

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 15 juillet 2024

Composition : M. PARRONE, président
M. Neu et Mme Brélaz Braillard, juges
Greffière : Mme Chaboudez

Cause pendante entre :

R. _____, à [...], recourante,

et

DIRECTION GÉNÉRALE DE L'EMPLOI ET DU MARCHÉ DU TRAVAIL, à
Lausanne, intimée.

Art. 15 al. 1 LACI

E n f a i t :

A. a) R. _____ (ci-après : l'assurée ou la recourante) s'est inscrite au chômage le 7 décembre 2020 en raison de la fin de son contrat de travail comme concierge au 31 décembre 2020. Elle a d'abord annoncé une disponibilité de 50 %, puis finalement de 30 % dès le 1^{er} janvier 2021. Au bénéfice d'un CFC d'esthéticienne, elle a indiqué, lors de son premier entretien avec un conseiller de l'Office régional de placement (ci-après : ORP), le 15 décembre 2020, qu'elle exerçait une activité indépendante comme esthéticienne à 60 % depuis trois ans et demi et qu'elle avait travaillé en parallèle comme concierge.

Par courrier du 23 décembre 2020, le Service de l'emploi (ci-après : le SDE ; depuis le 1^{er} juillet 2022 : Direction générale de l'emploi et du marché du travail [DGEM]) a envoyé un questionnaire à l'assurée en vue de déterminer son aptitude au placement, compte tenu de son activité indépendante.

Dans ses réponses, réceptionnées le 14 janvier 2021 par le SDE, l'assurée a indiqué qu'elle souhaitait développer une activité en tant que salariée à 50 % pour subvenir à ses besoins, qu'elle consacrait environ trois jours par semaine à son activité indépendante, qu'elle passait 4 heures par semaine aux démarches administratives et à la prospection, et qu'elle était disponible pour exercer une activité salariée le lundi, le mercredi matin, le vendredi matin et le samedi matin. Son activité indépendante lui rapportait environ 600 à 800 fr. par mois, et elle avait un contrat de bail pour un local commercial et du matériel pour environ 1'000 francs. Elle souhaitait, à court terme, continuer à développer sa clientèle et, à long terme, pouvoir vivre de cette activité indépendante sans un autre travail à côté. Dans son dernier emploi, elle travaillait à 50 %.

Le 14 janvier 2021, le SDE a estimé que l'assurée remplissait les conditions relatives à l'aptitude au placement.

Lors des entretiens de suivi des 11 octobre et 15 novembre 2021, l'assurée, compte tenu de la difficulté à trouver un emploi à un faible pourcentage, a indiqué qu'elle pourrait accepter un poste à 40 % ou 50 %.

L'assurée a trouvé un travail à 50 % comme esthéticienne dès le 10 octobre 2022, si bien que son inscription au chômage a été annulée le 1^{er} novembre 2022.

b) A la suite de la résiliation de ce contrat de travail, l'assurée s'est réinscrite au chômage le 31 août 2023 en annonçant être disponible pour prendre un emploi à 50 % dès le 1^{er} octobre 2023.

Compte tenu de son activité indépendante comme esthéticienne dans son institut [...], l'assurée a été invitée par la DGEM, le 26 septembre 2023, à répondre à des questions en vue de l'examen de son aptitude au placement.

Par décision du 3 octobre 2023, la Caisse cantonale de chômage a décidé de ne pas donner suite à la demande d'indemnisation de l'assurée au motif qu'elle ne justifiait pas d'une période de cotisation de douze mois au moins durant son délai-cadre de cotisation.

Le 18 octobre 2023, la DGEM a rappelé à l'assurée qu'il lui appartenait de répondre aux questions concernant son aptitude au placement, faute de quoi elle partirait du principe qu'elle était inapte au placement.

