

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 4 septembre 2018

Composition : M. PIGUET, président
M. Berthoud et Mme Dormond Béguelin, assesseurs
Greffier : M. Addor

Cause pendante entre :

G._____, à **P.**_____, recourant, représenté par le Centre social protestant, à Lausanne,

et

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

Art. 8 al. 1 let. f et 15 al. 1 LACI ; 23 al. 3 let. c LEtr

E n f a i t :

A. a) G._____, ressortissant indien né en 1976, a travaillé du 1^{er} septembre 2012 au 31 août 2016 en qualité de conseiller pour le compte de la Banque S._____, SA, à W._____.

A la suite de son licenciement pour des raisons économiques, il s'est inscrit auprès de l'Office régional de placement de P._____ comme demandeur d'emploi à 100 %. UNIA Caisse de chômage (ci-après : la Caisse de chômage) lui a alloué une indemnité de chômage pleine et entière à partir du 1^{er} septembre 2016.

b) Après avoir été informé par sa division chargée du contrôle du marché du travail et la protection des travailleurs (ci-après : le CMTPT) que la demande de renouvellement du permis de séjour de G._____ était « à l'examen sans droit de travailler dès le 17.09.2016 », le Service de l'emploi a, par décision du 14 juillet 2017, prononcé l'inaptitude au placement de l'assuré à compter du 17 septembre 2016, au motif que l'assuré ne disposait pas d'une autorisation de travailler sur le territoire suisse.

Le 10 août 2017, l'assuré a formé opposition contre cette décision, expliquant qu'il avait retrouvé un emploi à 30 % auprès de la Banque B._____ SA. Sans nouvelle du CMTPT, il n'avait toutefois pas été en mesure de débiter son emploi comme prévu le 1^{er} août 2017, si bien que le début des rapports de travail avait été repoussé au 1^{er} septembre 2017. Le CMTPT a, par décision du 4 octobre 2017, refusé d'allouer à l'assuré une autorisation de travail, au motif qu'une telle autorisation ne pouvait être allouée pour une activité dont le taux s'élevait à 30 %.

Faute pour l'assuré d'être au bénéfice d'une autorisation de travail qui lui permettrait d'accepter l'offre d'un employeur potentiel, le Service de l'emploi a, par décision du 18 octobre 2017, rejeté l'opposition formée par l'assuré.

B. **a)** Par acte du 16 novembre 2017, G._____ a, par l'intermédiaire du Centre social protestant, déféré la décision rendue le 18 octobre 2017 par le Service de l'emploi à la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal du canton de Vaud, concluant à l'annulation de ladite décision. Il a indiqué à la Cour de céans qu'il venait de signer un nouveau contrat de travail auprès de la société H._____ AG à L._____ pour un taux d'activité de 100 % et un salaire annuel de 120'000 francs. Dans la mesure où ces conditions n'étaient pas différentes de celles qu'il avait connues auprès de la Banque S._____ SA, il pouvait donc s'attendre, lorsqu'il s'est annoncé au chômage, à ce que son autorisation de travail soit renouvelée, puisqu'il disposait d'une formation universitaire en Suisse et d'une solide expérience dans le domaine recherché. A cet égard, une nouvelle demande d'autorisation de travail avait été déposée auprès du CMTPT.

b) Dans sa réponse du 14 décembre 2017, le Service de l'emploi a conclu au rejet du recours. Il estimait que le recourant n'apportait aucun élément démontrant qu'il était apte au placement depuis le 17 septembre 2016. Le fait d'avoir conclu un nouveau contrat de travail ne suffisait pas à retenir une telle aptitude, puisque la validité de ce contrat semblait être conditionnée à l'obtention d'une autorisation de travail.

c) Dans ses déterminations complémentaires du 11 janvier 2018, G._____ a informé la Cour de céans que le CMTPT avait accepté sa demande d'autorisation de travail.

d) Par courrier du 1^{er} février 2018, G._____ a transmis à la Cour de céans la décision du Secrétariat d'Etat aux migrations acceptant sa demande d'autorisation de travail auprès de la société H._____ AG.

e) Dans ses déterminations du 1^{er} février 2018, le Service de l'emploi a indiqué que l'autorisation de travail du recourant avait été accordée sur la base de l'art. 23 LEtr, c'est-à-dire en raison de ses

qualifications professionnelles supérieures. Une autorisation n'aurait pas pu lui être délivrée pour la prise d'un emploi exigeant des qualifications inférieures. Or l'aptitude au placement implique que l'assuré soit autorisé à accepter un emploi convenable au sens de l'art. 16 al. 2 LACI et non pas uniquement un emploi correspondant à son domaine de prédilection ou à ses qualifications professionnelles supérieures. En d'autres termes, un directeur de banque au chômage doit être autorisé à accepter un emploi moins qualifié pour être réputé apte au placement. Ainsi, l'argumentation du recourant démontrait uniquement qu'il était autorisé à accepter un emploi correspondant à ses qualifications professionnelles supérieures, et non pas qu'il était apte au placement depuis le 17 septembre 2016.

