

VD_OMNI PS.2005.0077 vom 31. Oktober 2005

VD Tribunal cantonal, 2005-10-31, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PS.2005.0077

FR: VD_OMNI PS.2005.0077 du 31 octobre 2005

IT: VD_OMNI PS.2005.0077 del 31 ottobre 2005

Regeste

X. c/UNIA Caisse de chômage, Office régional de placement de la Riviera | L'assuré qui prend une activité indépendante ou constitue sa propre Sàrl pour éviter de se trouver au chômage a droit à l'indemnité s'il est apte au placement. Le droit à l'indemnité peut lui être nié par l'ORP s'il n'est pas apte au placement. En revanche, la caisse de chômage ne saurait objecter à son droit le fait qu'il occupe la fonction d'associé-gérant dans la Sàrl qu'il vient de créer.

Erwägungen

E. 1

Il importe en premier lieu de bien cerner la portée de la décision attaquée, à l'aide de quelques rappels législatifs. a) L'autorité intimée a rejeté l'opposition du recourant et a confirmé la décision du 27 janvier 2004, laquelle a nié son droit à l'indemnité de chômage à compter du 1^{er} novembre 2003. Pour arriver à cette conclusion, la caisse de chômage s'est fondée sur l'art. 31 al.

E. 3

lit. c LACI, à teneur duquel : « N'ont pas droit à l'indemnité: (...) c. les personnes qui fixent les décisions que prend l'employeur – ou peuvent les influencer considérablement – en qualité d'associé, de membre d'un organe dirigeant de l'entreprise ou encore de détenteur d'une participation financière à l'entreprise; il en va de même des conjoints de ces personnes, qui sont occupés dans l'entreprise. » Il n'y a guère de doute sur la compétence de la caisse de chômage à cet égard ; cette compétence générale et résiduelle résulte en effet de l'art. 81 al. 1 lit. a LACI, dont il ressort que les caisses de chômage déterminent le droit aux prestations « en tant que cette tâche n'est pas expressément réservée à un autre organe ». b) A l'invitation du magistrat instructeur, l'autorité intimée a toutefois précisé que la décision attaquée portait également sur les 90 indemnités que le recourant a perçues au titre de soutien de son activité indépendante. On rappelle en effet qu'à teneur de l'art. 71a al. 1 LACI : « L'assurance peut soutenir l'assuré qui projette d'entreprendre une activité indépendante durable par le versement de 90 indemnités journalières au plus durant la phase d'élaboration du projet. » Les conditions donnant droit à cette indemnité étant consacrées par l'art. 71b al. 1 LACI : « 1 L'assuré peut prétendre à un soutien en vertu de l'art. 71a, al. 1: a. s'il est au chômage sans faute de sa part; b. (...) c. s'il est âgé de 20 ans au moins, et d. s'il présente une esquisse de projet d'activité indépendante économiquement viable. » Le soutien de l'assurance-chômage à une activité indépendante prend place parmi les mesures relatives au marché du travail (chapitre 6 de la loi ; art. 59 et ss LACI). Or, la compétence spécifique de statuer sur l'octroi de ces mesures échappe à la caisse de chômage, puisqu'elle incombe à l'office régional de placement ; à teneur de l'art. 59c al. 1 et 2 LACI, en effet : « 1 Les demandes de subvention

pour les mesures relatives au marché du travail doivent être présentées à l'autorité compétente dûment motivées et assez tôt avant le début de la mesure. 2 L'autorité compétente statue sur les demandes concernant les mesures spécifiques visées aux art. 65 à 71d et sur les demandes de mesures individuelles de formation. » Cette disposition doit être complétée par l'art. 85b al. 1 LACI : « 1 Les cantons instituent des offices régionaux de placement. Ils leur confient des tâches relevant de l'autorité cantonale. Ils peuvent leur confier la procédure d'inscription en vue du placement prévue à l'art. 17, al. 2. » In casu, l'ORP, dans la sphère de compétence qui lui est dévolue par la loi, a rendu une décision d'octroi en ce sens le 8 janvier 2004. c) Il en résulte que la décision attaquée ne peut avoir trait qu'au droit du recourant à l'indemnité de chômage au sens de l'art.