Par décision du 7 novembre 2023, la DGEM a déclaré l'assurée inapte au placement et décidé qu'elle n'avait pas droit aux indemnités journalières à compter du 1^{er} octobre 2023. Elle a constaté que l'assurée ne s'était pas exprimée sur sa situation malgré les différents courriers qui lui avaient été adressés et qu'aucun élément au dossier ne permettait de déterminer sa disposition et sa disponibilité à l'exercice d'une activité

salariée et pour participer à une mesure de marché du travail à 50 %, taux auquel elle était inscrite auprès de l'assurance-chômage.

Par courriel du 9 novembre 2023, l'assurée a transmis à la DGEM ses réponses au questionnaire relatif à l'aptitude au placement, expliquant qu'elle les avait probablement envoyées à une autre adresse, étant donné que la DGEM ne les avait pas reçues. Elle a fait savoir que son objectif professionnel était de pouvoir un jour exercer son activité indépendante à 100 %, mais qu'elle n'arrivait pas à le faire pour le moment, qu'elle avait du travail à un taux de 50 % seulement si bien qu'elle était disponible pour un emploi salarié à 50 %. Elle s'était inscrite au chômage en raison de la fin de son contrat, en attendant de retrouver un autre poste. Elle consacrait le mardi, le vendredi et une demi-journée le samedi à son activité indépendante, ainsi qu'environ 3 heures par semaine de travail administratif et de prospection. Elle était disponible pour un emploi salarié le lundi, le mercredi matin et le jeudi. Elle était disposée à renoncer à son activité indépendante pour une activité salariée avec une bonne rémunération. Faute d'avoir suffisamment de clientes, elle ne pouvait pas augmenter son taux de travail en tant qu'indépendante. Cette activité lui rapportait 2'000 fr. par mois. Elle louait un local, avait environ pour 300 fr. de produits et avait un leasing en cours de 550 fr. par mois pour une machine de cryolipolyse. Son but à court terme était de développer son activité indépendante, à moyen terme de pouvoir la développer de manière plus grande et à long terme de pouvoir en vivre.

La DGEM a considéré ce courriel comme une opposition qu'il a demandé à l'assurée de signer, ce qu'elle a fait le 17 novembre 2023.

Par décision du 20 novembre 2023, la DGEM a suspendu l'assurée dans son droit à l'indemnité de chômage pendant 5 jours à compter du 1^{er} novembre 2023 du fait qu'elle n'avait effectué aucune recherche d'emploi durant le mois d'octobre 2023. Son formulaire de recherches d'emploi n'a été réceptionné par l'ORP que le 15 novembre 2023.

Il ressort du procès-verbal de l'entretien de suivi du 27 novembre 2023 que l'assurée avait retravaillé un peu comme experte aux examens et pensait avoir droit aux indemnités de chômage.

Par décision sur opposition du 29 décembre 2023, la DGEM a rejeté l'opposition de l'assurée et confirmé sa décision d'inaptitude au placement. Elle a relevé que les jours et heures indiqués par l'assurée comme consacrés à l'exercice de son activité indépendante ne correspondaient pas à la réalité, étant donné que les horaires mentionnés sur son site internet (www.[...].ch) et sur une plateforme de réservation de soins dans son institut ([...].ch) indiquaient des horaires bien plus étendus, étant précisé qu'elle n'avait pas d'employé. Il en découlait que l'assurée privilégiait le développement de son activité indépendante au détriment de sa reprise d'un emploi salarié et qu'elle n'était pas en mesure d'offrir une disponibilité suffisante à un potentiel employeur ou de participer à une mesure octroyée par l'ORP. La DGEM a considéré que l'assurée n'avait manifestement pas pour intention de maintenir un équilibre entre ses activités indépendante et salariée dans la mesure où elle avait clairement indiqué que son objectif était de développer son activité indépendante et qu'elle n'était à la recherche d'un emploi salarié que pour compenser un manque actuel de revenus dans son activité indépendante. Elle souhaitait augmenter son taux d'activité indépendante et semblait se consacrer à cet objectif dans le cadre de son chômage. Or, l'assurance-chômage n'était pas destinée à couvrir le risque entrepreneurial des assurés qui exercent une activité indépendante. La DGEM en a conclu que l'assurée n'avait pas pour objectif de retrouver un emploi salarié durable, mais qu'elle était pleinement occupée par le développement de son activité indépendante.

