



**POUVOIR JUDICIAIRE
GERICHTSBEHÖRDEN**

ETAT DE FRIBOURG
STAAT FREIBURG

**Tribunal cantonal TC
Kantonsgericht KG**

Rue des Augustins 3, case postale 1654, 1701 Fribourg

T +41 26 304 15 00
tribunalcantonal@fr.ch
www.fr.ch/tc

605 2018 297

Arrêt du 18 décembre 2019

1^e Cour des assurances sociales

Composition

Président :

Marc Boivin

Juges :

Marianne Jungo, Marc Sugnaux

Greffière :

Isabelle Schuwey

Parties

A. _____, recourant

contre

SERVICE PUBLIC DE L'EMPLOI, autorité intimée

Objet

Assurance-chômage – aptitude au placement

Recours du 29 novembre 2018 contre la décision du 31 octobre 2018

considérant en fait

A. A. _____, né en 1995, gérant à temps partiel du restaurant familial B. _____, pour lequel il est inscrit au registre du commerce et dispose de l'autorisation d'exploitation, travaillait en parallèle comme magasinier à raison de 24 heures par semaine dans le cadre d'une mission de durée indéterminée, dans laquelle il avait été placé par la société C. _____ SA, lorsqu'il a été licencié par cette dernière avec effet au 3 février 2018.

Il s'est alors inscrit au chômage le 5 février 2018 à un taux de 100%.

B. Par décision du 19 avril 2018, confirmée sur opposition le 31 octobre 2018, le Service public de l'emploi (ci-après : le SPE) a déclaré l'assuré inapte au placement dès le 5 février 2018 et lui a ainsi refusé le droit à l'indemnité de chômage. L'autorité a retenu que l'assuré, vu son inscription au registre du commerce et sa fonction de gérant, qui plus est titulaire de la patente d'exploitation délivrée par la police du commerce, devait être considéré comme une personne indépendante. Or, le taux et l'horaire de son activité indépendante, de même que le revenu qu'il en dégage, n'ont pas pu être déterminés en raison de son manque de collaboration et de ses déclarations divergentes. Sa réelle disponibilité sur le marché de l'emploi n'ayant pas pu être établie, son aptitude au placement a été niée.

C. Par acte du 29 novembre 2018, régularisé le 19 décembre 2018, A. _____ interjetta recours contre cette décision. Il conclut à l'annulation de la décision attaquée et à la reconnaissance de son aptitude au placement au taux de 70% dès le 5 février 2018. Il explique s'être inscrit au chômage dans l'attente de retrouver un emploi à 70%, parallèlement à son activité de gérant du snack, qu'il exerce en qualité de salarié. Il admet s'être trompé lors de son inscription au chômage en mentionnant un taux de disponibilité de 100% alors qu'il ne souhaitait qu'un emploi annexe à un taux de 70%. Il produit un document intitulé « *fiche d'horaire B. _____* », indiquant les horaires de son activité de gérant assistant à 30% durant le mois de novembre 2018, à savoir les vendredis de 8h à 17h et les samedis de 8h à 12h.

Le 1^{er} février 2019, le SPE a proposé le rejet du recours et la confirmation de la décision litigieuse.

Il n'a pas été ordonné d'autre échange d'écritures.

Il sera fait état des arguments, développés par celles-ci à l'appui de leurs conclusions, dans les considérants en droit du présent arrêt, pour autant que cela soit utile à la solution du litige.

en droit

1.

Interjeté puis régularisé en temps utile auprès de l'autorité judiciaire compétente à raison du lieu et de la matière par un assuré directement touché par la décision sur opposition attaquée, le recours est recevable.

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 (loi sur l'assurance-chômage, LACI ; RS 837.0), l'assuré a droit à l'indemnité de chômage s'il est, entre autres conditions, apte au placement au sens de l'art. 15 LACI.

