

# FR\_GERICHTE 605 2018 200 vom 7. August 2019

FR Kantonsgericht, 2019-08-07, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr\\_gerichte\\_605\\_2018\\_200](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr_gerichte_605_2018_200)

FR: FR\_GERICHTE 605 2018 200 du 7 août 2019

IT: FR\_GERICHTE 605 2018 200 del 7 agosto 2019

## Regeste

Arrêt de la Ie Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal | Arbeitslosenversicherung

## Erwägungen

### E. 17

septembre et 2 octobre 2018. Le recourant a par ailleurs confirmé sa requête d'être entendu personnellement ainsi que celle tendant à l'audition de témoins. Il sera fait état des arguments développés par les parties à l'appui de leurs conclusions dans les considérants de droit du présent arrêt, pour autant que cela soit utile à la solution du litige. en droit 1. 1.1. Le recours a été interjeté en temps utile auprès d'une autorité incompétente à raison du lieu et transmise par cette dernière à la Cour de céans en vertu de l'art. 58 al. 3 loi du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA; RS 830.1), applicable par le biais de l'art. 1 al. 1 de la loi du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (LACI; RS 837.0). Partant, le délai de recours est réputé observé (art. 39 al. 2 et 60 al. 2 LPGA). 1.2. La compétence territoriale de la Cour de céans a fait l'objet de l'arrêt du 11 juin 2018 de la Chambre des assurances sociales de la Cour de Justice de Genève. Cet arrêt n'a pas été contesté

Tribunal cantonal TC Page 4 de 10 par les parties, de sorte que la compétence à raison du lieu du Tribunal cantonal fribourgeoise doit être confirmée. Au demeurant, en vertu des art. 58 LPGA, 100 al. 3 LACI et 128 al. 2 de l'ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (OACI; RS 837.02), la compétence à raison du lieu pour les recours contre les décisions des autorités cantonales appartient au tribunal cantonal des assurances du même canton. En l'espèce, la décision litigieuse émanant du SPE, autorité cantonale fribourgeoise, et non pas d'une caisse de chômage, la compétence de la Cour de céans doit être confirmée. La jurisprudence citée par le recourant à l'appui de sa position, qui concernait une décision rendue par une caisse de chômage et non par une autorité cantonale, n'est dès lors pas pertinente en l'espèce. 1.3. Le recourant, dûment représenté, est enfin directement atteint par la décision querellée et a dès lors un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit, cas échéant, annulée ou modifiée. L'on peut en effet partir du principe qu'il a touché des indemnités journalières de chômage durant la période litigieuse, de sorte que la négation rétroactive de son aptitude au placement permettrait à terme aux autorités de chômage de lui demander le remboursement de l'indu. 2. Conformément à l'art. 8 al. 1 let. f de la loi du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (LACI; RS 837.0), l'assuré a droit à l'indemnité de chômage si, entre autres conditions, il est apte au placement au sens de l'art. 15 LACI et satisfait aux obligations de contrôle au sens de l'art. 17 LACI. 2.1. Selon 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. 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 (arrêt TF 8C\_169/2014 du 2 mars 2015 consid. 3.1 et les références citées). 2.2. Est notamment réputé inapte au placement l'assuré qui n'a pas l'intention ou qui n'est pas à même d'exercer une activité salariée, parce qu'il a entrepris – ou envisage d'entreprendre – une activité lucrative indépendante, cela pour autant qu'il ne puisse plus être placé comme salarié ou qu'il ne désire pas ou ne puisse pas offrir à un employeur toute la disponibilité normalement exigible (arrêts TF 8C\_443/2014 du 16 juin 2015 consid. 3.2, 8C\_169/2014 du 2 mars 2015 consid. 3.2 et les références citées). 2.2.1. Lorsque l'activité indépendante commence juste après le début du chômage, l'aptitude au placement est admise si cette activité a été entreprise dans le but de diminuer le dommage à l'assurance (c'est-à-dire en réaction face au chômage), après une phase de recherches d'emploi sérieuses, et ne correspond pas à un objectif poursuivi de toute façon et décidé déjà bien avant le

