

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 15 novembre 2019

Composition : Mme DURUSSEL, présidente
Mme Röthenbacher et M. Métral, juges
Greffier : M. Schild

Cause pendante entre :

I. _____, à Lausanne, recourante,

et

D. _____, à Lausanne, intimé.

Art. 8 al. 1 let. f LACI et art. 34 LEI

E n f a i t :

A. I. _____ (ci-après : l'assurée ou la recourante), ressortissante macédonienne née en 1981, a obtenu le titre de Docteur ès sciences (PhD) en 2011, délivré par l' [...] ([...]) dans le programme « [...] ». Au cours de sa carrière, l'assurée a notamment occupé les postes de doctorante assistante en recherche auprès de l' [...] ([...]) entre le mois de février 2007 et le mois de février 2011, de scientifique post-doctorante au sein de la [...] de l' [...], spécialement à l' [...] (juillet 2011 à février 2017) et de scientifique au sein de [...] SA (mars 2017 à février 2018). Elle était dernièrement engagée en tant que collaboratrice scientifique au sein de la Chaire d'analyse appliquée de l' [...], et ce pour une durée déterminée, du 1^{er} mars 2018 au 31 août 2018. Pendant l'exercice de cette activité, l'intéressée était au bénéfice d'une autorisation de séjour de courte durée (permis L), valable jusqu'au 31 août 2018.

Par acte du 23 août 2018, l'assurée, par l'intermédiaire de sa mandataire, Me Martine Dang, a sollicité auprès du Service de la population (ci-après : le SPOP) l'examen de son droit à se voir délivrer une autorisation d'établissement.

L'assurée s'est inscrite à l'Office régional de placement de [...] (ci-après : l'ORP) le 7 septembre 2018 comme demandeuse d'emploi à 100%. Elle a sollicité les indemnités de chômage dès cette date.

Le 14 septembre 2018, l'ORP a annulé l'inscription de l'assurée en raison d'un « problème de permis de travail ». L'intéressée s'est à nouveau inscrite à l'ORP le 28 novembre 2018 en tant que demandeuse d'emploi à 100%.

Par décision du 14 décembre 2018, le Service de l'emploi, Instance juridique chômage (ci-après : le SDE ou l'intimé), a déclaré l'assurée inapte au placement à compter du 28 novembre 2018. En effet, le SDE soulignait que, par courrier daté du 13 décembre 2018, le Contrôle

du marché du travail et protection des travailleurs (ci-après : le CMTPT) avait indiqué que le dossier de l'intéressée était à l'examen sans droit de travailler. Pour l'autorité, il en découlait ainsi que l'assurée n'avait pas d'autorisation de travailler sur le territoire suisse.

I. _____ s'est opposée à la décision précitée le 1 février 2019. Elle soutenait qu'elle était effectivement autorisée à travailler en Suisse, produisant une attestation du SPOP, datée du 1^{er} novembre 2018, dont la teneur est la suivante :

« Le Service de la population atteste que le dossier de la personne mentionnée ci-après est en cours de traitement auprès de son autorité et que son séjour sur notre territoire est admis jusqu'à droit connu sur une décision en matière de police des étrangers :

- **I. _____, née le 2 novembre 1981, de nationalité macédonienne**

Dans ce cadre, l'exercice d'une activité lucrative est autorisé.

Pour des raisons de contrôle, cette attestation est valable jusqu'à droit connu sur notre décision, mais au plus pour une durée de trois mois à compter de sa date d'émission. »

Par décision sur opposition du 11 février 2019, le Service de l'emploi, Instance juridique chômage, a rejeté l'opposition formée par l'assurée et confirmé la décision contestée. Le SDE retenait que l'attestation du 1^{er} novembre 2018 fournie par l'assurée, par laquelle le SPOP indiquait que l'intéressée était autorisée à séjourner et à travailler sur le territoire, ne suffisait pas à retenir son aptitude au placement depuis le 28 novembre 2018. En effet, le Contrôle du marché du travail et Protection des travailleurs avait indiqué que l'intéressée n'était pas autorisée à travailler pendant l'examen de sa demande de renouvellement de son autorisation de séjour.