2.1. Selon l'alinéa 1 de cette dernière disposition, 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).

L'aptitude au placement n'est pas sujette à fractionnement, en ce sens qu'il existerait des situations intermédiaires entre l'aptitude et l'inaptitude au placement (par exemple une inaptitude "partielle" auxquelles la loi attacherait des conséquences particulières (arrêts TF 8C_14/2015 du 18 mai 2015 consid. 3; 8C_908/2014 du 18 mai 2015 consid. 3 et les références citées).

2.2. Les personnes formellement employées par une société qu'elles contrôlent (personnes occupant une position assimilable à celle d'un employeur) sont assimilées, sous l'angle de la manière d'examiner leur aptitude au placement, à des personnes indépendantes (RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, n. 37 ad art. 15 p. 157 et la référence citée).

Les chômeurs qui envisagent d'exercer ou exercent une activité indépendante ont 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 (RUBIN, n. 40 ad art. 15 p. 158 et les références citées).

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).

2.3. 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 normal. 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. Par contre, cette situation influencera l'étendue de la perte de travail à prendre en considération. Dès qu'un assuré envisage 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 citées).

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 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 suite à sa 3^{ème} inscription au chômage, le 5 février 2018.

La décision attaquée retient que le recourant, gérant du snack B._____, pour lequel il dispose de la signature collective à deux et est personnellement titulaire de l'autorisation d'exploitation de la police du commerce, doit être considéré comme un indépendant. Or, il n'a pas été possible, faute de collaboration de l'assuré, d'établir quels étaient ses horaires de travail au sein de cette activité indépendante et, partant, de déterminer sa disponibilité pour une activité salariée. Son aptitude au placement a ainsi été niée au motif que sa disponibilité pour une activité salariée en parallèle de cette activité indépendante n'avait pas pu être établie.

Quant à l'assuré, il a tout d'abord affirmé que cette activité pouvait être réalisée à sa convenance et lui laissait ainsi une totale disponibilité pour une activité salariée à 100%, avant de limiter cette disponibilité à 70%, sans pour autant être en mesure de préciser les horaires consacrés à son

activité indépendante. Ce n'est qu'au stade du présent recours qu'il produit un document mentionnant l'horaire de son activité de gérant du snack, à savoir le vendredi et le samedi matin.

Qu'en est-il ?

4.1. Il ressort du dossier produit par l'autorité intimée que l'assuré a déjà bénéficié de plusieurs délais-cadre d'indemnisation.

4.1.1. L'assuré s'est pour la première fois inscrit au chômage le 28 février 2013, alors qu'il était domicilié dans le canton de Vaud. Il a bénéficié d'un semestre de motivation (SeMo) du 8 avril 2013 au 30 juillet 2013, auprès de l'Association Plate-forme Jeunesse. A l'issue de cette mesure, il a trouvé une place d'apprentissage comme gestionnaire de commerce de détail dès le 2 août 2013 et a été désinscrit du chômage le 5 août 2013 (dossier SPE, pièces 7 et 9).

4.1.2. Il n'a toutefois pas achevé cet apprentissage et s'est dès lors réinscrit au chômage le 6 janvier 2015, cette fois à D. _____, à un taux de 100% (dossier SPE, pièces 7 et 9).

Le 26 février 2015, il s'est désinscrit du chômage au motif d'une « reprise d'établissement ».

Il avait en effet signé un contrat de travail avec B. _____ en qualité de gérant, à 30%, soit 14 heures par semaine, dès le 1^{er} février 2015. Le cahier des charges défini dans ce contrat prévoit la responsabilité du gérant « *pour toutes les fiches et contrôles dans [le] domaine [de l'hygiène], que ce soit pour la cuisine, le café, le snack ou les toilettes des clients et des employés. Le gérant travaillera 30% dans l'administration, les achats de marchandises, la planification hebdomadaire des autres employés et les correspondances et/ou rendez-vous avec les administrations cantonales ou administratives* ». Ce contrat ne mentionne toutefois aucune rémunération ni contrepartie en nature (dossier SPE, pièce 7).

