconde fois comme demandeur d'emploi auprès de l'ORP de Lausanne, en date du 28 août 2010, un nouveau délai-cadre d'indemnisation lui ayant été ouvert dès le 8 décembre 2010.

b) Dans une lettre du 26 juin 2012 faisant suite à un contrôle effectué par le Secrétariat d'Etat à l'économie, la Caisse cantonale de chômage (ci-après : la caisse) a informé l'assuré que celui-ci avait fait contrôler normalement son chômage pour la période courant du 1^{er} mai 2010 au 30 septembre 2010. Or, il ressortait de l'extrait de compte AVS de l'agence communale d'assurances sociales de Lausanne daté du 13 juin 2012 qu'il avait déclaré un revenu de 10'000 fr. pour l'année 2010, correspondant à l'exercice d'une activité indépendante. Dans la mesure où l'assuré avait coché la case « non » à la question « Avez-vous exercé une activité indépendante ? » figurant sur les formulaires joints en annexe « Indications de la personne assurée » pour les mois de mai à septembre 2010, la caisse se devait de constater que l'assuré avait fait contrôler abusivement son chômage du 1^{er} mai au 30 septembre 2010. Elle lui a en conséquence fixé un délai de dix jours pour fournir des explications complètes et détaillées à ce propos.

Déférant à l'injonction de la caisse, l'assuré lui a adressé une lettre datée du 9 juillet 2012, dans laquelle il exposait avoir envisagé dès le 1^{er} mai 2010 de se mettre à son compte, étant donné qu'il était sans

emploi. Il a expliqué qu'il s'était rendu au mois de juin 2010 en Guinée pour y rechercher des produits alimentaires qu'il comptait ensuite revendre en Suisse. Faute d'accord avec les fournisseurs potentiels, l'assuré serait rentré en Suisse à la mi-août 2010, sans avoir effectué la moindre vente dans notre pays. Invité par la caisse AVS à indiquer le revenu qu'il escomptait retirer de son activité, le recourant avait estimé à 2'000 fr. par mois le gain susceptible d'être réalisé. Tout en convenant que le chiffre de 10'000 fr. retenu par la caisse AVS correspondait à ses déclarations, l'assuré relevait toutefois qu'il s'agissait d'un montant approximatif et que son activité, faute d'avoir pu se concrétiser, ne lui avait de toute façon procuré aucun revenu.

Au vu de ces éléments, la caisse a demandé au Service de l'emploi, en date du 10 octobre 2012, de statuer sur l'aptitude au placement de l'assuré et, le cas échéant, d'indiquer le pourcentage auquel il serait susceptible d'être placé.

Le 15 octobre 2012, le Service de l'emploi a soumis à l'assuré une liste de questions auxquelles il était prié de répondre par écrit dans un délai de dix jours.

Le 13 novembre 2012, l'assuré a répondu en ces termes aux questions posées :

- « 1. Quelles étaient vos dispositions et disponibilités à l'exercice d'une activité salariée ?
"A l'époque, j'étais sans activité salariée et désespérais de ne pas trouver d'emploi. Face à cette situation, j'ai cru pouvoir exercer une activité à titre indépendant ; malheureusement, cet espoir fut totalement vain. Je me réfère à cet égard à la lettre du 9 juillet 2012 que je vous avais déjà adressée et dont vous trouverez copie en annexe".
2. Quels étaient vos objectifs professionnels ?
"Comme expliqué ci-dessus, j'ai longtemps espéré pouvoir trouver une activité salariée. Face à l'impasse dans laquelle je me trouvais, j'avais alors espéré pouvoir travailler à titre indépendant. Comme déjà relevé, ce projet n'a malheureusement pas pu se réaliser".
3. Pour quel motif n'avez-vous pas annoncé cette activité à l'ORP ?

"C'est sans doute à tort que je n'ai pas annoncé mon projet à l'ORP. Toutefois, je n'étais pas sûr de réussir et je ne voulais pas vous annoncer une nouvelle activité sans que celle-ci puisse effectivement se réaliser. Les faits ont malheureusement prouvé que mon projet n'était pas réalisable".

