

# VD\_FINDINFO ACH 153/11 - 179/2012 vom 8. Oktober 2012

VD Tribunal cantonal, 2012-10-08, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_findinfo\\_ACH\\_153\\_11\\_-\\_179\\_2012](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_ACH_153_11_-_179_2012)

FR: VD\_FINDINFO ACH 153/11 - 179/2012 du 8 octobre 2012

IT: VD\_FINDINFO ACH 153/11 - 179/2012 del 8 ottobre 2012

## Regeste

APTITUDE AU PLACEMENT, GAIN INTERMÉDIAIRE | 15 LACI, 24 LACI, 8 al. 1 LACI

## Erwägungen

### E. 8

al. 1 let. a à g LACI sont cumulatives et non alternatives, de sorte qu'elles doivent toutes être remplies pour permettre l'ouverture du droit à l'indemnité (ATF 124 V 215 consid. 2 ; TF C 253/06 du 6 novembre 2007 consid. 4.2). b) En l'espèce, le service intimé s'est prononcé sur la question de l'aptitude au placement du recourant, au sens des art. 8 al. 1 let. f et 15 LACI. En outre, les parties s'opposent également sur la question du gain intermédiaire que le recourant estime avoir perçu au sens de l'art. 24 LACI. Ce sont donc uniquement ces questions qui sont litigieuses, le juge n'entrant pas en matière, en principe, sur les conclusions qui vont au-delà de l'objet de la contestation (ATF 134 V 418 consid. 5.2.1 ; TF 8C\_627/2009 du 8 juin 2010 consid. 1.2 et 1.3). Ainsi le litige doit-il être tranché selon la situation de fait existant au moment de la décision sur opposition du 10 novembre 2011 présentement attaquée. En effet, selon une jurisprudence constante, le juge des assurances sociales apprécie la légalité des décisions attaquées, en règle générale, d'après l'état de fait existant au moment où la décision litigieuse a été rendue. Les faits survenus postérieurement, et qui modifient cette situation, doivent normalement faire l'objet d'une nouvelle décision administrative (ATF 121 V 362 consid. 1b et les références citées, 117 V 287 consid. 4 ; TF 9C\_803/2009 du 25 mars 2010 consid. 5.2 ; TF 9C\_81/2007 du 21 février 2008 consid. 2.4 ; TF 9C\_397/2007 du 14 mai 2008 consid. 2.1). 3. a) 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, 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. L'aptitude au placement peut dès lors être niée notamment en raison de recherches d'emploi continuellement insuffisantes, en cas de refus réitéré d'accepter un travail convenable, ou encore lorsque l'assuré limite ses démarches à un domaine d'activité dans lequel il n'a, concrètement, qu'une très faible chance de trouver un emploi (ATF 125 V 58 consid. 6a ; 123 V 216 consid. 3 et les références citées ; TFA C 136/02 du 4 février 2003 in DTA 2004 n° 2 p. 46 consid. 1.2). Peut être également 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. L'aptitude au placement doit par ailleurs être admise avec beaucoup de retenue lorsque, en raison de l'existence d'autres obligations ou de circonstances personnelles particulières, un assuré désire seulement exercer une activité lucrative à des heures déterminées de la journée ou de la semaine. Un chômeur doit être en effet considéré comme inapte au placement lorsqu'une trop grande limitation dans le choix des postes de travail rend très incertaine la possibilité de trouver un emploi (ATF 112 V 327 consid. 1a et les références citées ; TFA C 166/02 consid. 2.1 in DTA 2003 n° 14 p. 128 consid. 2.1). b) Selon la jurisprudence, un assuré qui exerce une activité indépendante n'est pas d'entrée de cause inapte au placement. Ce qu'il faut plutôt examiner, c'est si – au vu des circonstances du cas concret – l'exercice effectif d'une activité lucrative indépendante est d'une ampleur telle qu'elle exclut d'emblée toute activité salariée parallèle (ATF 112 V 138 consid. 3b ; DTA 1998 n° 32 p. 174 consid. 4a et les références citées). A cet égard, les principes développés quant à l'exercice d'une activité salariée s'appliquent mutatis mutandis à une activité indépendante (TFA C 203/00 du 2 mars 2001 consid. 2b). Lorsqu'un assuré exerce une activité indépendante pendant son chômage, l'aptitude au placement n'est donnée que pour autant que l'activité indépendante puisse être exercée en dehors des heures habituelles de travail. Ce n'est pas le cas lorsque les faits déterminants indiquent que l'activité indépendante a pris une proportion telle qu'elle ne pourrait être assumée que pour une part infime en dehors d'un horaire de travail normal de sorte que l'exercice d'une activité salariée apparaît exclu selon un horaire normal (DTA 2002 n° 5 p. 54 consid. 2b et DTA 1998 n°32 p. 176 consid. 4a). En revanche, les motifs à la base de cette décision personnelle importent peu (ATF 112 V 329 consid. 3c). En outre, 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. TF C 276/03 du 23 mars 2005 consid. 5 ; voir aussi ATF 112 V 326 consid 3d p. 329 ; Boris Rubin, Assurance-chômage, 2ème 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 ; TF 8C\_342/2010). 4. a) En l'occurrence, le service intimé ne paraît plus contester dans la décision litigieuse que l'activité de thérapeute envisagée par le recourant n'est pas un frein à son placement chez un employeur potentiel. L'aptitude au placement du fait de cette activité ne peut être niée. Au demeurant, l'ORP était au courant des projets du recourant comme cela résulte notamment d'un procès-verbal d'entretien avec sa conseillère le 27 octobre 2010. Il ressort également que le recourant a manifesté au terme de son cours "Business Plan – Devenir indépendant" qu'il avait abandonné son projet. b) En définitive ne reste qu'à examiner l'incidence éventuelle en matière d'indemnité de chômage de la position du recourant dans la société A. \_\_\_\_\_ SA

