

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 27 août 2018

Composition : M. PIGUET, président
M. Métral et Mme Pasche, juges
Greffière : Mme Laurency

Cause pendante entre :

B. _____, à [...], recourant,

et

SERVICE DE L'EMPLOI, Instance juridique chômage, à Lausanne,
intimé.

Art. 15 al. 1 LACI

E n f a i t :

A. B._____ (ci-après : l'assuré ou le recourant), né en 1987, travaillait à plein temps comme aide serrurier, puis comme chauffeur-livreur auprès de la société C._____ SA à [...]. Les rapports de travail ont été résiliés d'un commun accord au 30 avril 2017.

L'assuré s'est inscrit le 10 avril 2017 auprès de l'Office régional de placement d'[...] (ci-après : l'ORP) comme demandeur d'emploi à 100 %. Il a sollicité l'octroi d'indemnités de l'assurance-chômage dès le 1^{er} mai 2017.

Lors d'un entretien de conseil qui s'est tenu le 17 mai 2017, l'assuré a déclaré chercher du travail comme chauffeur-livreur, graphiste et autres. Les éléments suivants ressortent du procès-verbal d'entretien :

Projet indépendant : il a l'idée de créer une entreprise de livraison de repas (restaurant à client). Les clients commanderaient directement au restaurant et lui se chargerait de livrer les repas aux clients.

Je lui explique la SAI [soutien à l'activité indépendante]. N'est pas intéressé pour l'instant car il souhaite poursuivre ses recherches et il pense qu'elle ne lui servirait à rien. Il a aussi de l'aide extérieure pour établir un business plan.

[...]

Il semble avoir une idée précise de son projet, mais je lui conseille de faire une étude de marché et de faire son budget. Il ne pourra pas être au chômage et indépendant en même temps.

Un nouvel entretien a eu lieu le 16 juin 2017. On extrait ce qui suit du procès-verbal :

Il poursuit ses recherches d'emploi. Pas de réponses positives.

Freins

Chauffeur-livreur : n'a pas le permis PL [poids lourds].

Graphiste : formation au [...] pas reconnue en Suisse.

Il cherche aussi comme opérateur CNC [Computer Numerical control]. Il a de l'expérience mais pas de formation reconnue.

Projet indépendant

Il a toujours cette idée de livraison de repas (restaurant à client via une plateforme internet). Il a étudié un peu le marché sur [...]. Deux restaurants pourraient être intéressés par le concept. Je n'ai pas l'impression qu'il a fait tous ses calculs. Cela reste fragile. Il me répond qu'il pense demander un pourcentage aux restaurants et cela baisserait le prix de la livraison pour le client.

Il n'a pas besoin de beaucoup d'investissement en matériel mais aurait besoin d'aide financière pour l'aider à tourner les premiers mois.

Je lui réexplique qu'il n'est pas possible de faire du gain intermédiaire lorsqu'on est indépendant. Il est donc bloqué dans son projet.

Je lui conseille fortement de trouver un emploi de salarié qui lui permette de payer ses factures et de commencer à faire des livraisons le vendredi soir et le week-end. En fonction du succès, il pourrait augmenter son taux comme indépendant.

Selon le procès-verbal d'entretien du 3 août 2017, l'assuré avait refusé un poste de chauffeur-livreur auprès d'une boulangerie en raison du salaire très bas, des indications confuses quant aux horaires, du cahier des charges comportant également une activité de vente et des explications peu claires de l'employeur, qui remettaient en cause selon l'assuré le sérieux de la proposition. Le projet lié à une activité indépendante était toujours présent et l'assuré devait transmettre à sa conseillère ORP les documents pour faire une demande de soutien d'activité indépendante.

Sanctionné le 18 août 2017 par une décision de suspension de trente et un jours pour refus d'un emploi convenable, l'assuré a formé opposition par courrier du 31 août 2017, en invoquant notamment que le poste auprès de la boulangerie ne correspondait pas à son profil au vu des obligations liées à la vente de produits et que l'employeur avait tenu des propos déplacés à son égard.

En date du 15 septembre 2017, l'assuré a été à nouveau suspendu dans son droit aux indemnités durant cinq jours en raison d'une absence à un entretien à l'ORP.