Tribunal cantonal TC Page 5 de 10 début du chômage (RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, n. 44 ad art. 15 p. 158 et les références jurisprudentielles citées). En revanche, 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, l'assurance-chômage n'ayant pas vocation à couvrir les risques entrepreneuriaux (RUBIN, n. 48 ad art. 15 p. 160 et les références jurisprudentielles citées). 2.2.2. 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. 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. (arrêt TF 8C\_41/2012 du 31 janvier 2013 consid. 2.3 et les références citées). 2.2.3. Lorsque l'assuré passe par une période où il hésite entre se mettre à son compte et rechercher prioritairement un emploi, ce statut mixte n'exclut pas l'aptitude au placement. Lorsque l'engagement dans l'activité indépendante est progressif, il est nécessaire que l'office régional de placement indique à partir de quel degré d'engagement dans l'indépendance l'aptitude au placement sera compromise (cf. principe de la confiance au sens de l'art. 5 al. 3 et de l'art. 9 Cst. et devoir de renseigner et de conseiller au sens des art. 27 LPGA et 19a OACI). Cette obligation de renseigner et de conseiller s'oppose à ce que l'inaptitude au placement puisse être constatée rétroactivement pour une période où l'office régional de placement connaissait le degré d'engagement sans avoir renseigné l'assuré au sujet du problème de l'aptitude au placement

qui se posait (RUBIN, p. 160, § 2, n. 46 et la référence jurisprudentielle citée). 3. Dans le domaine des assurances sociales, le juge fonde sa décision, sauf disposition contraire de la loi, sur les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent comme les plus vraisemblables, à savoir qui présentent un degré de vraisemblance prépondérante. Il ne suffit donc pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible. Parmi tous les éléments de fait allégués ou envisageables, le juge doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables (ATF 121 V 47 consid. 2a). Par ailleurs, la procédure est régie par le principe inquisitoire, selon lequel les faits pertinents de la cause doivent être constatés d'office par le juge. Mais ce principe n'est pas absolu. Sa portée est restreinte par le devoir des parties de collaborer à l'instruction de l'affaire (ATF 122 V 158 consid. 1a ; ATF 121 V 210 consid. 6c). Celui-ci comprend en particulier l'obligation des parties d'apporter, dans la mesure où cela peut être raisonnablement exigé d'elles, les preuves commandées par la nature du litige et des faits invoqués, faute de quoi elles risquent de devoir supporter les conséquences de l'absence de preuves (ATF 117 V 264 consid. 3b). Ainsi, en l'absence de

Tribunal cantonal TC Page 6 de 10 preuve, la décision sera défavorable à la partie qui voulait déduire un droit de l'état de fait non prouvé, sauf si l'impossibilité de prouver pouvait être imputée à la partie adverse. 4. Est litigieuse en l'espèce l'aptitude au placement du recourant durant la période allant du 2 mars 2015 au 29 mars 2016. La décision attaquée constitue ainsi une reconsidération implicite, au sens de l'art. 53 LPGA, de l'aptitude au placement du recourant durant le premier délai-cadre ouvert suite à sa première inscription au chômage, au cours duquel des indemnités journalières de chômage lui ont manifestement été versées. Le recourant estime que rien ne permet de retenir qu'il aurait consacré tout son temps à fonder une entreprise au sein de laquelle il avait une position assimilable à celle d'un employeur, et souligne avoir toujours respecté ses obligations de chômeur (entretiens de conseil et recherches d'emploi). Il relève en outre que les démarches effectuées pour le compte de C. \_\_\_\_\_ – qui lui sont reprochées – étaient non seulement conformes à ses obligations de chômeur mais avaient en plus été encouragées par l'ORP dans le cadre de la MMT octroyée sous la forme du programme « InnoPark ». Pour sa part, le SPE considère que du point de vue subjectif, le recourant n'était pas disponible pour une activité salariée à compter du mois de mars 2015, dans la mesure où il se consacrait déjà principalement à la société C. \_\_\_\_\_, à l'issue de quoi il a fini par fonder une filiale européenne pour y occuper une position assimilable à un employeur. Les déclarations du recourant, selon lesquelles son investissement pour cette société n'était que marginal, ne sauraient être suivies, dans la mesure où elles sont démenties par les faits allégués par le recourant lui-même dans le cadre de la procédure introduite à l'encontre de son ancien employeur pour licenciement abusif. Par ailleurs, il n'est guère plausible que C. \_\_\_\_\_ l'aurait directement engagé en tant que « general manager » de sa nouvelle filiale européenne s'il n'avait effectivement déployé que peu d'efforts vis-à-vis du groupe. Au surplus, dès son inscription au chômage, il a mentionné son intérêt à l'exercice d'une activité indépendante, ce qui confirme son manque d'intérêt à l'égard d'un emploi salarié. Le SPE considère ainsi que le recourant a trompé les autorités du chômage en cachant ses liens réels avec cette société. Qu'en est-il ? 4.1. Il ressort du dossier que le recourant, économiste auprès de B. \_\_\_\_\_ depuis le 1er septembre 2009, a été licencié par cette société le 8 décembre 2014 avec effet au 28 février 2015, pour motifs économiques (dossier SPE, pièce 9, p. 142). Le 16 janvier 2015, il s'est inscrit au chômage pour le 1er mars 2015 (dossier SPE, pièce 30). Lors de son premier entretien de conseil, le 4 mars 2015, il a indiqué qu'il prétendait à

