

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 12 septembre 2023

Composition : Mme GAURON-CARLIN, juge unique

Greffière : Mme Monod

Cause pendante entre :

B. _____, à [...], recourant, représenté par Me Luc Vaney, avocat, à Le Mont-sur Lausanne,

et

DIRECTION GÉNÉRALE DE L'EMPLOI ET DU MARCHÉ DU TRAVAIL, à Lausanne, intimée.

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

E n f a i t :

A. B._____ (ci-après : l'assuré ou le recourant) né en [...], a exercé diverses activités lucratives salariées en tant qu'assistant administratif et assistant de direction. Il s'est inscrit le 17 juin 2020 comme demandeur d'emploi auprès de l'Office régional de placement (ORP) [...], affichant une disponibilité à l'emploi de 100 %. Un délai-cadre d'indemnisation a été ouvert en sa faveur dès le 1^{er} juillet 2020.

L'assuré a bénéficié de l'exportation des prestations de l'assurance-chômage entre le 30 juin et le 29 septembre 2021 en vue de rechercher un emploi en [...].

A son retour, à l'occasion d'un entretien de conseil auprès de l'ORP (désormais sis [...]) le 18 octobre 2021, l'assuré a indiqué se préparer pour quitter le territoire suisse à fin novembre 2021 dans le but de créer son entreprise à [...]. Il a confirmé cette information par courriel à l'ORP du 25 octobre 2021.

Dans l'intervalle, l'assuré a été assigné à un cours, planifié du 1^{er} au 8 novembre 2011, par communication de l'ORP du 7 octobre 2021.

Par courriel subséquent du 3 décembre 2021, l'assuré a exposé avoir procédé à une demande de création d'entreprise en [...], demeurant dans l'attente d'une réponse à ce sujet. Il quitterait ensuite la Suisse en cas de réponse positive.

Au vu de ces informations, le Service de l'emploi (ci-après : le SDE ; depuis le 1^{er} juillet 2022 : la Direction générale de l'emploi et du marché du travail [DGEM ; ci-après également : l'intimée]), a adressé le 8 décembre 2021 un questionnaire à l'assuré visant à déterminer son aptitude au placement.

Le 17 décembre 2021, l'assuré a répondu qu'il était disponible à 100 % pour prendre un emploi salarié ou participer à une mesure du

marché du travail. Sa future société devait commencer son activité au 1^{er} janvier 2022. Dans l'intervalle un mandataire se chargeait des démarches administratives liées à la création de l'entreprise. Il a indiqué ne pas avoir conclu de bail commercial, ni engagé de personnel. Étaient produits un document attestant qu'il détiendrait 45 % des parts de la nouvelle société et une demande d'autorisation d'investissement direct, signée par l'assuré le 13 décembre 2021.

Par décision du 4 janvier 2022, le SDE, Instance juridique chômage, a déclaré l'assuré inapte au placement dès le 30 septembre 2021, au vu de son engagement juridique et personnel en vue de son activité indépendante.

Statuant sur opposition le 6 avril 2022, le SDE l'a partiellement admise et réformé la décision du 4 janvier 2022, en ce sens que B. _____ était qualifié d'inapte au placement seulement à partir du 18 octobre 2021 (non plus dès le 30 septembre 2021), au motif que celui-ci avait mené des démarches pendant plusieurs mois pour créer une société à l'étranger.

B. Par mémoire de recours du 23 mai 2022, B. _____, assisté de Me Luc Vaney, a déféré la décision sur opposition du 6 avril 2022 à la Cour des assurance sociales du Tribunal cantonal. Il a conclu, en substance, à la reconnaissance de son aptitude au placement durant la période du 30 septembre au 30 novembre 2021. Il a fait valoir s'être inscrit au chômage avec l'intention d'exercer une activité lucrative à 100 %, explorant toutes les possibilités pour y parvenir. Au jour de l'entretien auprès de l'ORP du 18 octobre 2021, il avait certes indiqué envisager de quitter prochainement le territoire suisse pour créer son entreprise avec son frère et une tierce personne. Ce projet entrepreneurial n'entravait cependant pas sa disponibilité sur le marché du travail, dès lors que les démarches administratives liées à la création de sa société étaient déléguées à un cabinet spécialisé et qu'il n'avait pris aucun engagement, ni personnel, ni financier. Étaient produits, au titre de justificatifs, des courriers du 4 mai 2022 de D. _____, en charge de la création de la société, et du 5 mai

2022 de la future associée de l'assuré, laquelle exposait avoir été à l'origine du projet et gérer le processus de création.

Dans sa réponse du 24 juin 2022, le SDE a conclu au rejet du recours et au maintien de la décision sur opposition litigieuse.