4. Dans quelle mesure étiez-vous prêt à renoncer à cette activité indépendante pour la reprise d'une activité professionnelle ou pour suivre une mesure octroyée par l'ORP (cours, stage, PET, etc.) ?
"A tout moment, j'aurais choisi une activité salariée, si une proposition m'avait été faite. J'étais en effet conscient que la tentative d'une activité professionnelle indépendante était quelque peu risquée".
5. Quels étaient les jours, ou quelles sont les demi-journées de la semaine consacrées à cette activité indépendante ? Les jours ou demi-journées consacrés tant à cette activité indépendante, que pour ceux mis à disposition d'un employeur et/ou de l'ORP, doivent être fixés de manière précise et définitive.
"Durant le mois de mai 2010, ma disponibilité était totale pour effectuer un éventuel emploi salarié. Ce n'est qu'à partir du mois de juin 2010 que je me suis rendu en Guinée pour rechercher des produits alimentaires que j'espérais pouvoir vendre en Suisse. Dès mon retour en Suisse (à la mi-août 2010), j'étais à nouveau apte à accepter tout emploi salarié".
6. A contrario à la question précédente, les jours et les heures précis durant lesquels vous étiez disponible à l'exercice d'une activité salariée ou pour participer à une mesure octroyée par l'ORP (cours, stage, etc.) ? Les jours ou demi-journées consacrés tant à cette activité indépendante, que pour ceux mis à disposition d'un employeur et/ou de l'ORP, doivent être fixés de manière précise et définitive.
"Déjà répondu".
7. Le temps consacré aux démarches administratives et à la prospection et à la mise en place de cette activité indépendante ; etc. ?
"Durant le mois de mai 2010 et quand bien même j'étais disponible pour exercer toute éventuelle activité salariée, j'ai passé la plus grande partie de mon temps à prendre des contacts avec des compatriotes en vue du démarrage de mon activité indépendante".
8. Si vous avez retiré votre 2^{ème} pilier pour la création de cette activité indépendante ?
"Malheureusement, j'ai effectivement retiré mon 2^{ème} pilier en vue de mon activité indépendante. La vérité m'oblige malheureusement à dire que, ayant perdu la mentalité africaine, je me suis fait gruger en Guinée en investissant des sommes importantes en vue de l'achat de denrées alimentaires. J'ai ainsi perdu l'essentiel des montants retirés de mon 2^{ème} pilier. Je regrette amèrement la façon dont les choses se sont déroulées".

9. Si vous aviez conclu un bail à loyer pour des locaux commerciaux (veuillez nous en remettre une copie) ?
"Je n'avais pas conclu de bail à loyer pour les locaux commerciaux. Je pensais utiliser mon studio et entreposer la marchandise dans ma cave". »

c) Par décision du 15 novembre 2012, confirmée sur opposition le 7 février 2013, le Service de l'emploi a déclaré l'assuré inapte au placement pour la période courant du 1^{er} mai 2010 au 11 octobre 2010, date de la fin de l'affiliation de l'assuré à la caisse AVS.

Saisie d'un recours formé par l'assuré contre la décision sur opposition du 7 février 2013, la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal du canton de Vaud l'a rejeté par arrêt du 10 juillet 2014 (cause n° ACH 37/13 - 106/2014) en considérant plus particulièrement ce qui suit :

« 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 son activité indépendante pour accepter un emploi convenable s'il se présentait.

Il convient de retenir en l'occurrence que, de l'aveu du recourant lui-même (cf. lettre du 13 novembre 2012), celui-ci avait consacré la majeure partie du mois de mai 2010 à nouer des contacts avec des compatriotes africains en vue du démarrage de son activité indépendante, démontrant ainsi qu'il n'avait plus l'intention de se mettre à la disposition du marché du travail. Le caractère durable de l'entreprise projetée se déduit aussi du fait que le recourant avait retiré son avoir de prévoyance professionnelle en vue de disposer du capital nécessaire à la mise en route de l'activité envisagée. Peu importe à cet égard qu'il n'aurait touché les fonds que le 9 juin 2010, sachant que le retrait de l'avoir de prévoyance professionnelle peut nécessiter jusqu'à plusieurs mois suivant les caisses de pension, le recourant n'indiquant au demeurant pas à quelle date il aurait complété le formulaire de retrait. De surcroît, il sied de relever que le recourant s'est inscrit en tant qu'indépendant auprès d'une caisse de compensation, exprimant par cette démarche sa volonté de pérenniser son changement de statut. Ce n'est qu'une fois confronté à l'échec patent de son projet qu'il a renoncé à son activité d'indépendant (cf. lettre du 11 octobre 2010 à la caisse de compensation). On observe par ailleurs que le recourant, outre les pourparlers du mois de mai 2010, a séjourné deux mois et demi en Guinée pour tenter de donner corps à l'entreprise projetée. Des éléments qui précèdent, on peut fortement douter que cette dernière ait présenté un caractère transitoire et ne nécessitant que peu d'investissements et que, dans ces conditions, le recourant aurait été prêt à l'abandonner abruptement. Qu'il ne se soit agi que

