

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 20 octobre 2016

Composition : Mme BRÉLAZ BRAILLARD, présidente
Mmes Röthenbacher et di Ferro Demierre, juges
Greffière : Mme Berseth Béboux

Cause pendante entre :

F. _____, à Lausanne, recourant,

et

SERVICE DE L'EMPLOI - INSTANCE JURIDIQUE CHÔMAGE, à Lausanne,
intimé.

Art. 15 LACI

E n f a i t :

A. F._____ (ci-après : l'assuré ou le recourant), né en [...], est au bénéfice d'un diplôme d'études en gestion [...], délivré en juin 2005 par l'A._____. Après avoir travaillé dans [...], il a été engagé en dernier lieu en qualité de « Facilities management » par la société X._____, à [...], à 100%, dès le 27 février 2012. Licencié pour le 31 juillet 2014, il s'est inscrit à l'Office régional de placement de S._____ (ci-après : l'ORP) le 10 juillet 2014. Il a sollicité l'octroi d'indemnités de chômage dès le 1^{er} août 2014, faisant valoir une disponibilité de 100%.

Aux termes du procès-verbal de l'entretien de conseil et de contrôle à l'ORP le 14 novembre 2014, l'assuré a fait savoir à sa conseillère en personnel que, dès lors qu'il ne parvenait pas à trouver de travail, il souhaitait se mettre à son compte. Avec l'aide d'un cuisinier et d'un tiers se chargeant du financement, il entendait créer une chaîne de restaurants rapides sur le thème de [...]. L'assuré a précisé qu'il avait déjà bénéficié d'une mesure de soutien à l'élaboration d'une activité indépendante (ci-après : SAI) lors d'une précédente période de chômage, en 2009.

Il ressort du procès-verbal de l'entretien à l'ORP du 21 janvier 2015 que l'assuré réfléchissait toujours à solliciter un SAI, qu'il travaillait sur son projet, qu'il était encore un peu trop tôt pour se lancer mais que cela ne saurait tarder.

Selon le procès-verbal de l'entretien du 19 février 2015, l'assuré a indiqué à sa conseillère qu'il pensait faire de la vente ambulante. Il s'est vu signifier que, dès lors qu'il était sous le coup de poursuites et d'actes de défaut de biens, il ne pourrait pas être mis au bénéfice d'une mesure de SAI.

A l'issue de l'entretien du 20 mai 2015, la conseillère ORP de l'assuré a dressé le procès-verbal suivant :

« L'assuré nous demande de baisser son taux d'activité de 100% à 80% dès le 1^{er} juin 2015 car il s'est mis à son compte (sans être inscrit au RC) et souhaite que les créanciers ne lui prennent pas trop d'argent. Il va recevoir sa remorque la semaine prochaine et a déjà trouvé du travail les lundis et vendredis de 11h à 15h à la Place [...]. Travaillera déjà le 28 mai pour le N._____ à S._____. Nous informe qu'il doit s'inscrire chez V._____.

Appelons M. A.A._____ pour qu'il lui explique le principe de l'inscription au RC et de ce qui pourrait se passer s'il devait travailler les autres jours que les lundis et vendredis (le chômage ne peut pas être utilisé comme une béquille en attendant qu'il puisse vivre de son commerce, ce qui est son but au final).

Lui rappelons qu'il doit continuer à déclarer tous ses revenus auprès de la CCh (Caisse cantonale de chômage) et poursuivre ses RE (recherches d'emploi). De plus, devons soumettre son dossier à l'aptitude au placement.

Ferons le changement de taux le 1^{er} juin et déposerons la nouvelle confirmation d'inscription le même jour à la réception afin qu'il puisse l'amener à la CCh.

Va certainement travailler du 3 au 18 juillet pour le H._____ soit à son compte soit comme employé. Lui demandons de nous faire parvenir le contrat s'il devrait travailler comme employé.

A rdv la semaine prochaine chez Q._____ pour discuter de postes à temps partiel afin de compléter son travail des lundis et vendredis ».