E n d r o i t :

1. a) La LPGA (loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales ; RS 830.1) est, sauf dérogation expresse, applicable en matière d'assurance-chômage (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 peuvent faire l'objet d'un recours auprès du tribunal des assurances compétent (art. 56 al. 1 LPGA ; 100 al. 3 LACI et 128 al. 2 OACI [ordonnance fédérale du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.02]), dans les trente jours suivant leur notification (art. 60 al. 1 LPGA).

b) En l'occurrence, le recours a été déposé en temps utile, compte tenu des fêtes judiciaires pascales (art. 38 al. 4 let. a LPGA, sur renvoi de l'art. 60 al. 2 LPGA), auprès du tribunal compétent (art. 93 let. a LPA-VD [loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative ; BLV 173.36]). Il respecte par ailleurs les autres conditions formelles prévues par la loi (art. 61 let. b LPGA notamment), de sorte qu'il est recevable.

c) La valeur litigieuse est inférieure à 30'000 fr., dans la mesure où le litige a trait à l'aptitude au placement du recourant pour la période limitée du 18 octobre au 30 novembre 2021, partant, à son droit à l'indemnité de chômage durant environ un mois et demi. La cause ressort dès lors de la compétence du juge instructeur statuant en tant que juge unique (art. 94 al. 1 let. a LPA-VD).

2. Le litige a pour objet l'aptitude au placement du recourant à compter du 18 octobre 2021, singulièrement le point de savoir s'il présentait une disponibilité à l'emploi suffisante pour exercer une activité salariée.

3. a) Aux termes de l'art. 8 al. 1 LACI, l'assuré a droit à l'indemnité de chômage, notamment s'il est apte au placement (let. f). Conformément à l'art. 15 al. 1 LACI, 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.

b) 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 ; 112 V 326 consid. 1a et 3 ; TF 8C_742/2019 du 8 mai 2020 consid. 3.3 et les références citées).

c) Le chômeur qui envisage d'exercer ou exerce une activité indépendante a une disponibilité qui, suivant les cas, peut être trop restreinte pour être compatible avec l'exigence de l'aptitude au placement. L'indisponibilité peut résulter de l'importance des préparatifs, de l'ampleur de l'activité indépendante, des horaires où celle-ci est exercée, de la durée des engagements pris ou de la volonté, de la part de l'assuré, de privilégier son activité indépendante au détriment d'un emploi salarié. Indépendamment de la question de la disponibilité au placement, l'assurance-chômage n'a pas vocation à couvrir le risque d'entreprise des personnes ayant résolument choisi de se tourner à moyen ou long terme vers l'indépendance et d'abandonner le statut de salarié (Boris Rubin, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, n°40 ad art. 15 LACI ; TF 8C_853/2009 du 5 août 2010 consid. 3.5).

d) Selon la jurisprudence, est ainsi 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 (ATF 112 V 326 consid. 1a et les références ; TF 8C_169/2014 du 2 mars 2015 consid. 3.2 ; TF 8C_342/2010 du 13 avril 2011 consid. 3.2). Il faut tenir compte des circonstances du cas concret, notamment du point de savoir si l'exercice d'une activité à titre indépendant a des conséquences sur la disponibilité de l'assuré et, le cas échéant, dans quelle mesure (ATF 112 V 136 consid. 3b ; TFA C 166/02 du 2 avril 2003).

e) L'assuré qui exerce une activité indépendante durable pendant son chômage est apte au placement s'il peut l'exercer en dehors de l'horaire de travail habituel (ATF 112 V 136 consid. 3b ; TF 8C_966/2010 du 28 mars 2011 consid. 2). L'exercice d'une activité durable à temps partiel empiétant sur les heures habituelles de travail, mais n'empêchant pas la prise d'une activité salariée, ne compromet pas l'aptitude au placement. En revanche, cette situation influencera l'étendue de la perte de travail à prendre en considération. Dès qu'un assuré décide de se lancer dans l'indépendance de façon durable et à titre principal, c'est-à-dire en privilégiant son activité indépendante et en lui consacrant l'essentiel de son temps de disponibilité professionnelle, son aptitude au placement doit être niée (DTA 2010 p. 297 consid. 3.3.2 p. 301 ; 2009 p. 336 ; 1972 p. 21). Dans ce cas, il faut partir du principe que les possibilités de placement sont trop rigides car tributaires des horaires prioritaires de l'activité indépendante (Rubin, op. cit., n°48 ad art. 15 LACI).