d'une phase de lancement et que le recourant n'ait pas pu bénéficier d'un revenu régulier n'y change rien, car il n'appartient pas à l'assurance-chômage de couvrir le risque d'entrepreneur. A cela s'ajoute le fait que le recourant n'a jamais été en mesure d'indiquer avec précision les heures auxquelles il estimait être disponible à l'exercice d'une activité salariée, se contentant d'alléguer de manière toute générale qu'il aurait été prêt à accepter un emploi salarié si celui-ci s'était présenté. De telles déclarations ne suffisent pas à admettre une aptitude au placement, fût-elle partielle, celle-ci devant au contraire se déduire d'indices extérieurs concrets (cf. sur ce point Bulletin LACI IC, janvier 2014, paragraphe B 241). C'est au surplus en vain que le recourant reproche à l'intimé et, plus généralement aux organes de l'assurance-chômage, de ne pas lui avoir proposé un poste correspondant à son profil. Ce faisant, il perd de vue qu'il lui appartient, au premier chef, d'entreprendre tout ce qu'on peut raisonnablement exiger de lui pour éviter le chômage ou l'abréger (art. 17 al. 1 LACI), ce qui implique notamment d'effectuer des recherches d'emplois, démarche qui s'apprécie tant au regard de la quantité que de la qualité. Le recourant ne saurait donc s'exonérer de toute responsabilité en critiquant l'intimé pour ne pas lui avoir suggéré un travail répondant à ses capacités. Enfin, le recourant ne saurait faire grief à l'intimé de ne pas avoir cherché à s'informer de son taux d'activité. On rappellera à cet égard que l'assuré a un devoir de renseigner (cf. art. 31 al. 1 LPGA), la violation de celui-ci étant susceptible d'être sanctionnée en vertu de l'art. 30 al. 1 let. e ou f LACI. Dans le cas présent, le recourant n'a non seulement pas annoncé aux organes de l'assurance-chômage qu'il entendait se mettre à son compte mais il a continué de remplir de manière inexacte les formulaires « Indications de la personne assurée » en niant pour les mois litigieux, d'une part, avoir exercé une activité indépendante et, d'autre part, en continuant d'indiquer qu'il recherchait un pourcentage d'activité à 100%. Ce n'est qu'à la faveur d'un contrôle effectué ultérieurement par l'autorité de surveillance que l'aptitude au placement du recourant a été examinée. On précisera encore que le solde de 26'124 fr. 24 articulé par le recourant dans son écriture du 22 avril 2014 ne fait pas l'objet de la décision querellée, de sorte qu'il n'y a pas lieu d'entrer en matière sur ce point (cf. ATF 131 V 164 consid. 2.1 et la référence).

Compte tenu de l'ensemble de ces circonstances et de la jurisprudence citée plus haut (cf. notamment consid. 3b supra), il n'est pas établi au degré de la vraisemblance prépondérante que le recourant était véritablement à la recherche d'un emploi salarié. C'est dès lors à juste titre que l'intimé a considéré qu'il avait pour but de se mettre à son compte et qu'il n'était pas disposé à accepter tout travail convenable. Il y a donc lieu de constater que l'intimé n'a pas violé le droit fédéral en considérant le recourant inapte au placement durant la période litigieuse. »

N'ayant pas fait l'objet d'un recours, cet arrêt est entré en force.

d) Par décision sur opposition du 20 octobre 2014, faisant suite à une décision du 6 décembre 2012, la Caisse cantonale de chômage a réclamé à l'assuré la restitution de l'indu afférent à la période d'inaptitude, au montant de 13'592 fr. 85.