Par acte du 5 mars 2019, le SPOP a informé l'assurée des éléments suivants :

« Nous nous référons à la demande d'autorisation d'établissement en faveur de votre mandante et, à l'analyse du dossier, nous

constatons que les conditions de délivrance d'une telle autorisation ne sont pas remplies.

En effet, nous constatons que durant son séjour dans notre pays l'intéressée a toujours bénéficié d'autorisations temporaires, soit séjour pour études, soit à la recherche d'un emploi, soit encore séjour limité.

Or, selon l'art. 34 de la Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr), les ressortissants de [...] peuvent prétendre à l'établissement après un séjour de 10 ans au titre d'une autorisation de courte durée ou de séjour, dont les 5 dernières années de manière ininterrompue au titre d'une autorisation de séjour.

De plus, les séjours temporaires ne sont pas pris en compte dans le séjour ininterrompu de cinq ans prévu aux al. 2, lettre a et 4. Les séjours effectués à des fins de formation ou de perfectionnement (art. 27) sont pris en compte lorsque, une fois ceux-ci achevés, l'étranger a été en possession d'une autorisation de séjour durable pendant deux ans sans interruption.

Nous relevons encore que son autorisation de séjour, limitée au 31 août 2018, a pris fin conformément à l'article 61, lettre c LEtr.

Au vu de ce qui précède, notre Service a l'intention de rendre une décision négative quant à la demande d'une autorisation d'établissement, de prononcer son renvoi et de lui impartir un délai pour quitter la Suisse. »

B. Par acte du 13 mars 2019, l'assurée a déféré la décision sur opposition du 11 février 2019 devant la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, concluant implicitement à la reconnaissance de son aptitude au placement. Elle soutenait qu'elle était autorisée à séjourner et à travailler en Suisse jusqu'à droit connu concernant son autorisation de séjour.

Par réponse du 11 avril 2019, le Service de l'emploi, Instance juridique, a maintenu ses conclusions prises à l'occasion de la décision sur opposition attaquée et proposé le rejet du recours, rappelant l'avis du CMPTP selon lequel l'assurée n'était pas autorisée à travailler durant l'examen de sa demande de prolongation de son autorisation de séjour. Les conditions objectives d'une aptitude au placement n'étaient ainsi pas réunies.

Répliquant en date du 25 mai 2019, l'assurée a confirmé les conclusions prises à l'occasion de son recours, soutenant que l'attestation du SPOP l'autorisait effectivement à exercer une activité lucrative.

Dupliquant en date du 13 juin 2019, le SDE a renvoyé aux considérants de la décision attaquée et souligné qu'il n'appartenait pas au SPOP de se prononcer sur le droit de la recourante à exercer une activité salariée.

C. Dans le cadre de l'instruction du présent recours, la Juge instructrice a requis la production par le SPOP du dossier concernant la recourante, lequel a été produit le 3 juillet 2019. Dans leurs déterminations, les parties ont maintenu leurs conclusions.

E n d r o i t :

1. a) Les dispositions de la LPGA (loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales ; RS 830.1) s'appliquent aux contestations relevant de la LACI (loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.0), à moins que la LACI ne déroge expressément à la LPGA (cf. art. 1 al. 1 LACI). Les décisions sur opposition et celles contre lesquelles la voie de l'opposition n'est pas ouverte sont sujettes à recours (cf. art. 56 al. 1 LPGA) auprès du tribunal des assurances compétent, à savoir celui du canton auquel appartient l'autorité qui a rendu la décision attaquée (cf. art. 100 al. 3 LACI et 128 al. 2 OACI [ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.02]). Le recours doit être déposé dans les trente jours suivant la notification de la décision sujette à recours (art. 60 al. 1 LPGA).

b) La LPA-VD (loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative ; BLV 173.36) s'applique aux recours et contestations par voie d'action dans le domaine des assurances sociales

(art. 2 al. 1 let. c LPA-VD). La Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal du canton de Vaud est compétente pour statuer (cf. art. 93 let. a LPA-VD).

c) En l'espèce, déposé en temps utile auprès du tribunal compétent et en respectant les autres conditions formelles prévues par la loi, le recours est recevable.