4.1.3. Le 7 novembre 2016, il a encore signé un contrat de mission avec l'agence de placement C. _____ SA, portant sur une mission de durée indéterminée dès le 9 novembre 2016 en tant que magasinier auprès de E. _____ à raison de 24 heures par semaine (dossier SPE, pièce 7).

C. _____ SA l'a enfin licencié avec effet au 3 février 2018, au motif que la mission avait pris fin (dossier SPE, pièce 9).

4.1.4. L'assuré s'est alors réinscrit au chômage le 5 février 2018 à un taux de 100%. Dans sa demande d'inscription, il a indiqué être disposé à travailler à plein temps et a déclaré exercer une activité indépendante à 20%. Le formulaire d'inscription précise que l'assuré « *a un emploi à 20% mais cherche un 100%* » (dossier SPE, pièces 7 et 9).

Par téléphone du 6 février 2018, il a déclaré à sa conseillère ORP qu'il était gérant du snack familial depuis 2015 et que cette activité l'occupait à un taux d'environ 20 à 30%. Il a indiqué qu'il n'était pas souvent sur place et qu'il travaillait surtout à la maison, en soirée ou le week-end. Il a affirmé qu'il pouvait tout à fait combiner cette activité avec un emploi à 100% (dossier SPE, pièce 6).

Lors du premier entretien de contrôle du 22 février 2018, il a expliqué que le snack appartenait à ses parents et que son beau-père en était le patron inscrit au registre du commerce. Il a confirmé qu'il y travaillait à un taux de 30% pour accomplir des tâches administratives et logistiques, exercées principalement à la maison, le soir ou le week-end, de sorte qu'il n'était pas souvent sur place. Il a confirmé qu'il était disponible pour un emploi à 100% en parallèle. Il a enfin déclaré qu'il

n'était pas payé mais qu'il bénéficiait du studio situé au-dessus du snack et qu'il pouvait disposer de la nourriture et du véhicule (dossier SPE, pièce 6).

Cependant, l'extrait du compte individuel de l'assuré auprès de la caisse de compensation du 12 mars 2018 démontre par ailleurs que cette société lui a versé un revenu de CHF 22'044.- en 2015 et de CHF 26'452.- en 2016. Enfin, ses fiches de salaire de janvier 2017 à février 2018 mentionnent un salaire mensuel brut de CHF 1'836.94 pour un taux d'occupation de 25% (dossier SPE, pièce 9).

Par ailleurs, une attestation du 5 mars 2018 du snack B. _____ confirme que l'assuré poursuit son travail dans le restaurant en qualité de gérant depuis le 1^{er} février 2015 pour une durée indéterminée (dossier SPE, pièce 9).

4.1.5. Par courrier du 26 mars 2018, le SPE a invité l'assuré à fournir des précisions sur son activité auprès du snack B. _____ afin de pouvoir déterminer son aptitude au placement (dossier SPE, pièce 8).

En réponse à ce courrier, l'assuré a déclaré le 29 mars 2018 qu'il gagnait CHF 2'204.- bruts par mois selon son contrat de travail à 30%, en tant que « *détenteur de patente B et responsable vis-à-vis des administrations cantonales concernées* ». Il a en revanche déclaré ne « *pas [avoir] de société* » et n'avoir « *jamais décidé de [se] lancer comme indépendant* ». Invité à préciser ses horaires de travail au sein de cette entreprise, il a indiqué qu'il travaillait « *selon besoin des travaux administratifs etc.* » et, en réponse à la question de savoir si sa présence dans les locaux de l'entreprise était indispensable à son bon fonctionnement, il a répondu « *oui et non. Il s'agit pour moi de faire respecter les lois selon les institutions cantonales* ». S'agissant de ses disponibilités pour une activité salariée, il a déclaré être disponible du lundi au dimanche « *plutôt le matin* ». Enfin, il a conclu en déclarant qu'« *il est clair qu'avec mon emploi à 30% je peux accepter un emploi à 70% maximum* » (dossier SPE, pièce 8).