L'assuré a renoncé à recourir contre cette décision, mais demandé la remise de l'obligation de restituer l'indu par acte du 19 novembre 2014, complété le 1^{er} mai 2015. A l'appui de sa demande, il a produit une ordonnance de classement rendue le 7 avril 2015 par le Ministère public de l'arrondissement de Lausanne. Il lui était reproché de ne pas avoir indiqué à la Caisse cantonale de chômage, entre le 1^{er} mai 2010 et le 31 octobre 2010, qu'il avait débuté une activité indépendante, percevant ainsi des indemnités indues. La motivation retenue à l'appui du classement prononcé était libellée en ces termes :

« X. _____ a tenté de mettre sur pied une activité indépendante - en espérant précisément obtenir des revenus lui permettant de ne plus dépendre de la Caisse de chômage - sans succès. Il n'a en effet perçu aucun revenu de cette activité, mais y a au contraire perdu de l'argent et a dû renoncer à son projet. Ainsi, en l'absence totale de rentrée d'argent, le prévenu n'a de bonne foi jamais pensé être en devoir d'annoncer cette activité sur le formulaire mensuel destiné à la Caisse de chômage. Il a donc continué à percevoir des indemnités auxquelles il pensait avoir droit en toute bonne foi.

L'infraction réprimée par l'article 105 LACI est intentionnelle. En l'espèce, il y a lieu de constater que les conditions de réalisation de l'infraction ne sont pas réunies, X. _____ n'ayant manifestement pas agi avec conscience et volonté. Le prévenu n'a apparemment jamais voulu ou accepté l'idée d'obtenir des indemnités de chômage indues et rien ne permet de mettre en doute sa bonne foi. Ainsi aucune infraction ne peut être retenue à sa charge. »

Par décision du 21 décembre 2015, le Service de l'emploi (ci-après : le SDE ou l'intimé) a rejeté la demande de remise formulée par l'assuré, au motif que celui-ci ne remplissait pas la condition de la bonne foi.

Le 15 janvier 2016, l'assuré s'est opposé à cette décision en se prévalant de l'ordonnance de classement rendue le 7 avril 2015 par le Ministère public de l'arrondissement de Lausanne.

Statuant par décision du 14 septembre 2016, le SDE a rejeté l'opposition de l'assuré et confirmé la décision contestée.

B. Par acte du 4 octobre 2016, X. _____ a déféré cette décision devant la Cour de céans concluant, sous suite de frais et dépens, à sa réforme « en ce sens que la demande de remise présentée (...) est admise et, partant, qu'il n'est pas tenu de rembourser à la caisse le montant de Fr. 13'592.85. » Se prévalant de l'ordonnance de classement rendue par le Ministère public le 7 avril 2015, le recourant soutient en substance qu'en lui reprochant un comportement dolosif, l'administration intimée est en contradiction avec une décision entrée en force rendue par une autorité judiciaire pénale, ce qui n'est pas admissible. Tout justiciable doit pouvoir en effet se fonder, voire invoquer, une décision entrée en force ; prétendre le contraire relève selon lui de l'arbitraire.

Le 6 octobre 2016, le recourant a été mis au bénéfice de l'assistance judiciaire, avec effet au 4 octobre précédent. Il a été exonéré de toute franchise mensuelle et un avocat d'office en la personne de Me Olivier Burnet lui a été désigné.

Dans sa réponse du 7 novembre 2016, l'intimé a relevé que dans la mesure où les conditions posées à l'examen d'une demande de remise, savoir la bonne foi et la gêne financière, sont cumulatives, il pouvait se dispenser d'examiner la situation matérielle du recourant, dès lors que sa bonne foi devait être niée. Renvoyant pour le surplus à la décision dont est recours, il a conclu à son maintien ainsi qu'au rejet du recours. Il a transmis son dossier.

Le 5 janvier 2017, le recourant a fait savoir qu'il maintenait les conclusions de son recours du 4 octobre 2016.

Ce pli a été communiqué pour information à l'intimé, qui n'a pas procédé plus avant.

C. Le 16 janvier 2017, Me Burnet a déposé le relevé des opérations effectuées dans le cadre de la présente procédure annonçant

lui avoir consacré 6 heures 60 au total (soit 6 heures et 36 minutes une fois la durée exprimée dans le système sexagésimal) auxquelles s'ajoutent 33 fr. de débours.