B. Par acte du 17 janvier 2024 (date du timbre postal), R. _____ a recouru contre cette décision sur opposition auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, concluant implicitement à son annulation et à ce que son aptitude au placement soit reconnue. Elle a fait valoir qu'elle était totalement apte à accepter un travail salarié au taux recherché de 50 %, qu'elle était tout à fait disponible à ce taux et qu'elle

était disposée à se soumettre aux horaires et jours selon la convenance de son employeur. Elle a rappelé que lors de sa précédente inscription au chômage, elle avait été considérée apte au placement avec la même activité indépendante sans que cela ne lui pose de problème pour trouver un emploi à temps partiel, estimant que la justification de la DGEM n'était pas cohérente. Elle a expliqué qu'après la perte de son emploi, elle avait noté être disponible tous les jours pour son activité indépendante, mais que cela ne voulait pas dire qu'elle travaillait tous les jours vu que son activité dépendait des clients, qui prenaient rendez-vous en fonction des disponibilités proposées. Elle estimait injuste de devoir bloquer son agenda d'indépendante sur quelques jours et quelques heures pendant la période où elle ne trouvait pas de travail salarié, rappelant qu'elle n'avait aucun autre revenu, si bien qu'elle avait intérêt à être un peu plus disponible pour ses éventuels clients. Elle a indiqué qu'elle n'avait initialement pas répondu aux questions concernant son aptitude au placement car elle pensait que cela était inutile compte tenu de la décision de refus du droit aux indemnités, mais que sa situation avait ensuite changé car elle avait reçu une fiche de salaire supplémentaire. Elle s'était probablement mal exprimée car son objectif était clairement de pouvoir maintenir un équilibre entre son activité indépendante et salariée. Elle était même disposée à laisser son activité indépendante si on le lui demandait car elle aspirait à trouver une stabilité financière.

Dans sa réponse du 14 février 2024, la DGEM a conclu au rejet du recours.

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 [loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.0]). 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) En l'occurrence, 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 de la recourante à compter du 1^{er} octobre 2023.

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 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 un élément objectif et un élément subjectif : la capacité de travail d'une part, c'est-à-dire la faculté d'exercer une activité lucrative salariée sans que la personne assurée en soit empêchée 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 la personne assurée peut consacrer à un emploi et quant au nombre des employeurs potentiels (ATF 146 V 210 consid. 3.1 ; 123 V 214 consid. 3 et les références).

L'aptitude au placement doit ainsi être admise avec beaucoup de retenue lorsque, en raison de l'existence d'autres obligations ou de circonstances personnelles particulières, la personne assurée désire

seulement exercer une activité lucrative à des heures déterminées de la journée ou de la semaine (TF 8C_82/2022 du 24 août 2022 consid. 4.5 et les références).

Afin d'apprécier l'aptitude au placement, il faut se référer aux chances de conclure un contrat de travail dans la branche où les recherches sont effectuées (TF 8C_130/2010 du 20 septembre 2010 consid. 5.1 ; Boris Rubin, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Genève/Zurich/Bâle 2014, n° 54 ad art. 15 LACI et les références).

b) Le fait qu'un assuré exerce une activité indépendante durable à temps partiel tout en recherchant un nouvel emploi ne suffit pas en soi à exclure l'aptitude au placement. Pour trancher cette question, il faut tenir compte des circonstances du cas concret, notamment du point de savoir si l'exercice d'une activité indépendante a des conséquences sur la disponibilité de l'assuré et dans quelle mesure (ATF 112 V 136 consid. 3b). Il faut examiner si l'exercice de cette activité est d'une ampleur telle qu'elle exclut d'emblée toute activité salariée parallèle. Pour en juger, 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 (TF 8C_41/2012 du 31 janvier 2013 consid. 2.2 et 2.3 et les références ; cf. également ATF 112 V 326 consid. 2b).