f) En réponse aux arguments du Service de l'emploi, G. _____ a, dans ses déterminations du 23 février 2018, relevé que, si l'aptitude au placement impliquait certes l'obligation d'accepter un emploi convenable, il n'en demeurerait pas moins qu'il bénéficiait uniquement de qualifications dans le domaine bancaire, si bien qu'il y avait raisonnablement lieu d'admettre que ses recherches d'emploi se concentraient sur ce domaine. De plus, rien n'indiquait qu'un autre emploi trouvé dans le domaine bancaire n'aurait pas amené au même résultat de la part des autorités fédérales. En effet, de par ses qualifications, il bénéficiait de solides compétences dans le domaine bancaire qui auraient certainement été prises en compte pour l'octroi d'une autorisation de travail en tant que spécialiste, peu importe qu'il soit employé comme directeur de banque ou non. D'ailleurs, dans le cas présent, le terme de « directeur » n'apparaissait pas dans le contrat de travail et le salaire mensuel prévu ne paraissait pas excessivement élevé, de sorte que l'on pouvait raisonnablement admettre que tout emploi convenable trouvé dans le domaine bancaire aurait conduit au même résultat auprès des autorités fédérales.

g) A la requête du Juge instructeur, le Service de la population a transmis à la Cour de céans le dossier de G. _____.

E n d r o i t :

1. a) Sous réserve de dérogation expresse, les dispositions de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA; RS 830.1) s'appliquent à l'assurance-chômage obligatoire et à l'indemnité en cas d'insolvabilité (art. 1 al. 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 auprès du tribunal des assurances compétent (art. 56 et 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).

b) En l'espèce, le recours a été interjeté en temps utile auprès du tribunal compétent (art. 93 al. 1 let. a LPA-VD [loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative ; RSV 173.36]) et respecte pour le surplus les formalités prévues par la loi (cf. art. 61 let. b LPGA), de sorte qu'il est recevable.

2. Est seule litigieuse la question de l'aptitude au placement du recourant depuis le 17 septembre 2016, date d'expiration de son permis de séjour temporaire (B).

3. a) L'assuré a droit à l'indemnité de chômage à la condition notamment qu'il soit apte au placement (art. 8 al. 1 let. f LACI). Un assuré est apte au placement lorsqu'il est disposé à accepter un travail convenable et à participer à des mesures d'intégration et qu'il est en mesure et en droit de le faire (art. 15 al. 1 LACI).

Selon la formule consacrée par la jurisprudence, l'aptitude au placement comprend deux éléments : la capacité de travail d'une part, c'est-à-dire la faculté de fournir un travail - plus précisément d'exercer une activité lucrative salariée - sans que l'assuré en soit empêché pour des causes inhérentes à sa personne, la disposition à accepter un travail convenable au sens de l'art. 16 LACI d'autre part, 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 136 V 95 consid. 5.1 ; 125 V 51 consid. 6a et 123 V 214 consid. 3 ; TF 8C_862/2015 du 26 février 2016 consid. 3.2 ; BORIS RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Genève/Zurich/Bâle 2014, n. 14 ad art. 15 LACI).

b) L'aptitude au placement suppose que l'assuré soit au bénéfice d'une autorisation de travail qui lui permette, le cas échéant, d'accepter l'offre d'un employeur potentiel. A défaut d'une telle autorisation, l'aptitude au placement et, partant, le droit à l'indemnité, doivent être niés (ATF 120 V 392 consid. 2c). Cependant, le Tribunal fédéral admet qu'il est suffisant que l'assuré puisse s'attendre à obtenir une autorisation de travail dans l'hypothèse où il trouverait un travail convenable (ATF 120 V 392 consid. 2a). Pour trancher cette question, il s'agit de déterminer - de manière prospective, sur la base des faits tels qu'ils se sont déroulés jusqu'au moment de la décision sur opposition (ATF 120 V 385 consid. 3) - si l'assuré pouvait ou non compter sur l'obtention d'une autorisation de travail au moment où il s'est annoncé à l'assurance-chômage (cf. THOMAS NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in : Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, 3^e éd., 2016, p. 2347 n. 269 ; BORIS RUBIN, op. cit., n. 72 ad art. 15 LACI).

Dans cette dernière éventualité, l'administration ou le juge ont le pouvoir de trancher préjudiciellement le point de savoir si, au regard de la réglementation applicable (droit des étrangers et de l'asile, traités internationaux conclus par la Suisse), le ressortissant étranger serait en droit d'exercer une activité lucrative. Lorsqu'ils ne disposent pas d'indices concrets suffisants, l'administration ou le juge doivent s'informer auprès des autorités de police des étrangers ou du marché du travail au sens de l'art. 40 LEtr (loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers ; RS 142.20), pour savoir si la personne intéressée peut s'attendre à obtenir une autorisation de travail (ATF 120 V 392 consid. 2c ; BORIS RUBIN, op. cit., n. 72 ad art. 15 LACI).