Nonobstant les explications données par l'assuré, l'ORP a confirmé la sanction de trente et un jour par décision sur opposition du 14 novembre 2017.

Par décision du 6 octobre 2017, l'ORP a octroyé à l'assuré des indemnités journalières entre le 5 octobre et le 27 décembre 2017 à titre de soutien à l'activité indépendante.

Un article paru dans le journal G. _____ le 6 juillet 2017 a été versé au dossier de l'ORP le 2 novembre 2017. Il présente le service de livraison « [...] », mis sur pied par l'assuré et sa compagne selon l'article, et mentionne que l'entreprise est sur le marché depuis moins de deux mois.

Il figure au dossier de l'ORP une note d'entretien téléphonique du 2 novembre 2017 entre l'assuré et sa conseillère ORP, ayant la teneur suivante :

Pour information :

Des éléments liés à la création de l'entreprise de Monsieur B. _____ me sont parvenus par des collègues. Nous avons trouvé une page [...] ouverte au nom de [...] avec adresse et no de téléphone de Monsieur B. _____. Des avis de clients y sont collectés depuis quelques mois.

Il y a également un article du G. _____ datant du 6 juillet 2017 avec sa photo.

Via [...], nous avons également trouvé un site internet [...] avec ses coordonnées (Depuis mon appel, il a enlevé son numéro de téléphone sur le site).

Tous ces éléments nous laissent à penser qu'il est déjà actif dans son entreprise.

[...]

Tél. à Monsieur B. _____.

Je lui demande comme[nt] cela se passe.

Il m'explique que suite aux conseils de [...], il fait une étude de marché sur les réseaux sociaux pour savoir si les clients souhaiteraient être livrés le midi ou le soir.

Je l'informe de la raison de mon appel.

Je constate que sur [...], des clients ont apprécié ses services de livraison. Je lui parle de tous ces éléments qui me mènent à penser qu'il n'est plus dans une phase d'élaboration de projet d'indépendant mais qu'il serait déjà actif.

Sur ce, il me dit que ce n'est pas son entreprise, mais celle de sa femme. Il n'est inscrit nulle part. Il n'a pas de contrat avec cette entreprise ni comme patron ou salarié. Il aide seulement sa femme dans son entreprise.

Pour l'article du G. _____, elle n'a pas voulu se faire prendre en photo. Alors c'est lui qui s'est proposé.

Je lui explique que dans ce cas, une SAI pour lui serait encore moins légitime si l'entreprise est seulement à sa femme.

Je lui explique que pour toutes ses raisons la SAI lui sera refusée.

Un examen d'aptitude sera également lancé.

Il ressort des captures d'écran du site Internet [...], qui ont été versées au dossier de l'ORP, que l'entreprise est active du lundi au jeudi entre 11h30 et 13h30, puis de 18h30 à 22h00, le vendredi de 11h30 à 13h30 et de 18h30 à 23h00, le samedi entre 18h30 et 23h00.

Par décision du 3 novembre 2017, l'ORP a annulé sa décision du 6 octobre 2017 relative à l'octroi d'indemnités journalières à titre de soutien à l'activité indépendante, avec effet rétroactif au 5 octobre 2017, au motif que l'assuré avait déjà débuté son activité économique alors que la mesure était prévue pour la période d'élaboration du projet.

A la suite de la demande de l'assuré du 14 novembre 2017, l'ORP a confirmé, par courrier du lendemain, l'annulation de son inscription auprès de l'Office.

Par décision du 23 novembre 2017, le Service de l'emploi (ci-après : le SDE ou l'intimé) a prononcé l'inaptitude au placement de

l'assuré dès le 1^{er} mai 2017. En substance, il a retenu que l'assuré avait toujours eu la volonté de lancer sa propre entreprise et qu'il avait entrepris les démarches pour le faire depuis le mois de mai 2017. Le SDE a relevé divers éléments, dont notamment la photo de l'assuré dans l'article de journal et son numéro de téléphone sur le site Internet, qui contredisaient manifestement la version des faits de l'assuré, selon laquelle seule sa compagne était responsable de l'activité de livraison de repas à domicile et qu'il n'avait entrepris aucune démarche personnelle pour lancer une telle activité. Le SDE en a conclu que le but réel de l'assuré était de déployer et de développer une activité indépendante à caractère durable à laquelle il n'était pas disposé à renoncer et qu'il n'était pas en mesure d'offrir à un potentiel employeur la disponibilité normalement exigible, même dans le cadre restreint d'un emploi à temps partiel. Même si l'assuré n'apparaissait pas sur les documents officiels en lien avec l'entreprise, il était dans les faits bel et bien occupé à l'activité indépendante selon le SDE.