Par courrier du 21 mai 2015, la Division juridique des ORP a demandé à l'assuré de la renseigner sur sa situation au travers d'un questionnaire, afin qu'elle puisse statuer sur son aptitude au placement, compte tenu de son implication dans une activité indépendante.

Lors d'un entretien téléphonique du 1^{er} juin 2015, l'assuré a fait savoir à l'ORP que son activité indépendante l'occupera les journées entières des lundis et vendredis, et qu'il souhaitait dès lors réduire son taux d'inscription au chômage à 60%.

Par courrier du 31 mai 2015 à la Division juridique des ORP, l'assuré a en substance indiqué qu'il pensait réduire son inscription au chômage à 60%. Il était disponible pour un emploi les mardis, mercredis et jeudis, les lundis et vendredis étant dévolus à son activité indépendante. Il souhaitait trouver un équilibre entre une activité salariée et une activité indépendante. 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 du chômage, il a répondu : « Les jours occupés par mon

activité indépendante étant fixes, je ne peux donc pas y renoncer ou les changer. Comme annoncé au point 2, je cherche un équilibre entre mon activité salariée et mon activité indépendante ». Interpellé sur la date à partir de laquelle il s'était occupé de la création de son activité indépendante, il a répondu qu'il ne pouvait pas donner de date exacte, qu'il en avait parlé pour la première fois en février ou mars 2015 à sa conseillère ORP, qu'il avait procédé à une étude de marché, des recherches culinaires, la recherche et l'achat d'une remorque de vente ainsi que du matériel pour l'équiper. Le début de son activité aurait lieu le 1^{er} juin 2015, sous l'enseigne « [...]», restauration rapide ambulante de type [...]. Il consacrait une demi-journée par semaine aux démarches administratives et à la prospection. S'agissant de l'éventualité d'une augmentation du taux de son activité indépendante à court terme, l'assuré a indiqué qu'il avait quelques mandats en juillet et août 2015 et que dès septembre 2015, il était probable qu'il exerce son activité indépendante à 60, voire 80%. Il avait investi à hauteur de 20'000 fr. dans une remorque de vente et son équipement. Il travaillait seul, tout en envisageant de faire appel à des extras si nécessaire. S'exprimant enfin sur le but à court, moyen et long terme de son entreprise, il a indiqué : « à court terme : tester le produit et faire une clientèle. A moyen terme : ouvrir un point de vente fixe. A long terme : créer une chaîne de restauration rapide ».

Invité par la Division juridique des ORP à renseigner plus précisément sur les mandats prévus en juillet et août 2015, notamment sur le point de savoir s'il s'agissait d'engagements en qualité de salarié et de mandats d'indépendants, l'assuré a indiqué le 10 juin 2015 qu'il s'agissait de mandats. Il travaillerait ainsi du 3 au 18 juillet 2015 au H._____ tous les jours de 11h00 à la fermeture. Bien qu'il n'ait encore rien signé, il aurait probablement également un stand au J._____ à la [...], du 2 au 8 août 2015.

Par décision du 3 juillet 2015, la Division juridique des ORP a déclaré l'assuré inapte au placement depuis le 28 mai 2015, date de sa participation au N._____. Compte tenu des engagements déjà pris par l'assuré et de ses perspectives, l'autorité a considéré que son but était de

déployer et de développer une activité indépendante à caractère durable, à laquelle il n'était pas disposé à renoncer. Il n'était de ce fait pas en mesure d'offrir à un potentiel employeur la disponibilité normalement exigible, même dans le cadre restreint d'un emploi à temps partiel. Au vu de l'ampleur de ses investissements et de son degré d'engagement personnel, on ne pouvait pas considérer que l'assuré avait entrepris cette activité à titre transitoire, mais bien plutôt dans une dynamique d'activité indépendante à caractère durable. La Division juridique des ORP retenait que, dans l'hypothèse où il trouverait un équilibre financier, l'assuré privilégierait son activité indépendante, au détriment de toute activité salariée.

