

VD_GERICHTE ZQ21.028986 vom 26. Oktober 2021

VD Tribunal cantonal, 2021-10-26, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_gerichte_ZQ21.028986

FR: VD_GERICHTE ZQ21.028986 du 26 octobre 2021

IT: VD_GERICHTE ZQ21.028986 del 26 ottobre 2021

Erwägungen

E. 1

Vos objectifs professionnels et le taux auquel vous êtes disponible pour un emploi salarié ou suivre une mesure du chômage ; Mon objectif professionnel n'a pas changé depuis le dernier examen d'aptitude en octobre 2020. Je suis à la recherche d'un emploi salarié à 100% dans mon domaine d'expertise et reste entièrement disponible. Comme précisé dans mon précédent courrier, ce sont mes associés qui s'occupent véritablement de mener à bien le projet.

E. 2

Recherchez-vous un emploi salarié stable ou une activité à exercer en attendant l'ouverture de votre établissement ; Mon objectif professionnel a toujours été et reste de trouver un emploi salarié dans le domaine de la finance et non pas de travailler dans la restauration (métier que je n'ai jamais exercé par ailleurs). Cela étant, après plus d'un an au chômage et une multitude de postulations, je me rends compte que le marché est très tendu : les offres se font rares et il est extrêmement difficile de trouver, si ce n'est une opportunité intéressante, à tout le moins un emploi convenable dans la finance. Afin de me sortir au plus vite du chômage, je dois donc envisager de me salarier dans le restaurant à son ouverture (évidemment, pour autant que je ne retrouve pas d'emploi salarié entre temps, ce qui reste encore une fois mon objectif principal). Par ailleurs, je précise qu'à ce stade, mon rôle se limite à celui d'actionnaire, exactement comme pour les deux autres restaurants dont je détiens des parts.

E. 3

À quelle date pensez-vous ouvrir votre établissement ; Compte tenu de la situation actuelle des restaurants, la date d'ouverture n'est pas encore connue.

E. 4

Pour quel motif restez-vous inscrit au chômage compte tenu des éléments ci-dessus ; Je reste inscrit au chômage car mon objectif est de retrouver un emploi salarié.

E. 5

Les jours ou les demi-journées (*) de la semaine consacrés à cette activité indépendante ; J'y consacre seulement quelques heures par semaine afin d'effectuer quelques démarches administratives.

E. 6

A contrario à la question précédente, les jours et les heures précis(*) durant lesquels vous êtes disponible à l'exercice d'une activité salariée ou pour participer à une mesure du chômage ; Je suis disponible à 100%.

E. 7

Dans quelle mesure vous allez renoncer à votre activité indépendante pour la reprise d'une activité salariée ou pour suivre une mesure octroyée par l'ORP ; Je n'ai aucune activité indépendante. Si je trouve un emploi salarié, je le prendrai.

E. 8

Si vous avez du stock/matériel. Dans l'affirmative, de quelle nature et pour quel montant ;
- 5 - La grande majorité du matériel a été récupérée de l'exploitant précédent. Il s'agit de tables, chaises, équipement de cuisine, etc.

E. 9

Si vous avez retiré votre 2ème pilier pour la création de cette activité indépendante ; Je n'ai pas retiré mon 2ème pilier pour le financement de ce projet.

E. 10

De quelle manière vous êtes affilié auprès d'une caisse AVS (veuillez nous en remettre une copie) ; Je suis affilié à la caisse AVS du chômage.

E. 11

Si vous avez conclu un bail à loyer pour vos locaux commerciaux (veuillez nous en remettre une copie) ; La société X. _____ a conclu un contrat de bail. Le propriétaire a demandé des personnes physiques comme garants, raison pour laquelle je figure également sur le bail (voir transfert de bail en annexe).

E. 12

Si vous avez engagé du personnel (veuillez nous remettre une copie des contrats de travail) ; A ce stade, uniquement le chef de cuisine a été engagé (voir contrat de travail en annexe).