des indemnités de chômage dès le 1er mars 2015 et qu'il était plaçable à 100% dès cette date. A cette occasion, il a également demandé des informations sur les possibilités de soutien au développement d'une activité indépendante (mesure SAI ; dossier SPE, pièce 28). Le 14 avril 2015, il a informé son conseiller qu'il renonçait temporairement à la mise en œuvre d'une telle mesure de soutien à une activité indépendante (dossier SPE, pièce 25). Par la suite, il a effectué, chaque mois, les 8 recherches d'emploi qui lui étaient demandées (dossier SPE, pièce 31). Il a également rempli les formulaires « indications de la personne Tribunal cantonal TC Page 7 de 10 assurée » pour les mois de mars à décembre 2015, sur lesquels aucune activité n'est mentionnée (dossier SPE, pièce 9, p. 103 ss). Une mesure de marché du travail (MMT) lui a ensuite été accordée sous la forme d'un programme d'emploi auprès de « InnoPark », initialement prévu du 4 janvier au 3 juillet 2016, et visant à « intégrer le participant InnoPark durant un stage dans l'entreprise externe [ndlr : C. \_\_\_\_\_] dans l'optique de l'engager à la fin du Mandat externe » (décision du 3 décembre 2015, dossier SPE, pièce 17 et convention conclue entre InnoPark, C. \_\_\_\_\_ et le recourant le 18 novembre 2015, dossier SPE, pièce 9, p. 80 ss). Lors de l'entretien de contrôle du 2 mars 2016, le recourant a informé son conseiller ORP qu'il allait ouvrir sa société au début du mois d'avril 2016 (dossier SPE, pièce 15). Il a ainsi conclu un contrat de travail de durée indéterminée avec D. \_\_\_\_\_ SA, par lequel il était engagé en qualité de « General Manager » dès le 1er avril 2016, pour un salaire fixe mensuel de CHF 10'566.- payé 12 fois l'an. Un bonus d'entrée de CHF 33'000.-, 70'000 options d'achat d'actions, ainsi qu'une rémunération variable étaient également prévus (dossier SPE, pièce 7). Il s'est donc désinscrit du chômage (confirmation de désinscription du 29 mars 2016, dossier SPE, pièce 13) et la MMT auprès de InnoPark a été interrompue avec effet au 23 mars 2016 (décision du 29 mars 2016, dossier SPE, pièce 14). Il faut retenir de tout cela que le recourant a probablement touché des indemnités journalières de chômage au cours de la période où il a été inscrit au chômage durant ce premier délai-cadre. 4.2. Le 8 février 2017, alors qu'il se trouvait en incapacité de travail, le recourant s'est vu signifier son licenciement par D. \_\_\_\_\_ SA, avec effet au 31 mai 2017 (requête en conciliation, allégués 90 ss, dossier SPE, pièce 9). Il s'est opposé à son licenciement et, le 19 mai 2017, a déposé auprès du Tribunal des prud'hommes de E. \_\_\_\_\_ une requête en conciliation pour licenciement abusif et violation de l'art. 328 CO à l'encontre de C. \_\_\_\_\_ et D. \_\_\_\_\_ SA (requête en conciliation, dossier SPE, pièce 9, p. 46 ss). En parallèle, il s'est réinscrit auprès de l'office communal du travail de Fribourg le 11 mai 2017, prétendant à des indemnités de chômage dès le 1er juin 2017, soit après son déménagement à E. \_\_\_\_\_ le 22 mai 2017 (dossier SPE, pièce 12). 4.3. Dans le cadre de l'instruction de cette réinscription au chômage, ouvrant un nouveau délai-cadre, la requête en conciliation déposée par le recourant au Tribunal des prud'hommes a été transmise à la Caisse de chômage, puis au SPE, pour examen rétroactif de l'aptitude au placement durant le premier délai-cadre ouvert. Dans cette requête, le recourant affirme avoir « commencé à travailler pour le Groupe C. \_\_\_\_\_ en mars 2015 ». Dès ce moment, soit un an avant la conclusion formelle du contrat de travail, « l'entier de son temps était consacré au développement du Groupe C. \_\_\_\_\_, en particulier à trouver de potentiels investisseurs et acquéreurs pour les Produits C. \_\_\_\_\_ » (allégués 16 et 18). Il a en outre « acquis à ses frais, directement ou indirectement, 160'459 actions » de C. \_\_\_\_\_, sur un total de 22'604'774 actions, étant précisé que la valeur théorique de chaque action, lors du dépôt de la requête de conciliation, était de USD \$0.39 (allégués 8, 9 et 17).