E. 8

LACI ; elle est en revanche sans portée aucune sur le droit du recourant aux 90 indemnités de soutien d'une activité indépendante. La caisse de chômage elle-même en est consciente puisque, le jour même où elle a exigé du recourant la restitution de la somme de 9'644 fr.30 - ce lors même que la décision de refus du droit à l'indemnité n'était pas définitive, puisque contestée en temps utile - elle s'est également tournée vers l'ORP pour que celui-ci revienne sur l'octroi des indemnités journalières de soutien. Or, à ce jour, l'ORP n'a pas statué et n'est pas revenu sur sa décision du 8 janvier 2004 ; celle-ci est donc toujours en vigueur et n'a pas été abordée ici. C'est donc seulement dans cette mesure que la décision attaquée pourra, le cas échéant, être confirmée. 2. Dans sa décision du 27 janvier 2004, confirmée par la décision attaquée, la caisse de chômage est revenue sur une décision définitive, ayant force de chose décidée, d'ouvrir un délai-cadre en faveur du recourant et de lui octroyer l'indemnité de chômage sur la base d'un gain assuré de 6'933 francs. a) On rappelle à cet égard que, depuis le 1^{er} janvier 2003, l'exception au principe de la force matérielle de chose jugée des décisions entrées en force a été concrétisée par l'art. 53 al. 2 LPGA, dont la teneur est la suivante: "L'assureur peut revenir sur les décisions ou les décisions sur opposition formellement passées en force lorsqu'elles sont manifestement erronées et que leur rectification revêt une importance notable." La reconsidération concerne les cas dans lesquels la décision est entachée d'inexactitude initiale (anfängliche Unrichtigkeit), par opposition aux cas dans lesquels l'inexactitude apparaît après coup (nachträgliche Unrichtigkeit), qui seuls ouvrent la voie d'un nouvel examen (v. Ueli Kieser, Die Abänderung der formell rechtskräftigen Verfügung nach der Rechtsprechung des EVG, SZS 1991, p. 134; Ulrich Meyer-Blaser, Die Abänderung formell rechtskräftiger Verfügungen in der Sozialversicherung, ZBl 1994, pp. 337 ss, not. 348-352). Pour sa part, la jurisprudence la plus récente retient que, pour apprécier si une reconsidération se justifie en raison du caractère sans nul doute erroné de la décision, il faut se fonder sur la situation juridique existant au moment où cette décision a été rendue, compte tenu de la pratique en vigueur à l'époque; un changement de pratique ne permet en principe pas de considérer la pratique antérieure comme étant sans nul doute erronée (ATF 125 V 383, cons. 3 et les réf. citées). Le Tribunal administratif a récemment jugé que le versement de l'indemnité pour réduction de l'horaire de travail au conjoint d'un assuré - ne pouvant y prétendre du fait qu'il est employé dans l'entreprise de son conjoint -, revêtait un caractère manifestement erroné justifiant sa reconsidération ultérieure par une nouvelle décision de refus (v. arrêt PS 2004.0200 du 28 janvier 2005). b) L'autorité intimée motive sa décision dans le cas d'espèce par la constitution, en date du 20 octobre 2003, de X. _____ S.à.r.l., entreprise dans laquelle le recourant est associé-gérant avec signature collective à deux. Elle invoque à cet égard l'art. 31 al. 1 lit. c LACI. Cette disposition, conçue pour l'indemnité en