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 obligatoire et à l'indemnité en cas d'insolvabilité, sous réserve de dérogations expresses (art. 1 LACI [loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.0]). 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) devant le tribunal des assurances compétent (art. 100 al. 3 LACI et 119 al. 1 let. a OACI [ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.02], par renvoi de l'art. 128 al. 1 OACI). 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 a été interjeté dans le délai imparti par la loi et satisfait en outre aux autres conditions formelles de recevabilité (art. 61 let. b LPGA notamment), de sorte qu'il y a lieu d'entrer en matière sur le fond.

b) La Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal est compétente pour statuer dans le cas présent (art. 93 al. 1 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. au vu du montant dont la remise est demandée, 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. Est litigieuse la question de savoir si le recourant remplit les conditions de la remise de l'obligation de restituer, singulièrement la première de ces conditions qu'est la bonne foi. Il n'y a en revanche pas lieu de revenir sur le principe même de la restitution, ce point ayant été définitivement tranché par la Caisse cantonale de chômage aux termes de sa décision sur opposition du 20 octobre 2014, entrée en force en l'absence de recours.

3. Selon l'art. 25 al. 1 LPGA, les prestations indûment touchées doivent être restituées. A teneur de l'art. 4 OPGA (ordonnance du 11 septembre 2002 sur la partie générale du droit des assurances sociales ; RS 830.11), la restitution ne peut être exigée lorsque l'intéressé était de bonne foi et qu'elle le mettrait dans une situation difficile. Ces deux conditions matérielles sont cumulatives et leur réalisation est nécessaire pour que la remise de l'obligation de restituer soit accordée (ATF 126 V 48 consid. 3c ; TF 9C_638/2014 du 13 août 2015 consid. 4.1).

Si l'examen de la première condition (bonne foi) devait mener au constat que celle-ci n'est pas réalisée, celui de la seconde (situation difficile ; cf. à ce sujet : art. 5 OPGA) deviendrait de fait superflue.

Selon la jurisprudence, l'ignorance, par le bénéficiaire des prestations, du fait qu'il n'avait pas droit aux prestations ne suffit pas pour admettre sa bonne foi. Il faut bien plutôt que le requérant ne se soit rendu coupable, non seulement d'aucune intention malicieuse, mais aussi d'aucune négligence grave. Il s'ensuit que la bonne foi, en tant que condition de la remise, est exclue d'emblée lorsque les faits qui conduisent à l'obligation de restituer – comme par exemple une violation du devoir d'annoncer ou de renseigner – sont imputables à un comportement dolosif ou à une négligence grave. En revanche, le bénéficiaire peut invoquer sa bonne foi lorsque l'acte ou l'omission fautifs ne constituent qu'une violation légère de l'obligation d'annoncer ou de renseigner (ATF 138 V 218 consid. 4; 112 V 97 consid. 2c; 110 V 176 consid. 3c).

Il y a négligence grave quand un ayant droit ne se conforme pas à ce qui peut raisonnablement être exigé d'une personne capable de discernement dans une situation identique et dans les mêmes circonstances (ATF 110 V 176 précité consid. 3d). L'examen de l'attention exigible d'un ayant droit qui invoque sa bonne foi relève du droit et le Tribunal fédéral revoit librement ce point (ATF 122 V 221 consid. 3 ; 102 V 245 consid. b).

La jurisprudence est rigoureuse s'agissant de l'obligation d'informer de l'assuré, lequel doit fournir tous les renseignements propres à permettre à la caisse de chômage de l'indemniser. Dans ce contexte, il doit notamment lire les formulaires utiles avec un minimum d'attention, afin d'être en mesure de renseigner correctement les organes d'exécution. Le fait de taire volontairement certains faits ayant une influence manifeste sur le droit à l'indemnité et le calcul de l'étendue de ce droit – on pense notamment à l'exercice d'une activité lucrative non déclarée – constitue un abus qui exclut la bonne foi. Des réticences à donner les informations nécessaires peuvent du reste suffire à nier la bonne foi (TFA P 56/04 du 11 octobre 2005 consid. 7.3). Bien entendu, l'obligation d'informer et d'aviser s'applique aussi aux rapports entre assuré et conseiller de l'office régional de placement. Travailler régulièrement sans l'annoncer à sa caisse, en utilisant les formules prévues à cet effet, empêche la personne concernée de se prévaloir de sa bonne foi, même si elle a travaillé bénévolement (DTA 1998 p. 73 consid. 4b). Il en va de même lorsqu'une activité indépendante débute et ne procure que peu, voire même aucun revenu et qu'elle n'est pas déclarée (TFA C 232/00 du 12 mars 2001 consid. 4c). Ne pas indiquer spontanément qu'une restriction temporelle affecte la disponibilité (taux de disponibilité ou de perte de travail) est constitutif d'une négligence grave. (Boris Rubin, Assurance-chômage, 2^{ème} éd. 2006, ch. 10.6.4.2.1 p. 735 ss, et les références citées).