L'indépendant à temps partiel qui ne rechercherait qu'une activité dépendante à titre complémentaire pour compenser, faute de mandats actuels, un manque à gagner momentané est en principe inapte au placement ; cette personne est réputée ne pas avoir vraiment la volonté de se retrouver avec un statut de salarié (TFA C 421/00 du 3 mai 2001 consid. 2b). Ce n'est en effet pas le but ni le devoir de l'assurance-chômage de compenser dans de pareils cas les risques d'un entrepreneur ou un manque à gagner dans une activité indépendante (ATF 126 V 212 consid. 3a ; TF 8C_635/2009 du 1^{er} décembre 2009 consid. 3.2 et 3.3 ; TF 8C_49/2009 du 5 juin 2009 consid. 4.3). 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 (TF 8C_169/2014 du 2 mars 2015 consid. 4.3 ; Boris Rubin, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, n° 40 ad art. 15 LACI et les références citées).

c) Dans le domaine des assurances sociales, le juge fonde sa décision, sauf dispositions contraires de la loi, sur les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent comme les plus vraisemblables, c'est-à-dire qui présentent un degré de vraisemblance prépondérante. Il ne suffit donc pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible ; la vraisemblance prépondérante suppose que, d'un point de vue objectif, des motifs importants plaident pour l'exactitude d'une allégation, sans que d'autres possibilités ne revêtent une importance significative ou n'entrent raisonnablement en considération (ATF 144 V 427 consid. 3.2 ; 139 V 176 consid. 5.3 et les références citées).

4. En l'occurrence, la recourante exerce une activité indépendante comme esthéticienne depuis 2017. Comme mentionné ci-dessus et comme cela a été le cas pour la recourante lors de sa précédente inscription au chômage, il est possible, à certaines conditions, de reconnaître l'aptitude au placement d'une personne assurée qui cherche un emploi salarié à taux partiel et qui exerce en parallèle une activité indépendante à taux partiel. Cela implique cependant que la personne assurée définisse clairement les plages horaires auxquelles elle est disponible pour l'exercice d'un emploi salarié, respectivement pour le suivi de mesures dans le cadre de l'assurance-chômage. Les directives LACI IC édictées par le Secrétariat d'Etat à l'économie précisent que la disponibilité de la personne assurée devra être consignée par l'ORP dans un procès-verbal ; les assurés ne sont pas réputés aptes à être placés si, d'une part, ils persistent à vouloir exercer une activité indépendante et, d'autre part, ils ne veulent pas fixer les heures pendant lesquelles ils sont disponibles (B241). Si l'activité indépendante rend impossible l'exercice d'une activité salariée en raison de son horaire, l'assuré est inapte au placement (B242).