E. 13

Si vous êtes assuré contre le risque accident dans le cadre de votre activité indépendante. Dans l'affirmative, veuillez nous remettre une copie de votre contrat d'assurance ; Non, je suis uniquement assuré par l'assurance chômage. Par décision du 25 février 2021, le Service de l'emploi, Instance juridique chômage (ci-après : le SDE ou l'intimé), a déclaré l'assuré inapte au placement à compter du 18 décembre 2020, date de l'inscription de la société X. _____ au Registre du commerce. Le SDE a constaté que l'assuré avait persévéré dans l'élaboration de son activité indépendante malgré la décision de refus de la demande de SAI. L'assuré s'est opposé à cette décision le 15 mars 2021. Il a notamment fait valoir que son rôle dans la société X. _____ était très limité, à l'image de celui qu'il avait dans ses autres sociétés et que sa priorité restait de trouver un emploi salarié dans le domaine de la finance. Par courriel du 27 mai 2021, l'assuré a informé sa conseillère ORP qu'il avait trouvé un arrangement avec ses associés pour un poste couvrant leurs différents restaurants et qu'il était en mesure de sortir du chômage à partir du 1er juin 2021. Par décision sur opposition du 1er juin 2021, le SDE a maintenu le constat d'inaptitude au placement de l'assuré dès le 18 décembre 2020, retenant qu'il avait été impliqué dans la création d'une société destinée à

- 6 - l'exploitation d'un restaurant et que son rôle allait bien au-delà de celui de simple investisseur. Le SDE a par ailleurs relevé que l'assuré bénéficiait d'une formation acquise auprès de l' [...] qui pouvait être mise en valeur dans la gestion et l'exploitation

d'établissements de l'hôtellerie- restauration, activités qui correspondaient au but poursuivi par la société X._____. B. Par acte du 2 juillet 2021, G._____, représenté par l'avocate Me Julie Zryd, a interjeté un recours à l'encontre de cette décision sur opposition, concluant principalement à sa réforme en ce sens que l'aptitude au placement pour la période du 18 décembre 2020 au 31 mai 2021 est admise, et subsidiairement à son annulation et au renvoi de la cause pour nouvelle décision dans le sens des considérants. Il fait notamment valoir qu'il a tout mis en œuvre pour retrouver un emploi convenable depuis son chômage et que c'est finalement faute d'y parvenir et de percevoir des indemnités depuis le mois de février 2021, qu'il s'est salarié au travers de ses restaurants. Il ajoute par ailleurs s'être peu investi dans le projet d'ouverture de son nouveau restaurant, l'essentiel des démarches ayant été accomplies par son associé, de sorte qu'il était apte au placement jusqu'au 1er juin 2021. Le 13 août 2021, le SDE a conclu au rejet du recours et au maintien de la décision entreprise, en répondant que si le but du recourant était de créer la société X._____ pour y être engagé comme salarié en dernier recours, il n'aurait pas eu besoin de solliciter les prestations au titre de soutien à l'activité indépendante. Par ailleurs, la demande de prestations SAI soumise le 7 août 2020 montrait que l'assuré entendait jouer un rôle prépondérant dans la reprise et l'exploitation d'un restaurant, que ses engagements et ses responsabilités allaient au-delà de celle d'un salarié et qu'il n'était pas prêt à abandonner ses projets au profit d'un emploi salarié. Le recourant s'est déterminé le 24 septembre 2021. Il maintient notamment que le projet [...] est né en réaction au chômage et qu'il n'était que très peu investi avant l'ouverture du restaurant le 1er juin

- 7 - 2021, de sorte qu'il était parfaitement apte à être placé jusqu'à cette date. A l'appui de son écriture, il produit les documents suivants : - une attestation de T._____ laquelle confirme qu'il s'est retiré du projet de [...] suite au refus des prestations SAI et que ce n'est qu'en dernier recours qu'il s'est salarié dans le restaurant et au [...] d'un commun accord avec ses associés. - Deux contrats de travail conclus le 1er juin 2021 entre X._____, respectivement [...] et le recourant. 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). 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) Déposé en temps utile auprès du tribunal compétent (art. 93 let. a LPA-VD [loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative ; BLV 173.36]) et respectant les autres conditions formelles prévues par la loi (art. 61 let. b LPGA notamment), le recours est recevable. 2. Le litige porte sur l'aptitude au placement du recourant pour la période du 18 décembre 2020 au 31 mai 2021. 3. a) L'assuré a droit à l'indemnité de chômage si, entre autres conditions, il est apte au placement (art. 8 al. 1 let. f LACI). Est réputé apte à être placé le chômeur qui est disposé à accepter un travail convenable

- 8 - 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 ainsi deux éléments : la capacité de travail d'une part, c'est-à-dire la faculté 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 143 V 168 consid. 2 ; 136 V 95 consid. 5.1 et les références citées ; TF 8C_282/2018 du 14 novembre 2018 consid. 4.1 et les références citées). b) L'assuré qui exerce une activité indépendante pendant son chômage n'est apte au placement que s'il peut exercer cette activité indépendante en dehors de l'horaire de travail normal (TF 8C_282/2018 du