Faute de précisions suffisantes, le SPE lui a redemandé par courrier du 5 avril 2018 de préciser les horaires de son activité indépendante ainsi que ceux auxquels il était disponible pour une activité salariée (dossier SPE, pièce 8).

L'assuré a retourné ce courrier le 17 avril 2018, à nouveau sans avoir indiqué d'horaires précis, en affirmant utiliser son « *temps pour le snack selon le besoin et [ses] disponibilités* ». Il a ajouté que, « *ayant la tâche d'administration au snack, [il] arrive toujours à [s']arranger pour avoir la disponibilité nécessaire pour travailler à côté de [son] activité de gérant* » (dossier SPE, pièce 8).

4.1.6. C'est dans ce contexte que le SPE a rendu la décision d'inaptitude au placement le 19 avril 2018 (dossier SPE, pièce 4).

Lors de l'entretien de contrôle du 4 mai 2018, il a déclaré à sa conseillère ORP qu'il souhaitait réduire son taux d'inscription au chômage de 100% à 70% (dossier SPE, pièce 6). Il a confirmé sa demande de désinscription le 6 juin 2018, mentionnant une reprise d'emploi dans un domaine « *logistique* », à une « *date encore inconnue* ». Sa désinscription a été effectuée le 7 juin 2018 (dossier SPE, pièce 7).

Par courrier du 16 mai 2018, il a formé opposition à l'encontre de la décision du 19 avril 2018, en affirmant qu'il avait pensé de bonne foi pouvoir travailler à plein temps en parallèle de son activité

de gérant mais qu'il s'était ensuite rendu compte que cela n'était pas possible, de sorte qu'il a demandé que son inscription au chômage soit reconnue au taux de 70% (dossier SPE, pièce 3).

4.1.7. L'assuré s'est encore réinscrit au chômage le 28 novembre 2018, en demandant cette fois son inscription à 70% en parallèle à son activité indépendante à 30%, exercée le vendredi. Il a en outre indiqué comme dernier employeur l'agence de placement pour laquelle il avait travaillé jusqu'au 3 février 2018 (dossier SPE, pièce 7).

Par courrier du 29 novembre 2018, il a été convoqué à un premier entretien de conseil le 10 décembre 2018. Il ne s'est toutefois pas présenté à cet entretien et n'a apparemment pas donné suite à la demande d'explications qui lui a été transmise. Son inscription au chômage a dès lors été désactivée avec effet au 21 décembre 2018 (dossier SPE, pièce 7).

4.2. A l'examen de ces éléments, la Cour constate que les déclarations du recourant relatives à son implication au sein de l'entreprise familiale B. _____ sont fluctuantes et contradictoires.

En effet, il a tout d'abord expressément affirmé ne pas percevoir de salaire en espèces pour son activité, avant de reconnaître être payé CHF 2'204.- par mois.

Quant à ses horaires, il a d'abord mentionné un taux d'activité de 20%, exercé surtout à la maison, en soirée ou le week-end, lui laissant ainsi une totale disponibilité et lui permettant de travailler en parallèle à temps plein (cf. demande d'inscription du 5 février 2018 et procès-verbal de l'entretien téléphonique du 6 février 2018). Il a ensuite indiqué une activité à 30%, flexible, en confirmant sa capacité à combiner cette activité avec un emploi à 100% (procès-verbal de l'entretien de contrôle du 22 février 2018). A posteriori, il a fini par affirmer qu'il était « *clair qu'avec mon emploi à 30% je peux accepter un emploi à 70% maximum* », mentionnant à cet égard une disponibilité résiduelle pour un emploi salarié « *plutôt les matins* ». Il ne s'est pas non plus prononcé clairement sur la question de savoir si sa présence sur place était nécessaire, ce qu'il avait pourtant exclu au départ (questionnaire rempli le 29 mars 2018, dossier SPE, pièce 8). Enfin, lors de sa réinscription au chômage du 28 novembre 2018, il a confirmé ce taux de 70% en déclarant qu'il n'était pas disponible les vendredis (inscription du 28 novembre 2018, dossier SPE, pièce 7).