cas de réduction de l'horaire de travail, a été en effet étendue par la pratique et la jurisprudence au droit à l'indemnité de chômage. Tant que les personnes visées par cet article occupent une position comparable à celle d'un employeur dans l'entreprise, elles n'ont pas droit à l'indemnité de chômage car elles continuent à influencer de manière déterminante sur les décisions de l'employeur ou sont à même de réactiver à tout moment l'entreprise momentanément en veilleuse ; peu importe que ces personnes aient le statut de salarié au sens de la législation sur l'AVS (Secrétariat d'Etat à l'économie - ci-après : SECO - Circulaire relative à l'indemnité de chômage, janvier 2003, B31 ; v. également, Bulletin MT/AC du SECO, 15 décembre 2003, fiche 4). Les membres du conseil d'administration d'une société anonyme, les associés gérants ou tiers gérants d'une société à responsabilité limitée ont, de par leur fonction, une position comparable à celle d'un employeur ; tant qu'ils la conserve, ils sont exclus d'emblée du cercle des ayants-droit à l'indemnité (SECO, Circulaire IC, B33). A noter que cette exclusion s'étend au conjoint de ces personnes, lorsqu'eux-mêmes sont employés dans l'entreprise (v. ATFA C193/04 du 7 décembre 2004, in DTA 2005, n° 9, p. 130). Au surplus, le Tribunal fédéral des assurances se montre particulièrement strict dans l'appréciation de l'existence et l'importance de la perte de travail d'assurés dont la situation professionnelle est comparable à celle d'un employeur. Il est en effet admis que ces personnes peuvent exercer une influence sur la perte de travail qu'elles subissent, ce qui rend leur chômage difficilement contrôlable (v. DTA 2003 n° 22, cons. 4) En l'occurrence, la situation diffère quelque peu de celle évoquée dans la circulaire précitée puisque le recourant n'a pas quitté l'emploi dans une société ou entreprise qu'il continue dans les faits à diriger. Il a en effet perdu l'emploi qu'il occupait jusqu'alors chez Y. _____ SA, au sein de laquelle il n'occupait aucune fonction dirigeante, et c'est après son licenciement qu'il a constitué X. _____ S.à.r.l., avec un associé, dans laquelle il occupe la fonction d'associé-gérant avec signature collective à deux. La perte d'emploi qui a conduit le recourant à solliciter le bénéfice de l'assurance chômage concerne son activité chez Y. _____ SA ; il n'a occupé aucune fonction dirigeante au sein de cette société, que ce soit avant ou après son départ. Il n'y a donc guère de difficultés particulières à évaluer l'existence et l'ampleur de la perte de travail en l'espèce ; partant, on ne se trouve donc pas dans une situation où une influence aurait été possible à l'égard de l'assurance-chômage, ce qui suffit à dénier le droit à l'indemnité (v. arrêt PS 2004.0105 du 1^{er} novembre 2004). c) Cela étant, il n'est certain pour autant que la décision doive être annulée, cela même si son maintien dépend de la substitution par le tribunal des motifs avancés par l'autorité intimée. aa) On constate en effet que le recourant n'est plus sans emploi au sens des art. 8 al. 1 lit. a et 10 al. 1 LACI. Il a requis - et obtenu - de l'ORP des indemnités journalières spécifiques au titre de l'encouragement d'une activité indépendante, au sens de l'art. 71a LACI, pour la constitution de X. _____ S.à.r.l. Dès lors, il ne saurait prétendre cumulativement à l'octroi de l'indemnité de chômage, à tout le moins depuis le 1^{er} janvier 2004. En effet, les indemnités de soutien n'ont pas pour but de financer le manque d'occupation de la personne qui commence une activité indépendante; le contraire reviendrait à remplacer les risques liés au manque d'occupation dans sa nouvelle activité par des indemnités de chômage. Or, cette conséquence est totalement étrangère à la volonté du législateur d'encourager la prise d'une activité indépendante (v. interventions de la Conseillère aux Etats Christine Beerli, in BO 1994 CE 317 et BO 1995 CE 111). Dès lors, le paiement ultérieur d'indemnités de chômage ne peut entrer en ligne de compte que si l'assuré met fin à son activité indépendante (v. ATFA C92/99 du 30 juin 1999 ; arrêts PS 1998.0253 du 31 mars 2000 ; PS 1997.0335 du 10 septembre 1999). bb) En outre, la