2. a) En tant qu'autorité de recours contre des décisions prises par des assureurs sociaux, le juge des assurances sociales ne peut, en principe, entrer en matière – et le recourant présenter ses griefs – que sur les points tranchés par cette décision ; de surcroît, dans le cadre de l'objet du litige, le juge ne vérifie pas la validité de la décision attaquée dans son ensemble mais se borne à examiner les aspects de cette décision que le recourant a critiqués, exception faite lorsque les points non critiqués ont des liens étroits avec la question litigieuse (ATF 131 V 164, 125 V 413 consid. 2c, 110 V 48 consid. 4a ; RCC 1985 p. 53).

b) Le litige porte sur le point de savoir si la recourante était apte au placement dès le 28 novembre 2018, date à partir de laquelle elle a une nouvelle fois sollicité l'octroi des indemnités de l'assurance-chômage.

3. a) L'assuré a droit à l'indemnité de chômage à la condition notamment qu'il soit apte au placement (art. 8 al. 1 let. f LACI). Un assuré est apte au placement lorsqu'il est disposé à accepter un travail convenable et à participer à des mesures d'intégration et qu'il est en mesure et en droit de le faire (art. 15 al. 1 LACI).

Selon la formule consacrée par la jurisprudence, 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 la disposition à accepter un travail convenable au sens de l'art. 16 LACI d'autre part, 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 136 V 95 consid. 5.1 ; 125 V 51 consid. 6a et 123 V 214 consid. 3 ; TF 8C_862/2015 du 26 février 2016 consid. 3.2 ; BORIS RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Genève/Zurich/Bâle 2014, n. 14 ad art. 15 LACI).

b) L'aptitude au placement suppose que l'assuré soit au bénéfice d'une autorisation de travail qui lui permette, le cas échéant, d'accepter l'offre d'un employeur potentiel. A défaut d'une telle autorisation, l'aptitude au placement et, partant, le droit à l'indemnité, doivent être niés (ATF 120 V 392 consid. 2c). Cependant, le Tribunal fédéral admet qu'il est suffisant que l'assuré puisse s'attendre à obtenir une autorisation de travail dans l'hypothèse où il trouverait un travail convenable (ATF 120 V 392 consid. 2a). Pour trancher cette question, il s'agit de déterminer – de manière prospective, sur la base des faits tels qu'ils se sont déroulés jusqu'au moment de la décision sur opposition (ATF 120 V 385 consid. 3) – si l'assuré pouvait ou non compter sur l'obtention d'une autorisation de travail au moment où il s'est annoncé à l'assurance-chômage (cf. THOMAS NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in : Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, 3^e éd., 2016, p. 2347 n. 269 ; BORIS RUBIN, op. cit., n. 72 ad art. 15 LACI).

Dans cette dernière éventualité, l'administration ou le juge ont le pouvoir de trancher préjudiciellement le point de savoir si, au regard de la réglementation applicable (droit des étrangers et de l'asile, traités internationaux conclus par la Suisse), le ressortissant étranger serait en droit d'exercer une activité lucrative. Lorsqu'ils ne disposent pas d'indices concrets suffisants, l'administration ou le juge doivent s'informer auprès des autorités de police des étrangers ou du marché du travail au sens de l'art. 40 LEtr (loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers ; RS 142.20), respectivement LEI (loi fédérale sur les étrangers et l'intégration ; RS 142.20), pour savoir si la personne intéressée peut s'attendre à obtenir une autorisation de travail (ATF 120 V 392 consid. 2c ; BORIS RUBIN, op. cit., n. 72 ad art. 15 LACI).