Aux termes du procès-verbal de l'entretien du 21 juillet 2015 à l'ORP, l'assuré a indiqué qu'il poursuivait son activité les lundis et vendredis et qu'à partir de fin août 2015, il devrait avoir un emplacement supplémentaire dans la banlieue lausannoise. Il a confirmé qu'il avait travaillé au H._____. Sa conseillère l'a rendu attentif au fait qu'il devait continuer ses recherches d'emploi aussi longtemps que son dossier serait ouvert, précisant que s'il ne formait pas opposition à la décision d'inaptitude au placement, son dossier serait fermé.

Le 3 août 2015, l'assuré s'est opposé à la décision du 3 juillet 2015 auprès du Service de l'emploi, Instance juridique chômage du Service de l'emploi (ci-après : l'intimé ou le SDE). Il a en substance fait valoir que s'il a effectivement indiqué qu'il pourrait probablement augmenter son activité indépendante, il a également précisé que s'il trouvait une activité salarié couvrant les 60% disponibles actuellement, il l'accepterait. Quant à la manière dont il a défini ses buts à moyen et long terme, il s'agissait de « mots ambitieux et rêveurs mais qui ne (faisaient) pas partie de la réalité actuelle ni du concret ». L'assuré a également relevé qu'il a annulé toute participation à des festivals à la suite de celui de H._____, précisant encore les points suivants :

« Concrètement, je suis occupé à une activité indépendante le lundi et le vendredi jusqu'à fin octobre et je suis disponible au placement les 3 autres jours de la semaine, soit mardi, mercredi et jeudi.

Je continue donc à chercher une activité salariée ou du gain intermédiaire pour couvrir les 3 autres jours de la semaine. Ma volonté est de travailler à 60%, activité indépendante ou pas, pour de nombreuses raisons personnelles ».

Par courrier du 24 août 2015, l'ORP a rappelé à l'assuré la nécessité de poursuivre ses recherches d'emploi et de se présenter aux entretiens de conseil, jusqu'à droit connu sur son opposition.

Par décision du 22 septembre 2015, le Service de l'emploi a rejeté l'opposition et confirmé la décision du 3 juillet 2015 de la Division juridique des ORP. Il a estimé que l'activité indépendante déployée par l'assuré ne pouvait pas être considérée comme un gain intermédiaire à caractère transitoire, temporaire et ne nécessitant que peu d'investissement. L'assuré avait d'ailleurs signifié qu'il ne voulait pas y renoncer. Le SDE a de surcroît relevé que l'assuré avait indiqué un taux de disponibilité pour une activité salariée de 80%, puis de 60%, tout en invoquant la possibilité d'augmenter à l'avenir son activité indépendante à un taux de 80%, ne laissant ainsi que 20% pour une activité salariée. En outre, il avait travaillé en qualité d'indépendant durant certains jours où il s'était pourtant annoncé disponible pour un emploi ou une mesure du marché du travail. Tel avait été le cas durant le H._____. L'autorité d'opposition en a conclu que l'assuré concentrait ses efforts au développement de son activité indépendante et que, dans l'hypothèse où celle-ci lui permettrait d'acquérir un revenu suffisant, il la privilégierait au détriment d'une activité salariée.

B. Par acte du 22 octobre 2015, F._____ a recouru auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal à l'encontre de la décision sur opposition du 22 septembre 2015, dont il a conclu implicitement à la réforme, en ce sens que son « aptitude au placement soit reconnue à 60% ». A l'appui de sa contestation, le recourant explique que s'il a réduit son taux de disponibilité pour une activité salariée à 80% puis à 60%, c'est parce qu'il ne désirait pas enchaîner avec un autre emploi les jours où il exerçait son activité d'indépendant. Il invoque en outre que c'est par confort qu'il a indiqué ne pas vouloir changer ses jours de disponibilité pour un emploi, et non pas en raison d'impératifs,

soutenant que ces jours sont variables et qu'il peut les changer à sa guise. Il fait valoir qu'il aurait ainsi pu s'adapter aux besoins de n'importe quel employeur. Il ajoute que c'est en raison de problèmes financiers et de poursuites qu'il ne désirait plus percevoir ni trouver un emploi à 100%, son activité indépendante n'ayant eu aucune influence sur cette décision. S'agissant des investissements consentis pour l'activité litigieuse, le recourant allègue que la remorque a été achetée par ses parents, qui la lui mettent à disposition. Quant à sa participation au H. _____, il affirme qu'il disposait de responsables de stand, capables de fonctionner de manière autonome, de sorte que sa présence sur place n'était pas exigée. Il conteste enfin concentrer ses efforts pour développer son activité indépendante, se limitant à son sens à faire au mieux dans le cadre de ces 40%.