Enfin, selon une jurisprudence constante, le juge des assurances sociales n'est pas lié par les constatations de fait et l'appréciation du juge pénal et peut s'en écarter notamment si les faits établis au cours de l'instruction pénale et leur qualification juridique se

fondent sur des considérations spécifiques du droit pénal qui ne sont pas déterminantes en droit des assurances sociales (ATF 125 V 237 consid. 6a et les références ; TF 8C_203/2015 du 23 septembre 2015).

4. En l'espèce, l'intimé nie la bonne foi du recourant, lui imputant, s'agissant de prestations indues en raison d'une inaptitude au placement, un comportement dolosif ou à tout le moins une négligence grave du fait de ne pas avoir dûment renseigné la caisse sur sa tentative d'entreprendre une activité indépendante, respectivement de ne pas avoir rempli les formules IPA (indications de la personne assurée) conformément à la vérité. Dans le cadre de l'examen de son aptitude au placement, l'assuré a en substance admis avoir commis une regrettable erreur en n'avisant pas l'ORP de son projet d'activité indépendante, pensant alors qu'il pouvait s'en dispenser jusqu'à ce que cette activité soit effective, respectivement lui procure une rémunération, ce qui ne fut pas le cas. Dans le cadre de la présente procédure, le recourant invoque implicitement les mêmes moyens, se prévalant pour l'essentiel de l'ordonnance de classement rendue le 7 avril 2015 par le Ministère public, reconnaissant selon lui sa pleine bonne foi.

A teneur de cette ordonnance, rendue au regard du fait reproché d'avoir omis d'indiquer à la caisse de chômage qu'il avait débuté une activité indépendante et perçu ainsi des indemnités indues, le procureur a en effet acquitté l'intéressé sur le plan pénal, estimant d'une part que le prévenu n'avait de bonne foi jamais pensé être en devoir d'annoncer cette activité, d'autre part qu'il n'avait apparemment jamais voulu ou accepté l'idée d'obtenir des prestations indues.

Il ne faut cependant pas perdre de vue que la procédure pénale dirigée contre l'assuré a procédé de l'examen de la commission d'une infraction à la LACI, singulièrement de l'infraction réprimée par l'art. 105 LACI, comme mentionné dans l'ordonnance de classement. Or, les infractions sanctionnées par ce droit pénal spécial ne le sont que lorsqu'elles sont commises intentionnellement, soit avec conscience et volonté, ou par dol éventuel en s'accommodant d'un résultat

dommageable envisagé comme possible, mais à l'exclusion de la négligence (cf. Boris Rubin, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Genève/Zurich/Bâle 2014, p. 660, ad art. 105, et la jurisprudence citée). Dès lors, s'il y a lieu de prendre acte du constat de l'autorité pénale de la bonne foi de l'intéressé quant à l'absence d'intention ou de dol éventuel, les considérations spécifiques du droit pénal quant à la qualification et la réalisation de l'infraction ne sont pas déterminantes en droit des assurances sociales. En l'occurrence, il convenait précisément, pour l'autorité administrative, respectivement l'autorité judiciaire de recours, d'examiner le comportement de l'assuré sous l'angle de la négligence, laquelle peut exclure la bonne foi pour autant qu'elle puisse être qualifiée de grave, et non de légère, comme le retient la jurisprudence rappelée ci-dessus.