E. 14

novembre 2018 consid. 4.2). Si tel n'est pas le cas, il faut examiner si l'exercice de cette activité est d'une ampleur telle qu'elle exclut d'emblée toute activité salariée parallèle. 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 revendent 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 (TF 8C_41/2012 du 31 janvier 2013 consid. 2.3 et les références citées ; cf. également ATF 112 V 326 consid. 3d). Pour pouvoir bénéficier d'une compensation de sa perte de gain, l'assuré doit être disposé à abandonner aussi rapidement que possible son activité au profit d'un emploi convenable qui s'offrirait à lui ou qui lui serait assigné par l'administration (Boris Rubin, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Genève/Zurich/Bâle 2014, n° 46 ad art. 15 LACI et les références citées).

- 9 - Si l'activité indépendante 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, l'aptitude au placement peut être admise (Boris Rubin, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Genève/Zurich/Bâle 2014, n° 44 ad art. 15 LACI et les références citées). Dans une telle situation, un chômeur doit encore – pour être réputé apte au placement – être disponible pour prendre un emploi temporaire avant le commencement de son activité indépendante (TF 8C_130/2010 du 20 septembre 2010 consid. 5). 4. En l'espèce, l'intimé considère que pendant la période litigieuse, soit du 18 décembre 2020 au 31 mai 2021, le recourant était inapte au placement en raison des investissements importants qu'il aurait consentis afin de préparer l'ouverture de son restaurant puis assurer sa gestion. a) Les différentes déclarations du recourant depuis le début de son chômage permettent de constater qu'il n'a pas eu l'intention de réorienter sa carrière professionnelle dans la restauration avant le début du chômage. En s'inscrivant au chômage, son but était en effet de retrouver un emploi salarié dans le milieu de la finance (pièces 94, 99 et 117), bien qu'il ait envisagé un temps de travailler dans l'industrie malgré son profil bancaire (cf. pièces 99 et 112). Il a par ailleurs débuté son chômage en octobre 2019 et ce n'est qu'à la fin du mois de février 2020, qu'il a dit être intéressé à obtenir la patente de restaurateur et évoqué la possibilité d'ouvrir un troisième restaurant avec ses associés. En juillet 2020, il a à nouveau évoqué ce projet avec sa conseillère ORP, laquelle lui a suggéré de requérir des mesures SAI. Celles-ci lui ont été refusées en août 2020. A cet époque, l'aptitude au placement de l'assuré a été validée par la Division juridique des ORP qui a retenu que l'objectif professionnel de l'intéressé restait de trouver un emploi salarié (pièce 47). La société X. _____ a finalement été constituée en décembre 2020 et le restaurant a été ouvert en juin 2021.

- 10 - Le projet d'ouvrir un restaurant, qui a été évoqué la première fois au printemps 2020 par l'assuré intervient alors qu'il était confronté à de nombreux refus de la part d'employeurs potentiels et à des difficultés à décrocher des entretiens d'embauche (cf. procès-verbaux entretien des 25 novembre 2019 et 26 février 2020, pièces 99 et 87 du dossier de l'intimé), dans un contexte où il pensait pouvoir rapidement retourner sur le marché du travail. Dans la mesure où il ne trouvait pas d'emploi dans le domaine de la finance, il paraît plausible qu'il a saisi le projet d'ouvrir un restaurant avec ses associés, puis de s'y salarier, comme une opportunité de se sortir du chômage. En particulier, rien ne permet d'affirmer que le recourant s'est inscrit au chômage pour poursuivre un objectif – celui de créer une société et d'ouvrir un restaurant - décidé déjà bien avant le début du chômage. La chronologie des événements permet en effet d'observer que l'assuré ne s'est pas inscrit ni n'est resté inscrit à l'assurance-chômage pour compenser l'absence de revenu tirés de ses projets dans la restauration, mais qu'il a bien plutôt envisagé l'ouverture d'un restaurant et la possibilité d'y être employé, comme un moyen de diminuer son dommage.

b) La Cour constate par ailleurs que l'assuré a été concrètement disponible pour la prise d'un emploi durant toute la période qu'a duré son chômage. En effet, il a effectué des recherches d'emploi en quantité et en qualité suffisante durant la période considérée, hormis pour le mois de décembre 2020 où il n'a fourni que quatre recherches d'emploi sur les six attendues. Pour le surplus, il ressort du dossier qu'il s'est rendu à tous les entretiens de conseil de l'ORP, qu'il a envisagé une formation complémentaire d'allemand auquel il a dû renoncer en raison de ses connaissances insuffisantes de la langue, et qu'il s'est rendu à plusieurs entretiens d'embauche. Il a d'ailleurs déclaré s'être très bien préparé pour un entretien en novembre 2020 (procès-verbal d'entretien du 9 décembre 2020). La seule inscription au registre du commerce ne constitue pas, dans ce contexte, une démarche substantielle, d'une ampleur telle qu'elle