Dans ses réponses du 9 novembre 2023, la recourante a indiqué être disponible le lundi de 9h à 18h, le mercredi de 9h à 12 et le jeudi de 9h à 18h pour travailler comme salariée. *A contrario*, elle consacrait le mardi, le vendredi et le samedi matin à son activité indépendante, qu'elle exerçait elle-même, n'ayant pas engagé d'employé. Comme l'a constaté la DGEM dans sa décision sur opposition, les horaires consacrés à l'activité indépendante tels qu'ils figurent sur le site internet du cabinet d'esthétique de la recourante ([www.\[...\].ch](http://www.[...].ch)) ainsi que sur une plateforme de réservation de rendez-vous ([\[...\].ch](http://[...].ch)) mentionnent que le cabinet est ouvert aux plages horaires annoncées pour l'exercice d'une activité salariée, à savoir le lundi toute la journée, le mercredi matin et le jeudi toute la journée. Dans son recours, la recourante explique qu'elle a mentionné de tels horaires sur son site en vue de proposer un maximum de disponibilités à ses clients pour la prise de rendez-vous, tant qu'elle n'a pas d'autre emploi en parallèle. Le fait de privilégier ainsi l'exercice de son activité indépendante ne peut toutefois que conduire à nier son aptitude au placement pour une activité salariée. Comme indiqué ci-dessus, l'aptitude au placement ne peut être reconnue que si les périodes consacrées à l'activité indépendante sont clairement distinguées de celles disponibles pour un emploi salarié. Cette exigence sert à s'assurer que la personne assurée a concrètement le temps nécessaire pour travailler comme salariée et manifeste sa volonté de prendre un emploi salarié au taux annoncé. A l'inverse, le fait de ne pas avoir de plages horaires gardées libres en vue de prendre un emploi salarié montre que l'activité indépendante est clairement privilégiée et que la prise d'un emploi salarié n'est pas un but en soi, mais demeure uniquement accessoire, en vue de pallier le manque de travail dans le cadre de l'activité indépendante. Quoiqu'en pense la recourante, il n'est pas « inhumain » de la part des autorités de chômage d'exiger que les plages horaires annoncées comme dédiées à un emploi salarié ne soient pas utilisées pour l'activité indépendante, y compris pour la prise de rendez-vous.

En outre, la disponibilité de la recourante pendant les jours et demi-journées annoncés pour l'exercice d'un emploi salarié n'est plus

assurée, compte tenu des rendez-vous pris par ses clients durant ces périodes, ou qui pourraient avoir été pris, qui compromettent la prise d'un emploi salarié ou le suivi d'une mesure de marché du travail à court terme. Or cette disponibilité doit être immédiate. Il ne suffit pas qu'elle existe dans le futur après que la recourante se sera organisée pour être disponible et arrangée avec les rendez-vous pris. La recourante ne bénéficie dès lors pas d'une disponibilité immédiate pour prendre un emploi à 50 % comme elle l'invoque.

Certes, l'aptitude au placement de la recourante avait été reconnue pour un taux d'occupation de 30 % lors de sa précédente inscription au chômage. On ne peut que constater qu'il s'agissait d'une appréciation favorable de sa situation, dans la mesure où, déjà à cette époque, la recourante annonçait que son but à court terme était de développer la clientèle de son activité indépendante afin de pouvoir en vivre dans le futur (cf. réponses du 14 janvier 2021). Comme déjà mentionné ci-dessus, l'assurance-chômage n'a pas pour but de pallier les manques de revenus d'une activité indépendante en attendant que cette dernière soit rentable.

Dans son recours, la recourante fait valoir qu'elle s'est probablement mal exprimée et que son but est de maintenir un équilibre entre son activité indépendante et une activité salariée. L'ensemble de ces propos démontre cependant que son but est en réalité d'exercer une activité salariée uniquement en raison du manque de rentabilité de son activité indépendante, qu'elle a privilégiée en autorisant la prise de rendez-vous sur les plages horaires qu'elle avait annoncées pour un travail salarié. On ne saurait y voir d'incompréhension ou de malentendu.

5. a) Le recours doit par conséquent être rejeté et la décision attaquée confirmée.

b) Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires (art. 61 let. f bis LPGA), ni d'allouer de dépens à la partie recourante, qui n'obtient pas

gain de cause et a procédé sans mandataire qualifié (art. 61 let. g LPGA ; ATF 127 V 205 consid. 4b).

**Par ces motifs,
la Cour des assurances sociales
prononce :**

- I. Le recours est rejeté.

- II. La décision sur opposition rendue le 29 décembre 2023 par la Direction générale de l'emploi et du marché du travail est confirmée.

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

Le président :

La greffière :

Du

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

- Mme R. _____,
- Direction générale de l'emploi et du marché du travail,
- Secrétariat d'Etat 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).

La greffière :