A cet égard, de l'arrêt de la Cour de céans rendu le 10 juillet 2014, confirmant l'inaptitude au placement durant la période litigieuse et entré en force, il ressort que l'assuré, vu le degré de son engagement dans l'activité indépendante qu'il avait entreprise et le caractère durable de l'activité projetée, n'avait plus l'intention de se mettre à la disposition du marché du travail, séjournant même deux mois et demi à l'étranger, ce qui excluait une aptitude partielle. Ainsi, pour un assuré qui ne pouvait ignorer ses obligations dès lors qu'il faisait contrôler son chômage depuis deux ans, le comportement ayant consisté à ne pas informer l'autorité de son projet, respectivement à attendre que l'avancement de celui-ci lui procure un revenu, ne saurait relever d'une négligence que l'on peut qualifier de légère. Tels qu'invoqués, le désespoir alors vécu de ne pas retrouver du travail, respectivement le constat d'échec de l'entreprise indépendante, ne changent rien au fait que l'assuré ne pouvait ignorer que son comportement - respectivement le temps et les moyens investis pour son projet - avait une incidence sur son statut de demandeur d'emploi et, partant, sur son droit à l'indemnité. Enfin, selon la jurisprudence rappelée ci-dessus, il importe peu que l'activité indépendante entreprise n'ait procuré aucun revenu, voire qu'elle se soit soldée par une perte de l'argent investi. Pareille violation de l'obligation de renseigner ou

d'informer procédait d'une négligence réputée grave, laquelle exclut que l'on tienne la condition de la bonne foi pour réalisée.

5. Partant, fondée, la décision entreprise doit être confirmée et le recours rejeté en conséquence.

6. a) Par décision du 6 octobre 2016, le recourant a été mis au bénéfice de l'assistance judiciaire à compter du 4 octobre 2016 et a obtenu à ce titre l'exonération du paiement d'avances et des frais judiciaires ainsi que la commission d'un avocat d'office en la personne de Me Olivier Burnet (art. 118 al. 1 CPC [code fédéral de procédure civile du 19 décembre 2008 ; RS 272], applicable par renvoi de l'art. 18 al. 5 LPA-VD).

Le 16 janvier 2017, Me Burnet a produit le relevé des opérations effectuées pour la présente procédure. Son activité a été contrôlée au regard de la conduite du procès et rentre globalement dans le cadre de l'accomplissement du mandat confié, de sorte qu'elle doit être arrêtée à 6 heures 36 au total, au tarif horaire de 180 fr. (art. 2 al. 1 RAJ [règlement du 7 décembre 2010 sur l'assistance judiciaire en matière civile ; RSV 211.02.3]), à quoi s'ajoute la TVA au taux de 8%, ce qui représente un montant total de 1'318 fr. 70 pour l'ensemble de l'activité déployée dans le cadre de la présente cause.

Cette rémunération est provisoirement supportée par le canton, le recourant étant rendu attentif au fait qu'il est tenu d'en rembourser le montant dès qu'il sera en mesure de le faire (art. 123 al. 1 CPC). Il incombe au Service juridique et législatif de fixer les modalités de ce remboursement (art. 5 RAJ), en tenant compte des montants payés à titre de contribution mensuelle depuis le début de la procédure.

b) La procédure étant gratuite (art. 61 let. a LPGA), il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires. Le recourant ne saurait prétendre à l'indemnité de dépens qu'il sollicite, dès lors qu'il n'obtient pas gain de cause (art. 61 let. g LPGA et 55 LPA-VD).

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

- I.** Le recours est rejeté.
- II.** La décision sur opposition rendue le 14 septembre 2016 par le Service de l'emploi, Instance juridique chômage, est confirmée.
- III.** L'indemnité d'office de Me Olivier Burnet, conseil du recourant, est arrêtée à 1'318 fr. 70 (mille trois cent dix-huit francs et septante centimes), TVA comprise.
- IV.** Le bénéficiaire de l'assistance judiciaire est, dans la mesure de l'art. 123 CPC, applicable par renvoi de l'art. 18 al. 5 LPA-VD, tenu au remboursement de l'indemnité du conseil d'office mise à la charge de l'Etat.
- V.** Il n'est pas perçu de frais judiciaires, ni alloué de dépens.

Le juge unique :

Le greffier :

Du

L'arrêt qui précède est notifié à :

- Me Olivier Burnet, avocat (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 :