

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 25 octobre 2023

Composition : Mme DURUSSEL, présidente
Mme Gauron-Carlin, juge, et Mme Feusi, assesseure
Greffier : M. Genilloud

Cause pendante entre :

O. _____, c/o **V.** _____, à [...], recourant,

et

DIRECTION GENERALE DE L'EMPLOI ET DU MARCHE DU TRAVAIL,
Direction de l'autorité cantonale de l'emploi, à Lausanne, intimée.

Art. 8 al. 1 let. f et 15 al. 1 LACI

E n f a i t :

A. O._____ (ci-après : l'assuré ou le recourant), né en [...], a travaillé pour l'entreprise M._____ de février 2018 au 30 novembre 2022. Il s'est inscrit le 15 décembre 2022 en tant que demandeur d'emploi, à 100%, auprès de l'Office régional de placement de [...] (ci-après : l'ORP). Un délai-cadre d'indemnisation a été ouvert le 1^{er} février 2023.

Selon le document « stratégie de réinsertion », établi le 20 décembre 2022, l'assuré a annoncé à l'ORP qu'il disposait d'un site de vente de CBD en ligne, mais qu'il ne pouvait pas en vivre, précisant qu'il était prêt à chercher un travail salarié et à continuer en parallèle son activité indépendante.

Il ressort du procès-verbal du premier entretien du 20 décembre 2022 que l'assuré se disait être occupé à 100 % pour cette activité de vente de produits de « CBD-accessoires-etc. » mais qu'il démarrait son activité, raison pour laquelle il pourrait travailler comme salarié à temps partiel.

Constatant que l'assuré était inscrit au registre du commerce en qualité de titulaire de l'entreprise individuelle « B._____ », la Direction générale de l'emploi et du marché du travail, Direction de l'autorité cantonale de l'emploi (ci-après : la DGEM ou l'intimée), par courrier du 3 janvier 2023, l'a informé qu'elle était amenée à examiner son aptitude au placement et lui a adressé, pour ce faire, une liste de questions.

L'assuré y a répondu par pli du 16 janvier 2023, indiquant notamment qu'il pouvait se vouer à l'exercice d'une activité salariée les jours de semaine, le matin ou l'après-midi, mais qu'il désirait néanmoins se consacrer autant que possible à son activité indépendante en journée. A la question de savoir dans quelle mesure il allait renoncer à son activité indépendante pour la reprise d'une activité salariée ou pour suivre une

mesure octroyée par l'ORP, il a répondu qu'il pouvait au besoin s'adapter facilement et rapidement aux demandes de l'ORP et aux impératifs de la recherche d'emplois mais qu'il souhaitait, dans la mesure du possible, privilégier le développement de son activité indépendante, avec l'aide et le soutien de l'ORP, manifestant à cet égard sa volonté d'augmenter à l'avenir le temps consacré à son activité indépendante en fonction des résultats. Il a encore indiqué disposer d'un petit stock de marchandises afin d'honorer une éventuelle commande et avoir conclu plusieurs mandats avec des tiers (mandat d'hébergement et de référencement ainsi que quelques outils marketing).

Par décision du 30 janvier 2023, la DGEM a déclaré l'assuré inapte au placement à compter du 1^{er} février 2023 au motif qu'il exerçait une activité indépendante à caractère durable à laquelle il n'était pas disposé à renoncer au profit d'une activité salariée.

Par courrier du 16 février 2023, l'assuré s'est opposé à la décision précitée, considérant qu'une aptitude complète au placement devait lui être reconnue.

Par décision sur opposition du 5 avril 2023, la DGEM a rejeté l'opposition de l'assuré. En substance, elle a considéré que l'assuré n'était pas prêt à renoncer à son activité indépendante, compte tenu de ses déclarations et des démarches substantielles qu'il avait accomplies d'un point de vue financier, juridique, structurel, commercial et administratif. Elle a estimé que l'activité déployée par l'assuré ne revêtait pas un caractère aléatoire, transitoire et temporaire dans le but de diminuer le dommage causé à l'assurance chômage, de sorte que son aptitude au placement ne pouvait pas être reconnue.

B. Par pli du 28 avril 2023, O. _____ a recouru auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal du canton de Vaud à l'encontre de la décision sur opposition précitée, plaidant à ce qu'une aptitude complète au placement lui soit reconnue. En substance, il fait valoir que son investissement dans l'entreprise, aussi bien en temps qu'en

argent, est minime, précisant que la recherche d'un emploi salarié reste pour lui la priorité absolue. Selon lui, il ne pouvait pas être considéré comme indépendant dans la mesure où la caisse de compensation ne l'avait pas encore reconnu comme tel.