Pour qu'une indemnisation puisse avoir lieu, il faut que le droit de travailler existe, et ce pour chaque période concernée (DTA 1996/1997 p. 182 consid. 3a/aa). L'examen de l'aptitude au placement se fonde sur une appréciation prospective. Il convient donc de déterminer pour chaque période précise si l'assuré pouvait compter obtenir une autorisation de travailler (TFA C 405/00 du 9 mars 2001 consid. 3a; C 168/05 du 11 juillet 2006). L'existence d'une telle autorisation à un moment donné ne permet ni à l'administration ni au juge d'admettre l'aptitude au placement pour une période antérieure durant laquelle cette autorisation n'aurait pas été délivrée (TF C 248/06 du 24 avril 2007). De même, le droit de prendre un emploi n'est pas immuable et peut disparaître d'un jour à l'autre (BORIS RUBIN, op. cit., n. 73 ad art. 15 LACI).

4. a) En vertu de l'art. 18 LEtr, un étranger peut être admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative salariée si son admission sert les intérêts économiques du pays (let. a), si son employeur a déposé une demande (let. b) et si les conditions fixées aux art. 20 à 25 LEtr sont remplies (let. c).

b) Un étranger ne peut être admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative que s'il est démontré qu'aucun travailleur en Suisse ni aucun ressortissant d'un Etat avec lequel a été conclu un accord sur la libre circulation des personnes correspondant au profil requis n'a pu être trouvé (art. 21 al. 1 LEtr).

c) D'après l'art. 23 LEtr, seuls les cadres, les spécialistes ou autres travailleurs qualifiés peuvent obtenir une autorisation de courte durée ou de séjour (al. 1). En cas d'octroi d'une autorisation de séjour, la qualification professionnelle de l'étranger, sa capacité d'adaptation professionnelle et sociale, ses connaissances linguistiques et son âge doivent en outre laisser supposer qu'il s'intégrera durablement à l'environnement professionnel et social (al. 2). Peuvent être admis, en dérogation aux al. 1 et 2, notamment les personnes possédant des connaissances ou des capacités professionnelles particulières, si leur admission répond de manière avérée à un besoin (al. 3 let. c).

5. D'un point de vue prospectif, il existait sans conteste, au moment où le recourant a sollicité des prestations de l'assurance-chômage, des indices concrets suffisants laissant augurer qu'il serait autorisé, dans l'hypothèse où il trouverait un travail convenable, à séjourner en Suisse et, partant, à y exercer une activité lucrative au-delà du 16 septembre 2016. En effet, le recourant remplit manifestement les conditions posées par l'art. 23 al. 3 let. c LEtr. Disposant d'une formation académique réputée (MBA de l'Université de T._____) ainsi que d'une expérience de plusieurs années dans le domaine bancaire (en Inde et en Suisse), le recourant est en mesure d'offrir à tout employeur potentiel, par sa connaissance de la culture, de la langue et de la mentalité indiennes, une ouverture sur le marché indien de la banque et de la gestion de fortune, dont il est notoire qu'il offre un potentiel de développement intéressant. Dans les explications qu'il a fournies au cours de la procédure, l'intimé n'a mis en évidence aucun motif pertinent qui aurait justifié le refus d'une nouvelle autorisation de séjour avec activité lucrative, en cas de proposition d'embauche concrète. En particulier, il n'y a pas lieu de le suivre lorsqu'il soutient, en se fondant sur la prémisse erronée que le recourant visait exclusivement une fonction de directeur, que celui-ci était considérablement limité dans le nombre d'emplois accessibles à ses qualifications professionnelles. Il apparaît au contraire que le secteur bancaire offre une diversité de métiers et de parcours de carrière permettant de valoriser les qualifications professionnelles du recourant. Ce faisant, il convient d'admettre que le recourant pouvait compter en tout temps sur la délivrance d'une autorisation de séjour avec activité lucrative, du simple fait de ses compétences professionnelles et de son profil particulier.

6. a) Sur le vu de ce qui précède, il y a lieu d'admettre le recours et d'annuler la décision sur opposition du 18 octobre 2017.

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

c) Le recourant, qui obtient gain de cause avec l'assistance d'un mandataire, a droit à des dépens qu'il convient, compte tenu de l'importance et de la complexité du litige, de fixer à 1'000 fr. à la charge de l'intimé (art. 61 let. g LPGA et 55 LPA-VD).

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

- I.** Le recours est admis.

- II.** La décision sur opposition rendue le 18 octobre 2017 par le Service de l'emploi, Instance juridique chômage, est annulée.

- III.** Il n'est pas perçu de frais.

- IV.** Le Service de l'emploi, Instance juridique chômage, versera à G._____ la somme de 1'000 fr. (mille francs) à titre de dépens.

Le président :

Le greffier :

Du

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

- Centre social protestant (pour G. _____),
- 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 :