4. a) Aux termes des explications fournies en réponse au questionnaire de l'ORP le 17 décembre 2021, le recourant a indiqué être apte au placement à 100 %, en dépit de la création en cours d'une société en [...]. Il avait mandaté un cabinet à cet effet et laissé sa partenaire se charger de ce projet entrepreneurial. Il a spontanément signalé n'avoir consacré aucune journée ou demi-journée à ce projet. Il a en outre allégué ne pas avoir pris d'engagement en termes de locaux ou de personnel, tandis que l'entreprise n'était pas encore inscrite au registre du

commerce. Quant à son départ de Suisse, il était certes envisagé en octobre et novembre 2021, mais ne s'avérait pas encore définitif.

b) Il ressort par ailleurs du dossier de la cause que le recourant a été assigné à une mesure du marché du travail, à savoir un cours dispensé entre le 1^{er} et le 8 novembre 2021. On ajoutera que le dossier du recourant permet de constater qu'il a attesté de dix recherches d'emploi salarié en octobre 2021 et de dix recherches d'emploi salarié en novembre 2021.

c) Selon la jurisprudence, est déterminant dans ce contexte le point de savoir si la personne assurée a continué de déployer des efforts en vue de la poursuite de son activité indépendante à long terme ou si elle était au contraire prête à rechercher un emploi salarié correspondant à la disponibilité annoncée lors de son inscription à l'assurance-chômage. Il convient en effet d'apprécier le comportement de l'intéressé dans son intégralité ainsi que sa volonté effective d'accepter un travail convenable (cf. à cet égard : TF 8C_966/2010 du 28 mars 2011).

aa) En l'occurrence, force est de constater qu'au moment où il a déposé sa demande de prestations, le recourant était non seulement disposé à accepter un travail convenable et à participer à des mesures d'intégration, mais qu'il était également en mesure et en droit de le faire.

bb) Contrairement à ce que soutient la partie intimée, le recourant a clairement exprimé la possibilité d'abandonner son activité indépendante s'il retrouvait une activité salariée à 100 %. Il ne s'est pas engagé personnellement dans la création de l'entreprise durant la période litigieuse. L'abandon de l'activité indépendante s'avérait d'ailleurs d'autant plus aisé qu'aucun frais n'avait été engagé par le recourant et qu'il n'avait conclu aucun contrat de bail, ni aucun contrat de travail avec du personnel. Ce n'est en effet qu'en décembre 2021, à savoir postérieurement à la période litigieuse, qu'il a signé une demande d'autorisation d'investir dans la société, sans encore que les parts correspondantes ne soient libérées.

cc) La partie intimée n'a pas mis en évidence d'éléments concrets laissant penser que le recourant entendait durant cette période manifestement privilégier son activité indépendante au détriment d'un emploi salarié. Il a en effet continué ses postulations, à hauteur de dix offres de service au mois d'octobre 2021 et de dix autres pour le mois de novembre 2021. Il a au surplus assisté à un cours dans le cadre d'une mesure du marché du travail, assignée par l'ORP. En l'espèce, rien ne permet de retenir que le recourant aurait consacré un temps et une énergie particulière à la poursuite de son entreprise, dans une mesure incompatible avec l'acceptation d'un emploi salarié convenable si l'opportunité s'était présentée. Les quelques démarches effectuées par le recourant en vue d'une activité indépendante à l'étranger ne présentaient nullement un caractère irréversible, tant objectivement que subjectivement, qui auraient sérieusement pu entraver son engagement dans une potentielle activité salariée. En particulier, l'intimé ne démontre pas que la création de l'entreprise et la prise de participation à hauteur de 45 % auraient été incompatibles avec les exigences liées à l'exercice d'une activité salariée.

d) Sur le vu de ce qui précède, il y a lieu de retenir que le recourant était apte au placement entre le 18 octobre 2021 et le 30 novembre 2021, affichant une disponibilité à l'emploi de 100 %.

5. En définitive, il y a lieu d'admettre le recours, d'annuler la décision sur opposition du 6 avril 2022 et de renvoyer la cause à l'autorité intimée afin qu'elle procède à l'examen des autres conditions du droit à l'indemnité.

6. a) Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires (art. 61 let. f^{bis} LPGA).

b) Vu le sort de ses conclusions, la partie recourante a droit à une indemnité de dépens à titre de participation aux honoraires de son conseil (art. 61 let. g LPGA). Il convient d'arrêter cette indemnité à 2'000

fr., débours et TVA compris (art. 10 et 11 TFJDA [tarif du 28 avril 2015 des frais judiciaires et des dépens en matière administrative ; BLV 173.36.5.1]), et de la mettre intégralement à la charge de la partie intimée.

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

- I.** Le recours est admis.
- II.** La décision sur opposition rendue le 6 avril 2022 par la Direction générale de l'emploi et du marché du travail est annulée, la cause lui étant renvoyée pour complément d'instruction au sens des considérants, puis nouvelle décision.
- III.** Il n'est pas perçu de frais judiciaires.
- IV.** La Direction générale de l'emploi et du marché du travail versera à B. _____ une indemnité de 2'000 fr. (deux mille francs) à titre de dépens.

La juge unique :

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède est notifié, par l'envoi de photocopies, à :

- Me Luc Vaney, à Le Mont-sur-Lausanne (pour B. _____),
- Direction générale de l'emploi et du marché du travail, à Lausanne,
- Secrétariat d'Etat à l'économie, à Berne.

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 :