Dans sa réponse du 1^{er} juin 2023, l'intimée a conclu au rejet du recours et renvoyé aux considérants de sa décision sur opposition litigieuse.

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 a pour objet la question de l'aptitude au placement du recourant à compter du 1^{er} février 2023, compte tenu de l'exercice d'une activité indépendante.

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 citées). Un assuré, qui, pour des motifs personnels ou familiaux, ne peut ou ne veut pas offrir à un employeur toute la disponibilité normalement exigible, ne peut être considéré comme apte à être placé (ATF 136 V 95 consid. 5.1 ; 125 V 51 consid. 6a ; 123 V 214 consid. 3 ; TF 8C_862/2015 du 26 février 2016 consid. 3.2 ; 8C_169/2014 du 2 mars 2015 consid. 3.1).

b) aa) 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 (Boris Rubin, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Genève/Zurich/Bâle 2014, n. 40 ad art. 15 LACI ; TF 8C_853/2009 du 5 août 2010 consid. 3.5). Le fait

qu'en général l'intéressé ne réalise pas de revenu ou seulement un revenu modique en commençant une activité indépendante est typiquement un risque qui n'est pas assuré (TF 8C_853/2009 précité consid. 3.5 et les références citées).

bb) Selon la jurisprudence, 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 (ATF 112 V 326 consid. 1a et les références citées ; TF 8C_282/2018 du 14 novembre 2018 consid. 4.1). Il faut tenir compte des circonstances du cas concret, notamment du point de savoir si l'exercice d'une activité à titre indépendant a des conséquences sur la disponibilité de l'assuré et, le cas échéant, dans quelle mesure (ATF 112 V 136 consid. 3b ; TFA C 166/02 du 2 avril 2003).

cc) 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 habituel (ATF 112 V 136 consid. 3b ; TF 8C_966/2010 du 28 mars 2011 consid. 2). 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 décide 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 (DTA 2010 p. 297 consid. 3.3.2 p. 301 ; 2009 p. 336 ; 1972 p. 21). Dans ce cas, il faut partir du principe que les possibilités de placement sont trop rigides car tributaires des horaires prioritaires de l'activité indépendante (Rubin, op. cit., n° 48 ad art. 15 LACI).

4. **a)** 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).

b) En présence de deux versions différentes et contradictoires d'un état de fait, la préférence doit être accordée en général à celle que l'assuré a donnée alors qu'il en ignorait peut-être les conséquences juridiques (règle dite des « premières déclarations » ou déclarations de la première heure), les explications nouvelles pouvant être consciemment ou non le fruit de réflexions ultérieures (ATF 142 V 590 consid. 5.2 ; 121 V 45 consid. 2a ; TF 8C_238/2018 du 22 octobre 2018 consid. 6).

5. En l'espèce, l'intimée a nié l'aptitude au placement du recourant car ce dernier exerçait une activité indépendante à caractère durable. Elle s'est essentiellement fondée sur les informations qu'il a fournies dans son courrier du 16 janvier 2023.

A l'instar de l'intimée, et pour les motifs suivants, il convient de nier l'aptitude au placement du recourant.

En effet, dans son courrier du 16 janvier 2023, le recourant a tout d'abord expliqué s'être inscrit au chômage afin de pouvoir vivre, payer ses charges, essayer de construire et développer une activité commerciale indépendante, respectivement afin de pouvoir bénéficier d'une formation en gestion de petites entreprises, d'un accompagnement/suivi d'une activité indépendante, d'une aide à la mise en place d'un projet professionnel ainsi que pour rechercher les