c) Pour qu'une indemnisation puisse avoir lieu, il faut que le droit de travailler existe, et ce pour chaque période concernée (DTA 1996/1997 p. 182 consid. 3a/aa). L'examen de l'aptitude au placement se fonde sur une appréciation prospective. Il convient donc de déterminer pour chaque période précise si l'assuré pouvait compter obtenir une autorisation de travailler (TFA C 405/00 du 9 mars 2001 consid. 3a; C 168/05 du 11 juillet 2006). L'existence d'une telle autorisation à un moment donné ne permet ni à l'administration ni au juge d'admettre l'aptitude au placement pour une période antérieure durant laquelle cette autorisation n'aurait pas été délivrée (TF C 248/06 du 24 avril 2007). De même, le droit de prendre un emploi n'est pas immuable et peut disparaître d'un jour à l'autre (BORIS RUBIN, op. cit., n. 73 ad art. 15 LACI).

4. a) Le 1er janvier 2019, la loi sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr) a connu une modification partielle comprenant également un changement de sa dénomination (modification de la LEtr du 16 décembre 2016, RO 2018 3171). Ainsi, la LEtr s'intitule nouvellement loi fédérale sur les étrangers et l'intégration du 16 décembre 2005 (LEI). En l'absence de disposition transitoire, il y a lieu de se référer aux règles générales régissant la détermination du droit applicable. Conformément aux principes généraux concernant l'application *ratione temporis* du droit, en cas de changement de législation, sont en principe applicables les dispositions légales en vigueur lors de la réalisation de l'état de fait qui doit être apprécié juridiquement et qui a des conséquences juridiques, sous réserve d'une réglementation transitoire contraire (TAF du 22 janvier 2019, F_1737/2017 et références citées).

b) En l'espèce, la décision attaquée devant la Cour des assurances sociales a été rendue après l'entrée en vigueur de la LEI, ce qui implique en principe l'application de ladite loi afin d'évaluer les chances de succès d'une demande d'autorisation de travailler. En outre et surtout, la demande d'autorisation d'établissement a été déposée devant le SPOP avant l'entrée en vigueur de la LEI, mais ladite autorité devra appliquer le droit en vigueur au moment où la question de la conformité

au droit de la situation en cause se posera, c'est-à-dire au moment où elle statuera ; elle sera ainsi régie par le nouveau droit devant l'autorité compétente. En conséquence, il y a lieu de se référer aux nouvelles dispositions.

5. **a)** En l'espèce, l'intimé se fonde sur l'avis du CMTPT qui a indiqué l'état de la procédure au 14 décembre 2018 en entourant au stylo la mention : "Dossier à l'examen sans droit de travailler" figurant sur le formulaire qui lui avait été adressé. La recourante se prévaut quant à elle d'une attestation du SPOP du 1^{er} novembre 2018 indiquant que le dossier la concernant était en cours de traitement et que son séjour sur le territoire suisse était admis jusqu'à droit connu sur une décision en matière de droit de police des étrangers. Cette attestation précise que, dans ce cadre, l'exercice d'une activité lucrative est autorisé.

b) A la date de la décision sur opposition, les autorités de police des étrangers ou de marché du travail n'avaient pas rendu de préavis négatif concernant la demande de prolongation de l'autorisation de séjour et de travail. En effet, interpellé par l'ORP, le CMTPT s'est limité à indiquer l'état de la procédure au 14 décembre 2018 en entourant au stylo la mention : "Dossier à l'examen sans droit de travailler", figurant sur le formulaire qui lui avait été adressé. Cela étant, on ne saurait considérer qu'il avait effectivement formulé un avis négatif. En tout état de cause, l'intimé ne pouvait tirer les conséquences juridiques qu'il a déduites d'un tel document. Devant l'imprécision de la réponse du 14 décembre 2018 du CMTPT et au vu de la teneur de l'attestation du SPOP fournie par l'intéressée, l'intimé devait, dans le cadre de son obligation de trancher préjudiciellement le point de savoir si, au regard de la réglementation applicable, la recourante pouvait s'attendre à obtenir un permis l'autorisant à travailler, instruire le dossier en s'informant sur le statut de l'intéressée auprès du SPOP.