Tribunal cantonal TC Page 8 de 10 Plus précisément, il énumère les différentes tâches exécutées pour le compte de cette société avant la conclusion du contrat de travail (entres autres : correction de présentations clients et investisseurs, démarchage de clients dans divers Etats européens, levée de fonds, négociation et installation de projets pilotes, définition des améliorations des produits du groupe, tests des produits, recherche de financement et contact avec des investisseurs). Il affirme en outre avoir apporté au groupe, « directement ou par le biais de tiers, des financements d'un montant de USD 385'000.- sur un total de USD 1'200'000.- pour une période allant de mars 2015 à avril 2016 », soit précisément la période litigieuse (allégués 21 à 31). 4.4. Il apparaît manifestement que les tâches que le recourant prétend avoir accomplies pour le compte du groupe C. \_\_\_\_\_ dès le mois de mars 2015 dépassent largement le cadre de simples démarches de préparation en vue de décrocher un emploi. Au contraire, un tel investissement, aussi bien en termes de temps, de responsabilité et d'engagement financier, relève bien plus de préparatifs liés au développement d'une activité indépendante. On ne saurait dès lors suivre le recourant lorsqu'il prétend que ses démarches n'étaient que « marginales » par rapport à l'ensemble de ses recherches d'emploi. Au surplus, le fait que, dès le 27 octobre 2015 au moins, il ait utilisé l'adresse e-mail officielle de la société, signant ses courriels avec la mention « D. \_\_\_\_\_ » (dossier SPE, pièce 7), démontre bien qu'il occupait alors déjà, dans les faits au moins, une certaine fonction au sein de ce groupe. Or, aucune activité de ce type n'est déclarée dans les formulaires « indications de la personne assurée » des mois d'octobre, novembre ou décembre 2015. Il convient par ailleurs de relever que le contrat conclu avec D. \_\_\_\_\_ SA, portant sur l'engagement du recourant en qualité de « General Manager » dès le 1er avril 2016, est daté du 14 octobre 2016, soit plus de 6 mois après le début de l'activité contractuelle, ce qui paraît quelque peu surprenant et laisse, là encore, planer un doute sur la date effective du début des rapports de travail entre les parties. Enfin, le fait que le recourant, dès son premier entretien de conseil, le 4 mars 2015, ait montré son intérêt au développement d'une activité indépendante achève d'emporter la conviction de la Cour à ce propos. S'il est certes louable que le recourant, dans le but de retrouver une activité professionnelle, se soit largement investi auprès du groupe C. \_\_\_\_\_ aux fins d'en fonder une filiale européenne dont il pourrait devenir l'administrateur unique, il ne saurait pour autant être question d'en faire supporter le poids à l'assurance-chômage, qui n'a pas pour vocation de subventionner un tel projet professionnel. En effet, comme il ressort des considérants qui précèdent (consid. 2.2.), le développement d'une activité indépendante, si celle-ci implique un degré d'engagement important dans l'optique d'un projet durable et principal, a pour conséquence la négation de l'aptitude au placement. Il n'appartient en effet pas à l'assurance-chômage de permettre à un assuré de se voir garantir une sécurité financière par le biais des indemnités journalières durant le développement de sa propre entreprise indépendante durant plusieurs mois, jusqu'à un stade suffisamment abouti et développé pour permettre à l'assuré d'y être directement engagé et d'en dégager un revenu important.