en qualité d'administrateur, respectivement d'enseignant tel qu'il apparaît sur Internet. Le SDE a considéré le recourant inapte au placement "au vu des engagements pris, de la publicité faite par le biais du site Internet et des investissements entrepris pour transformer les locaux" de la société, et a estimé que tout avait "été mis en oeuvre pour que cette activité voie le jour, qu'elle soit active et qu'elle perdure". En outre, le SDE a considéré que la position du recourant au sein de cette société, en qualité d'administrateur et d'enseignant, suffisait pour retenir qu'il n'entendait pas renoncer à son projet et qu'il n'était ainsi plus à même de donner suite à une quelconque offre d'emploi en qualité de salarié. Toutefois, il résulte du dossier, force est de constater qu'aucun cours, formation ou atelier n'a été prodigué au sein de l'école gérée par la société A. \_\_\_\_\_ SA et que le local destiné à son activité n'était toujours pas ouvert au public au printemps 2011, pour le moins. La Cour de céans relève en outre que le recourant, au stade de la vraisemblance prépondérante, n'a consacré que quelques heures à sa fonction d'administrateur, qu'il n'a procédé à aucun investissement personnel en faveur de la société, le capital libéré à raison de 50'000 fr. ayant été apportés par des tiers, qu'il n'a payé aucun loyer pour la société, celle-ci y procédant par elle-même, qu'il n'a perçu aucun revenu ou autre indemnité de cette société et n'y a poursuivi aucune activité en qualité d'enseignant. Tout au plus peut-on retenir qu'il a perçu un revenu de 200 fr pour une prestation au sein d'une école hôtelière, prestation faite en qualité d'indépendant et non en qualité de salarié ou administrateur de la société A. \_\_\_\_\_ SA. Par surabondance, la Cour de céans relève également que durant la période pendant laquelle il était selon le SDE inapte au placement, le recourant a suivi partiellement (pour raison de santé) un cours d'environ un mois assigné par l'ORP entre janvier et février 2011 et qu'il a travaillé à plusieurs reprises en tant qu'extra en août et septembre 2011 pour un hôtel ainsi qu'un remplacement entre le 12 et 21 octobre 2011 comme serveur - ce qui démontre qu'il était en mesure de consacrer du temps pour une activité salariée de manière durable. Enfin, de manière générale, on soulignera qu'entre octobre 2010 et octobre 2011, le recourant a régulièrement fait de nombreuses offres d'emploi. A toutes fins utiles, on relèvera que suite à la notification de la décision litigieuse, le recourant a immédiatement démissionné de sa fonction d'administrateur. Certes, cette démission est intervenue postérieurement à la décision attaquée mais elle démontre qu'elle était possible en tout temps, comme le recourant l'avait par ailleurs affirmé dans son courrier du 2 mai 2011. Il ressort ainsi que le lien entre la société A. \_\_\_\_\_ SA et le recourant se révèle en définitive tenu tant dans les faits que sur le plan juridique. En effet, sa position et ses fonctions au sein de cette société n'est nullement nécessaire à l'activité de cette dernière que ce soit sur le plan financier ou au regard des engagements juridiques pris par cette entreprise en particulier le bail à loyer qu'elle a conclu le 27 octobre 2010. En définitive, au regard de toutes ces circonstances, il y a donc lieu d'admettre que, au degré de la vraisemblance prépondérante, le recourant était en mesure d'accepter un travail convenable à un taux de 100% depuis le 27 octobre 2010, de sorte que son aptitude au placement doit être reconnue. 5. Tant le service intimé que le recourant ont abordé la question des gains que ce dernier a engrangés, soit 200 fr., en relation avec son activité pour la société A. \_\_\_\_\_ SA. Il convient dès lors d'examiner si ce revenu peut être considéré comme un gain intermédiaire au sens de l'art. 24 LACI comme le soutient le recourant, à l'inverse du SDE qui le nie. a) Aux termes de l'art. 24 LACI est réputé intermédiaire tout gain que le chômeur retire d'une activité salariée ou indépendante durant une période de contrôle. L'assuré qui perçoit un gain intermédiaire a droit à la compensation de la perte de gain (al. 1, 1ère et 2ème phrases). Selon l'alinéa 3 de cette disposition, est réputée perte de