L'assuré a formé opposition contre cette décision le 21 décembre 2017. Il a fait valoir qu'il n'avait pas de statut d'indépendant dès lors que l'activité de livraison avait été déployée par sa compagne, qui était à l'origine du projet. Il n'avait entrepris aucune démarche à titre personnel pour lancer l'activité, si ce n'est l'interview du 6 juillet, réalisée en raison de la timidité de sa compagne, afin de l'aider dans le projet. L'assuré avait toujours respecté les directives en matière de contrôle pour retrouver un emploi, vu ses recherches d'emploi notamment. Il a critiqué la date du 1^{er} mai 2017 pour retenir le début de l'inaptitude au placement en l'absence d'indice à ce sujet. Il a en outre allégué une situation de détresse économique si la décision devait être maintenue. L'assuré a produit plusieurs recherches d'emploi portant sur la période du 23 août au 27 novembre 2017.

Par décision du 23 janvier 2018, le SDE a rejeté l'opposition de l'assuré, invoquant notamment que les premières déclarations de l'assuré, soit celles qu'il avait faites dans l'article de journal, devaient être prises en compte, et non ses explications ultérieures. La demande de soutien à

l'activité indépendante démontrait également la volonté réelle de l'assuré d'exercer une activité indépendante et son investissement dans le projet. Le SDE a relevé que l'assuré avait refusé un emploi en juillet 2017, preuve supplémentaire de ses intentions. Vu l'article paru le 6 juillet 2017, qui faisait état d'une entrée sur le marché un peu moins de deux mois auparavant, il y avait lieu de considérer que l'assuré était inapte au placement dès le 1^{er} mai 2017. La demande de fermer le dossier à l'ORP pour se consacrer à l'activité indépendante confirmait aussi le but réel de l'assuré.

B. Par acte du 20 février 2018 (date du sceau postal), B._____ a déféré la décision précitée devant la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, concluant principalement à son annulation, en ce sens qu'il soit déclaré apte au placement depuis le 1^{er} mai 2017, subsidiairement au renvoi de la cause au SDE pour nouvelle décision. Il a reproché au SDE d'avoir fondé sa décision uniquement sur l'article paru dans le journal G._____, ainsi que sur la page [...] de l'entreprise de sa compagne, sans tenir compte des autres informations au dossier. Il a ainsi invoqué une violation du devoir d'instruction. Il a réitéré qu'il n'était pas l'associé de sa compagne et qu'il avait envisagé l'activité d'indépendant entre autres possibilités, mais qu'il n'avait jamais cessé de postuler pour des places de travail en qualité de salarié depuis le 10 avril 2017. L'activité de livraison était en outre au stade embryonnaire. L'assuré a nié avoir entrepris de nombreuses démarches pour exercer une activité indépendante, invoquant ainsi l'arbitraire de la décision litigieuse. Quant au refus de la prise d'emploi en juillet 2017, il n'avait aucun rapport avec l'inaptitude au placement, mais était justifié par une rémunération trop faible et un cahier des charges ne correspondant pas à son profil. Dans l'hypothèse où une activité indépendante devait être admise, l'assuré a relevé qu'elle n'empêchait en tout cas pas l'exercice d'une activité salariée. Il a requis son audition, ainsi que celle de sa compagne, et produit des recherches d'emploi pour la période du 14 novembre 2017 au 1^{er} février 2018.