Force est ainsi d'admettre que le recourant, par ses déclarations contradictoires, a empêché la détermination précise de l'ampleur de son activité indépendante et de sa disponibilité résiduelle sur le marché de l'emploi.

C'est dès lors à juste titre que l'autorité intimée a considéré que son attitude pouvait être assimilée à un refus de fixer ses heures disponibles pour l'exercice d'une activité salariée.

4.3. Par ailleurs, il apparaît que le recourant avait mis un terme à sa seconde période de chômage le 26 février 2015 au motif d'une « *reprise d'établissement* ». Or, déjà à l'époque, le contrat qui le liait à l'entreprise familiale ne prévoyait qu'une activité de gérant à 30%, comme cela est toujours le cas actuellement si l'on en croit l'attestation du 5 mars 2018 (dossier SPE, pièce 9). On peine dès lors à comprendre en quoi cette même activité avait alors motivé sa sortie du chômage, mais permettrait aujourd'hui l'exercice d'une activité parallèle à plein temps ou à 70%.

Quant à l'emploi qu'il a exercé dans l'intervalle auprès d'une agence de placement, il s'agissait d'une activité à temps partiel de 24 heures par semaine, soit un taux légèrement inférieur à 60%, de sorte que cet élément ne saurait constituer un indice en faveur de la disponibilité alléguée de 100 ou même 70%.

Enfin, il sied encore de relever que le recourant ne saurait se prévaloir, comme il le fait dans son recours, de sa méconnaissance de l'assurance-chômage et de son manque d'expérience en la matière, alors que la décision litigieuse intervient dans le contexte d'une troisième inscription au chômage et d'un troisième délai-cadre d'indemnisation et qu'il déclare que son rôle d'administration d'un établissement public viserait précisément à faire respecter les lois.

4.4. Au vu de tout ce qui précède, la Cour constate que la disponibilité sur le marché de l'emploi du recourant parallèlement à son activité indépendante ne correspond à tout le moins pas au taux de 100% allégué lors de son inscription au chômage, une disponibilité réduite de 70% n'étant de surcroît pas non plus établie. En refusant de communiquer ses horaires de travail, il a par ailleurs fait obstacle à la détermination de la perte de travail devant être prise en considération (cf. *supra* consid. 2.3).

Dans ces conditions, on peut douter que le recourant dispose d'une réelle disponibilité pour la prise d'une activité salariée en parallèle à son activité indépendante et qu'il n'envisage pas, au contraire, de se consacrer à cette activité à titre principal. On rappellera à cet égard que l'assurance-chômage n'a pas vocation à couvrir le risque entrepreneurial.

Partant, c'est à juste titre que l'autorité intimée l'a déclaré inapte au placement dès le 5 février 2018, décision qui semble au demeurant aller dans le sens du manque d'empressement qu'il aura encore eu plus tard à se confirmer une nouvelle fois à ses obligations de chômeur, lors de sa dernière réinscription au chômage.

5.

Il s'ensuit le rejet intégral du recours et la confirmation de la décision attaquée.

5.1. 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.

5.2. Vu le sort du recours, il n'est par ailleurs pas alloué de dépens.

(dispositif en page suivante)

la Cour arrête :

I. Le recours est rejeté.

Partant, la décision sur opposition du 31 octobre 2018 est confirmée.

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 18 décembre 2019/isc

Le Président :

La Greffière :