Tribunal cantonal TC Page 9 de 10 Admettre le contraire équivaudrait à faire supporter le risque entrepreneurial à l'assurance- chômage, dont ce n'est nullement la vocation. 5. 5.1. Au vu de ce qui précède, la Cour considère qu'il est établi, au degré de la vraisemblance prépondérante ici applicable, que le recourant, dès le début de la période rétroactivement litigieuse, a cherché à développer un projet d'activité indépendante de manière importante et durable. Le fait qu'il ait, pour le surplus, toujours rempli formellement ses obligations de chômeur n'y change rien. Par ailleurs, il semble qu'il ait – volontairement ou non – omis

d'informer son conseiller ORP de l'ampleur de ses liens avec le groupe C.\_\_\_\_\_. Ses déclarations contradictoires à ce propos confinent même à l'abus de droit, ce qui ne saurait manifestement être protégé. Partant, c'est à juste titre que l'autorité intimée a nié l'aptitude au placement du recourant dès son inscription au chômage, le 2 mars 2015, au motif qu'il n'était subjectivement pas disposé à accepter un emploi. 5.2. Il en va de même de la période durant laquelle il a bénéficié de la MMT au sein du programme « InnoPark ». En effet, s'il est certes admis que les démarches du recourant auprès de cette société durant la MMT ne sauraient effectivement lui être reprochées, il convient de garder à l'esprit le but même de cette MMT, à savoir le développement de contacts entre l'assuré et le groupe C.\_\_\_\_\_ et son intégration au moyen d'un stage, dans l'optique d'un engagement ultérieur. Or, il est manifeste qu'au vu des liens préexistants entre le recourant et cette société, cette mesure n'avait en réalité pas lieu d'être. La décision de l'autorité intimée de nier l'aptitude au placement du recourant pour toute la période litigieuse, soit entre le 2 mars 2015 et le 29 mars 2016, s'inscrit ainsi dans le droit esprit de la loi, qui est d'éviter les abus et d'éviter que la création d'une entreprise indépendante ne soit rémunérée par l'assurance-chômage. 5.3. Enfin, les éléments au dossier ont permis à la Cour de céans de se convaincre que l'état de fait était suffisamment établi, au degré de la vraisemblance prépondérante applicable en droit des assurances sociales (cf. arrêt TF 9C\_189/2015 du 11 septembre 2015 consid. 5.1 et les références citées). C'est pourquoi, la cause étant déjà suffisamment instruite, il n'est pas nécessaire d'ordonner, comme requis par le recourant, des mesures d'instruction supplémentaire sous la forme de son audition personnelle et de celle de plusieurs témoins. Au demeurant, compte tenu des déclarations contradictoires tenues par le recourant, on ne voit pas en quoi de telles auditions permettraient un éclairage différent sur la cause. Y accéder contreviendrait en outre à la procédure écrite. Ces requêtes ne sauraient enfin être comprises comme une demande de débats publics au sens de l'art. 6 CEDH et sont dès lors rejetées.

Tribunal cantonal TC Page 10 de 10 6. Il s'ensuit le rejet intégral du recours et la confirmation de la décision attaquée. En application du principe de la gratuité de la procédure valant en la matière (cf. art. 61 let. a de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales [LPGA; RS 830.1], applicable par le renvoi de l'art. 1 al. 1 LACI), il n'est pas perçu de frais de justice. Vu le sort du recours, il n'est par ailleurs pas alloué de dépens. la Cour arrête : I. Le recours est rejeté. II. Il n'est pas perçu de frais de justice, ni alloué de dépens. III. Notification. Un recours en matière de droit public peut être déposé auprès du Tribunal fédéral contre le présent jugement dans un délai de 30 jours dès sa notification. Ce délai ne peut pas être prolongé. Le mémoire de recours sera adressé, en trois exemplaires, au Tribunal fédéral, Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne. Il doit indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve et être signé. Les motifs doivent exposer succinctement en quoi le jugement attaqué viole le droit. Les moyens de preuve en possession du (de la) recourant(e) doivent être joints au mémoire de même qu'une copie du jugement, avec l'enveloppe qui le contenait. La procédure devant le Tribunal fédéral n'est en principe pas gratuite. Fribourg, le 7 août 2019/isc Le Président : La Greffière :

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.