Dans sa réponse du 2 avril 2018, le SDE a conclu au rejet du recours et renvoyé principalement aux considérants de la décision litigieuse. Il a ajouté que l'activité de l'assuré n'était pas au stade embryonnaire dès lors qu'il effectuait déjà des livraisons, avait des partenariats avec plusieurs restaurants et un site Internet actif, avec son numéro de portable mentionné. L'assuré faisait également des démarches auprès de l'AVS pour être inscrit en tant qu'indépendant.

Répliquant le 11 avril 2018, l'assuré a confirmé ses conclusions et réitéré ses arguments précédemment invoqués, en particulier le fait qu'il avait toujours déclaré lors de ses entretiens à l'ORP envisager la possibilité d'une activité indépendante, sans qu'elle n'ait la priorité sur une activité salariée. Les démarches d'inscription à l'AVS n'avaient pas été faites durant la période d'inscription au chômage.

En duplique du 23 avril 2018, le SDE a renvoyé à ses précédentes écritures.

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 ; RSV 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 l'aptitude au placement du recourant à compter du 1^{er} mai 2017, singulièrement la question de savoir s'il présentait une disponibilité suffisante pour exercer une activité salariée.

3. a) L'assuré n'a droit à l'indemnité de chômage que s'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 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 (ATF 143 V 168 consid. 2 ; 136 V 95 consid. 5.1 et les références citées).

b) 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).

c) Selon la jurisprudence, est ainsi 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_169/2014 du 2 mars 2015 consid. 3.2, TF 8C_342/2010 du 13 avril 2011 consid. 3.2). 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).

d) 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 (TF 8C_619/2009 du 23 juin 2010 consid. 3.3.2). 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. En l'occurrence, on constate, sur la base de l'article de le journal G._____ principalement, que le recourant a créé avec sa compagne un service de livraison de repas à domicile, dont les activités

ont démarré au début du mois de mai 2017. D'après le site Internet de l'entreprise, ce service fonctionne aux heures des repas (midi et soir). Dans la mesure où la compagne du recourant semble également participer à l'exploitation de ce service, cette activité ne semble de prime abord pas empêcher la prise d'une activité salariée. Dans tous les cas, ni l'ORP, ni le SDE ne démontrent concrètement que le recourant n'était pas en mesure d'offrir à un potentiel employeur la disponibilité normalement exigible.

De surcroît, depuis le début de sa période de chômage, le recourant a effectué des recherches d'emploi pour une activité à plein temps en quantité et en qualité suffisantes. Il s'est en outre soumis à une assignation à présenter ses services auprès d'une entreprise. A cet égard, il n'y a pas lieu de tenir compte du fait que le recourant a été sanctionné pour refus d'emploi, les circonstances qui ont donné lieu à cette sanction n'ayant, sur la base des éléments au dossier, aucun rapport avec la problématique de l'aptitude au placement.

Finalement, le fait que l'inscription du recourant auprès de l'ORP ait été annulée après qu'il ait indiqué à sa conseillère en placement en date du 14 novembre 2017 qu'il allait se lancer comme indépendant et entreprendre des démarches auprès d'une caisse de compensation et du registre du commerce importe également peu, puisqu'il convient d'examiner en l'espèce l'aptitude au placement du recourant pour la période courant du 1^{er} mai au 1^{er} novembre 2017.

Même si la présente affaire doit assurément être regardée comme un cas limite, il sied de retenir que le recourant était apte au placement pour une activité salariée à un taux de 100 % du 1^{er} mai au 1^{er} novembre 2017.

5. Vu l'issue du litige, la mise en œuvre des auditions requises par le recourant n'apparaît pas de nature à apporter un éclairage différent des éléments retenus ci-dessus et peut dès lors être écartée par appréciation anticipée des preuves (ATF 137 III 208 consid. 2.2 ; 135 II 286 consid. 5.1).

6. a) En définitive, le recours doit être admis et la décision attaquée annulée.

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, le recourant ayant agi sans le concours d'un mandataire (art. 61 let. g LPGA ; ATF 127 V 205 consid. 4b).

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

I. Le recours est admis.

II. La décision sur opposition rendue le 23 janvier 2018 par le Service de l'emploi, Instance juridique chômage, est annulée.

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 :

- B. _____,
- Service de l'emploi, Instance juridique chômage,
- 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 :