gain la différence entre le gain assuré et le gain intermédiaire, ce dernier devant être conforme, pour le travail effectué, aux usages professionnels et locaux. Selon la circulaire relative à l'indemnité de chômage publiée par le Secrétariat d'Etat à l'économie (ci-après : SECO), en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2007 (ci-après : circulaire IC 2007), une activité indépendante ne peut être considérée comme gain intermédiaire que s'il s'agit d'une activité transitoire, provisoire et nécessitant peu d'investissement, que l'assuré peut abandonner n'importe quand pour une activité salariée convenable (B 235 ss). L'assuré qui prend une activité indépendante au nom de son obligation de diminuer le dommage a les mêmes droits que s'il prenait une activité salariée pour autant qu'il continue à remplir les conditions ouvrant droit à l'indemnité de chômage, en particulier qu'il reste apte au placement (C 144). Lorsqu'un assuré décide de continuer à exercer une activité indépendante à caractère durable à un taux d'occupation plus élevé que celui correspondant à une activité accessoire, tout en demeurant apte au placement dans les limites de la disponibilité qu'il fait valoir, les règles sur le gain intermédiaire ne s'appliqueront pas aux revenus tirés de cette activité indépendante. Il s'agit ici d'une entorse au principe qui veut que durant le chômage et tant qu'un droit à l'indemnité est ouvert, tout gain retiré d'une activité, que celle-ci soit dépendante ou indépendante, constitue un gain intermédiaire (art. 24 al. 1 LACI). Cette exception à l'application des règles sur le gain intermédiaire peut aboutir à une forme de surindemnisation et dès lors contredire l'art. 24 LACI (Rubin, op. cit., p. 224). Le SECO est d'avis qu'un assuré qui n'exerçait pas d'activité indépendante avant son chômage peut également se prévaloir des principes concernant l'activité indépendante durable non soumise aux règles sur le gain intermédiaire. Un assuré peut en effet choisir son taux de disponibilité en raison de l'exercice parallèle d'une activité indépendante durable et ce même si sa décision est prise en cours d'indemnisation (B 238). En revanche, si l'activité indépendante débute après l'ouverture du délai-cadre d'indemnisation ou, ayant débuté avant, s'étend après l'ouverture du délai-cadre, tout en continuant à être exercée en dehors des heures habituelles de travail, ladite activité doit être prise en compte à titre de gain intermédiaire car elle ne limite pas les possibilités d'obtention d'un emploi (Rubin, op. cit., p. 224). b) En l'espèce, il ressort des indications fournies par le recourant que ce dernier a touché 200 fr. pour une démonstration dans une école hôtelière sur la base d'une activité indépendante lors de son délai-cadre d'indemnisation. Au regard des circonstances du cas, et compte tenu de l'aptitude au placement reconnue au recourant par la Cour de céans, il y a dès lors lieu de considérer ce gain comme un gain intermédiaire. 6. a) Sur la base des considérants qui précèdent, le recours doit être admis, ce qui entraîne l'annulation de la décision sur opposition rendue par le SDE le 10 novembre 2011. b) La procédure étant gratuite (art. 61 let. a LPGA), il n'y a pas lieu de percevoir de frais de justice. c) Obtenant gain de cause avec le concours d'un mandataire professionnel, le recourant a droit à des dépens, dont le montant doit être déterminé sans égard à la valeur litigieuse, d'après l'importance et la complexité du litige (art. 61 let. g LPGA ; art. 55, 91 et 99 LPA-VD ; art. 7 TFJAS [tarif du 2 décembre 2008 des frais judiciaires et des dépens en matière de droit des assurances sociales, RS 173.36.5.2]). Dans le cas d'espèce, il convient d'arrêter ces dépens à 2'000 fr. et de les mettre à charge du service intimé.

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