- 11 - s'avère incompatible avec l'exercice d'une activité lucrative à plein temps. Il n'est à cet égard pas avéré que le recourant aurait fait de nombreuses démarches sur le plan financier, organisationnel, administratif et juridique pendant la période en cause ou durant la période qui a précédé l'inscription de la société X. _____ au registre du commerce. L'assuré a expliqué à ce sujet que cette nouvelle société disposait d'un associé gérant président qui s'était occupé de ces démarches, lui-même n'ayant qu'offert son aide puisqu'il avait du temps. Les pièces au dossier confirment les informations relatives à l'organisation de la société et les investigations menées par le SDE ne permettent pas de douter des explications de l'assuré quant au temps investi pour la création de la société. D'ailleurs il ressort du dossier que s'il s'est investi de manière plus importante dans ce projet durant le printemps 2020, et qu'il a requis des mesures SAI dans ce contexte, c'est parce qu'il y voyait un moyen satisfaisant de sortir du chômage. Après le refus signifié le 24 août 2020 par l'ORP d'accorder des mesures SAI, le recourant a expliqué qu'il avait renoncé à porter le projet d'ouverture du restaurant, et qu'il serait mené par ses associés s'il devait finalement se concrétiser (pièce 49 du dossier de l'intimé). L'attestation établie par T. _____ et produite le 24 septembre 2021 confirme ce point. Le recourant, compte tenu de ses compétences en matière financière, a certes pu entreprendre avec ses associés les démarches auprès de la banque et en tant que futur associé, a participé aux négociations du prix de vente du fonds de commerce (cf. courriel du 7 juillet 2020, pièce 72 du dossier de l'intimé). Cet investissement en temps consenti par l'assuré à son projet ne permet pas encore de considérer que toute activité salariée en parallèle était exclue. On rappelle à ce sujet que le recourant a déjà investi dans des restaurants parallèlement à une activité

salariée, en particulier lorsqu'il était employé à plein temps par [...], de sorte que l'on ne saurait déduire du seul fait qu'il a investi dans l'ouverture d'un troisième restaurant durant son chômage qu'il n'aurait pas été en mesure d'avoir une autre activité à titre principal en parallèle ou qu'il aurait refusé un autre emploi salarié si un tel poste s'était présenté.

- 12 - Les éléments au dossier ne permettent pas non plus de dire que l'assuré n'était pas prêt à renoncer à sa collaboration avec ses associés durant la phase d'élaboration du projet, ni une fois que l'entreprise X. _____ a été créée s'il avait décroché un emploi dans son domaine de compétences principal ou correspondant aux objectifs déclarés à la conseillère ORP (activité dans l'industrie, gestion de projet ou marketing). Il pouvait sans autre en rester à un investissement secondaire comme il l'avait déjà expérimenté auparavant et en parallèle avec son activité professionnelle dans la finance. On ne saurait non plus déduire du comportement de l'assuré qu'il a voulu en priorité et exclusivement occuper un poste dans son nouveau restaurant après le refus des mesures SAI, plus particulièrement après l'inscription de la société au registre du commerce c) Au final, il convient de retenir qu'aucun élément ne permet d'admettre que l'ampleur de l'activité déployée par l'assuré dans le cadre de son projet d'ouverture d'un restaurant rendait impossible l'exercice d'une activité salariée parallèle à plein temps. Il a déclaré y consacrer quelques heures par semaine, l'essentiel des démarches étant effectuées par l'associé-gérant président de la société X. _____, ce qui paraît crédible au vu des pièces au dossier. La perspective de se salarier dans le cadre de la gestion de ses trois restaurants s'est concrétisée avec le temps, dans un contexte où le recourant recherchait activement du travail depuis plusieurs mois. L'ouverture d'un troisième restaurant a permis au recourant de sortir du chômage sans qu'il n'ait été prévu dès le début du chômage qu'il y occuperait une fonction et sans que sa disponibilité n'ait été entravée par la création de l'entreprise X. _____. 5. En définitive, il y a lieu d'admettre le recours et de réformer la décision entreprise en ce sens que l'aptitude au placement est reconnue pendant la période litigieuse. Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires (art. 61 let. f bis LPGA). 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

- 13 - (art. 61 let. g LPGA). Il convient d'arrêter cette indemnité à 1'500 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.

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