possibilités de subventions existantes. Il a également indiqué vouloir privilégier, dans la mesure du possible, le développement de son activité indépendante ainsi qu'augmenter le taux de son activité indépendante en fonction des résultats. De plus, le recourant a débuté son activité indépendante avant même qu'il demande des prestations de l'assurance-chômage et a déjà pris de nombreuses dispositions d'ordre financier, juridique, structurel et administratif en lien avec cette activité. Il a également pris un certain nombre de mesures d'ordre commercial. A cet égard, il a, avant même le début du délai-cadre d'indemnisation, contracté divers engagements envers des tiers. Il disposait ainsi d'un stock de marchandises d'une valeur de 4'500 fr. afin d'honorer d'éventuelles commandes et avait plusieurs commandes de marchandises ouvertes auprès de fournisseurs. Il a également conclu un mandat d'hébergement pour son site internet, un mandat de référencement sur [...] et disposait de quelques outils marketing, ce qui représente, selon ses dires, une dépense mensuelle d'environ 389 francs. Pour finir, il dispose, en plus de son site internet, d'une carte de visite professionnelle. L'ensemble de ces éléments démontre que le recourant n'a pas véritablement la volonté d'exercer une activité salariée durable mais qu'il désire au contraire se consacrer durablement à son activité indépendante. De plus, au vu du temps et de l'argent investis, ainsi que les dispositions prises par le recourant pour créer et développer sa société, il paraît peu probable que celui-ci soit prêt à cesser son activité au profit d'une activité dépendante. Dans son courrier du 16 janvier 2023, il indiquait au demeurant qu'il souhaitait tenter l'aventure de l'indépendance dans le domaine de la vente en ligne et que cette idée avait mûri en lui déjà depuis quelques mois.

En outre, l'argument du recourant, selon lequel il exerçait déjà son activité indépendante lorsqu'il était en emploi à 100 %, censé démontrer que celle-ci est de minime importance et ainsi sa capacité à l'exercer en même temps qu'une activité salariée, tombe à faux. En effet, le recourant s'est inscrit au registre du commerce le 28 septembre 2022 dans le but d'exercer son activité indépendante. Or, le recourant explique, dans son courrier du 16 janvier 2023, que son activité n'a réellement et

timidement commencé qu'à la fin du mois de novembre 2022. Le recourant n'a donc, en réalité, exercé ses deux activités en parallèle que durant une période réduite, qui plus est durant une période où son entreprise n'était qu'à ses débuts et ne demandait, par conséquent, qu'un temps limité. D'ailleurs, compte tenu des objectifs à court, moyen et long terme que le recourant s'est fixés (notamment pérennisation du développement de son activité, investissements, gagner des parts de marché, développer la clientèle à l'ensemble de la Suisse, engager du personnel et participer à des salons dans toute la Suisse), mentionnés dans son courrier du 16 janvier 2023, il sera inévitablement contraint, pour atteindre lesdits objectifs, de consacrer de plus en plus de temps à son activité indépendante. Il y a donc lieu de craindre que le recourant ne puisse pas offrir à un (potentiel) employeur toute la disponibilité normalement exigible, ce d'autant plus qu'il a exprimé son souhait d'œuvrer pour son activité indépendante durant la journée, justifiant ce choix par le fait que les administrations et les fournisseurs de produits/services sont joignables durant la journée, les échanges en soirée étant beaucoup moins réactifs.

Ainsi, c'est à juste titre que l'intimée a considéré, sous l'angle de la vraisemblance prépondérante, que le recourant n'était pas prêt à mettre un terme à son activité indépendante dans le but de suivre une mesure du marché du travail proposée par l'ORP ou de reprendre un emploi salarié, ni suffisamment disponible pour exercer un tel emploi. Le fait que le recourant a déclaré, tant dans le cadre de son opposition que dans son recours, que la recherche d'une activité salariée était pour lui une priorité absolue et que son activité indépendante pouvait être abandonnée du jour au lendemain n'y change rien, de telles déclarations, par ailleurs contradictoires avec les réponses qu'il a fournies dans son courrier du 16 janvier 2023, apparaissant davantage comme le fruit d'une réflexion consécutive à la réception de la décision litigieuse que d'une réelle volonté. De son propre aveu, le recourant comptait bien plus sur l'assurance-chômage pour subvenir à ses besoins dans l'attente du développement de son entreprise, ce qui n'est toutefois pas le but de l'assurance-chômage.

Pour le surplus, le fait que la caisse de compensation AVS n'ait pas encore reconnu son statut d'indépendant n'est pas déterminant, la caisse de chômage pouvant, dans une telle circonstance, examiner librement le statut de l'assuré (Rubin, op. cit., n° 2 ad art. 2 LACI).

6. a) En définitive, il convient de rejeter le recours et de confirmer la décision sur opposition rendue le 5 avril 2023 par l'intimée.

b) Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires (art. 61 let. fbis LPGA), ni d'allouer de dépens au recourant, 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 5 avril 2023 par la Direction générale de l'emploi et du marché du travail, Direction de l'autorité cantonale de l'emploi, est confirmée.
- III.** Il n'est pas perçu de frais judiciaires, 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 :

- O._____, c/o V._____, à [...],
- Direction générale de l'emploi et du marché du travail, Direction de l'autorité cantonale de l'emploi, à Lausanne,
- Secrétariat d'Etat à l'économie, à Berne,

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 :