c) Cela étant, il sied dès lors de déterminer si, au moment de son annonce auprès des organes de l'assurance-chômage, la recourante pouvait raisonnablement s'attendre à ce qu'un permis l'autorisant à

travailler lui soit octroyé. La Cour de céans note que, dans son courrier du 5 mars 2019, l'autorité compétente a constaté que la recourante ne remplissait pas les conditions d'obtention d'un permis d'établissement. Le SPOP a examiné les conditions prévues par l'art. 34 LEtr, applicable au moment du dépôt de la demande d'autorisation d'établissement, le 23 août 2018. A cette date, les conditions de refus étaient apparemment déjà réunies, la recourante n'ayant notamment pas séjourné pendant 5 ans en Suisse de manière ininterrompue au titre d'une autorisation de séjour (art. 34 al. 2 let. a LEtr).

S'il est vrai que le SPOP n'a pas examiné le cas sous l'angle de l'art. 34 LEI, l'art. 34 al. 2 LEI n'a toutefois pas subi de modification dans la condition posée à sa lettre a, soit le séjour en Suisse d'au moins dix ans au titre d'une autorisation de courte durée ou de séjour, dont les cinq dernières années de manière ininterrompue au titre d'une autorisation de séjour. L'art. 34 al. 4 LEI a subi une légère modification matérielle de son contenu au 1er janvier 2019, en ce sens que dans sa nouvelle teneur, cette disposition met un accent supplémentaire sur l'apprentissage de la langue. Quant à l'al. 5, il a en revanche été repris tel quel à l'art. 34 al. 5 LEI. En conséquence, dès lors que les conditions liées à la durée du séjour ininterrompu n'ont pas été modifiées, les modifications légales ne laissent pas présager un meilleur sort à la demande d'autorisation d'établissement déposée par la recourante. Il en résulte ainsi que la recourante ne pouvait s'attendre à l'octroi d'un permis d'établissement au moment de son annonce aux organes de l'assurance-chômage.

d) Ainsi, quand bien même la recourante est au bénéfice d'une autorisation de séjour et de travail provisoire, elle ne pourrait pas prétendre à un emploi pour une longue durée. En effet, ses démarches en vue de rechercher un emploi pourraient s'avérer passablement difficiles compte tenu de la perspective prochaine d'une décision de renvoi de Suisse. On relève en outre que l'autorisation de travail provisoire n'est valable que pour une durée maximale de trois mois, renouvelable jusqu'à l'échéance de la procédure, ce qui ne permet pas à la recourante, ni à un potentiel employeur, d'envisager un emploi durable au vu de l'échec

probable de la demande d'établissement présentée par la recourante. Enfin, on relève que l'assurée possède une formation et une expérience dans un domaine très spécifique, ce qui restreint le nombre d'employeurs potentiels, rendant ainsi encore plus difficiles les recherches d'emploi, même pour une durée limitée. Dans ces conditions, l'aptitude au placement doit être niée.

6. a) En définitive, c'est à juste titre que l'intimé a nié l'aptitude au placement de l'assurée dès le 28 novembre 2018. Le recours doit être rejeté et la décision sur opposition attaquée confirmée.

b) Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires, la procédure étant gratuite (art. 61 let. a LPGA), ni d'allouer de dépens, dès lors que la recourante n'obtient pas gain de cause (art. 61 let. g LPGA et 55 al. 1 LPA-VD).

**Par ces motifs,
la Cour des assurances sociales
p r o n o n c e :**

- I.** Le recours est rejeté.

- II.** La décision sur opposition rendue le 11 février 2019 par le Service de l'emploi, Instance juridique chômage, est confirmée.

- III.** Il n'est pas perçu de frais, ni alloué de dépens.

La présidente :

Le greffier :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à :

- I. _____,
- Service de l'emploi, Division juridique chômage,
- Secrétariat d'état à l'économie,

par l'envoi de photocopies.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière de droit public devant le Tribunal fédéral au sens des art. 82 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral ; RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne) dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

Le greffier :