situation du recourant, jusqu'au jour où il a débuté son activité indépendante, s'apparente à celle de l'assuré qui prend une activité indépendante pour éviter de se trouver au chômage. Or, l'assuré a droit à l'indemnité de chômage si, notamment, il est apte au placement (art. 8 al. 1 lit. f 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 (art. 15 al. 1 LACI). La jurisprudence nie en principe l'aptitude d'un assuré qui n'est disponible que pour une période limitée avant la prise d'un emploi ou d'une activité indépendante (arrêt PS 1999.0080 du 30 décembre 1999). Il a en effet été jugé qu'est 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. Le fait d'exercer une activité lucrative indépendante à temps partiel ne suffit pas en soi à exclure l'aptitude au placement. Il faut en effet tenir compte des circonstances du cas concret, notamment des conséquences du travail à titre indépendant sur la disponibilité de l'assuré (v. ATF 112 V 136; TA, arrêt PS 1997.0217 du 8 décembre 1997). Dans le cas concret d'un assuré ayant entrepris une activité indépendante, l'aptitude au placement ne peut être niée du seul fait qu'il a par exemple loué un local et acquis du matériel de bureau et d'informatique. Il faut plutôt se demander, au regard de l'ensemble des circonstances, s'il a encore la volonté d'accepter un travail et s'il est en mesure de prendre un tel travail eu égard au taux qu'il peut consacrer à un emploi et au nombre des employeurs potentiels (v. DTA 1992 no 12 p. 129; arrêt PS 1997.0217 précité). Le recourant et son associé ont constitué X. _____ S.à.r.l. le 20 octobre 2003, soit onze jours avant l'expiration de son contrat de travail. On peut sérieusement se demander si, alors qu'il faisait contrôler son inactivité, le recourant était déjà absorbé par l'élaboration et le démarrage de X. _____ S.à.r.l., à un point tel qu'il ne puisse pas offrir à un employeur potentiel toute la disponibilité pour un nouvel emploi, ce qui ferait obstacle à son aptitude au placement. Cela étant, des mois de septembre à décembre 2003, le recourant a continué à chercher un emploi salarié. L'ORP lui-même explique qu'à cette époque, l'aptitude au placement du recourant ne faisait guère de doute et un cours a même été assigné à celui-ci par décision de l'ORP du 22 décembre 2003. Dans ses dernières écritures, l'ORP fait valoir que le recourant aurait, initialement, renoncé à son projet d'activité indépendante, avant de le réactiver en quelque sorte au cours de l'entretien du 22 décembre 2003 ayant précédé l'octroi des indemnités de soutien. Le recourant, qui se plaint de ne pas avoir été renseigné de façon complète et correcte par l'ORP, explique qu'à cette époque, Y. _____ SA avait repris possession des machines qui, pourtant, avait été promises à X. _____ S.à.r.l. C'est pour cette raison qu'il a entrepris les démarches nécessaires en vue d'obtenir des indemnités de soutien. Or, son entreprise n'était peut-être déjà plus à ce moment-là en phase de démarrage (v. arrêt PS 1998.0253 du 31 mars 2000 ; PS 1997.0113 du 25 juin 1997) ; quoi qu'il en soit, cette question peut demeurer indéterminée, la décision du 8 janvier 2004 étant définitive et exécutoire. cc) A ce stade de l'instruction, on se contentera de relever qu'il n'est pas exclu que la question de l'aptitude au placement du recourant durant la période de novembre à décembre 2003 se pose très sérieusement, de sorte que le droit à l'indemnité du recourant pourrait effectivement lui être dénié. Le tribunal, qui ne peut instruire lui-même sur cette question, annulera en conséquence la décision attaquée et renverra la cause à l'autorité intimée. Il appartiendra donc à celle-ci, avant de rendre une nouvelle décision, de transmettre le dossier à l'ORP, autorité compétente, pour complément d'instruction sur ce point et, cas

échéant nouvelle décision sur la question de l'aptitude au placement du recourant.

3. Les considérants qui précèdent conduisent donc le tribunal à admettre le recours. La décision attaquée est donc annulée, la cause étant renvoyée à l'autorité intimée pour complément d'instruction et nouvelle décision, conformément au considérant qui précède. Au surplus, le présent arrêt est rendu sans frais.

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