Dans une réponse du 4 décembre 2015, l'intimé a conclu au rejet du recours et au maintien de la décision entreprise, relevant que les déclarations faites par l'assuré en recours sont en contradiction avec celles qui avaient été les siennes durant l'instruction de son dossier.

Dans leurs écritures respectives des 25 janvier et 18 mars 2016, le recourant et l'intimé ont maintenu leur position, l'assuré ayant précisé que son « responsable de jour » pouvait témoigner du fait qu'il ne s'était jamais trouvé sur le stand du H. _____ durant la journée.

Par courrier du 18 mars 2016, le recourant a fait savoir au Tribunal que, depuis plusieurs mois, ses recherches d'emploi portaient sur des emplois à 100% et non à 60%.

Le 25 avril 2015, l'intimé s'en est remis à ses précédentes écritures.

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).

En l'occurrence, le recours a été interjeté en temps utile et satisfait en outre aux autres conditions formelles de recevabilité (cf. art. 61 let. b LPGA notamment), de sorte qu'il y a lieu d'entrer en matière sur le fond.

b) La LPA-VD (loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative ; RSV 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).

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 a pour objet l'aptitude au placement du recourant à compter du 28 février 2015. Se pose 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 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 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 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 du 2 mars 2015 consid. 3.1).

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 (cf. Boris Rubin, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Schulthess 2014, n° 40 ad art. 15 LACI, p. 158, et les références citées). 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 ; DTA 2003 p. 128 consid. 2.1 ; TF 8C_169/2014 du 2 mars 2015 consid. 3.2).

Dès lors, l'assuré disposé à n'entreprendre qu'une activité indépendante est en principe inapte au placement (ATF 112 V 326 consid. 3a). Il en va de même du chômeur qui concentre ses efforts pour développer une activité indépendante, ou de celui qui ne rechercherait qu'une activité dépendante à titre complémentaire pour compenser, faute de mandats actuels, un manque à gagner momentané. Ces personnes sont réputées ne pas avoir vraiment la volonté de se retrouver avec un statut de salarié (TFA C 421/00 du 3 mai 2001 consid. 2b, C 430/00 du 3 avril 2001, C 332/00 du 9 janvier 2001). 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). Le rôle de l'assurance-chômage n'est pas de fournir une aide en capital à la création d'entreprises ou de servir de transition lorsqu'un assuré passe d'une activité salariée à une activité indépendante (DTA 1993/1994 p. 212).

L'aptitude au placement ne souffre pas de gradation qui permettrait des situations intermédiaires entre l'aptitude et l'inaptitude au placement (aptitude partielle) auxquelles la loi attacherait des conséquences particulières. En effet, c'est sous l'angle de la perte de travail à prendre en considération (art. 11 al. 1 LACI) qu'il faut, le cas échéant, tenir compte du fait qu'un assuré au chômage ne peut ou ne veut pas travailler à plein temps. Ainsi, soit un assuré est disposé à accepter un travail convenable et il est apte au placement, soit il ne l'est pas et doit être déclaré inapte au placement (ATF 125 V 51 consid. 6a ; TF 8C_14/2015 du 18 mai 2015 consid. 3).

c) D'un point de vue concret, deux cas de figure peuvent se présenter, selon que l'assuré a entrepris une activité indépendante temporaire ou durable.

aa) Dans le premier cas, l'assuré se lance dans une activité indépendante afin de réduire le dommage de l'assurance-chômage, en attendant de trouver un emploi salarié convenable lui permettant de sortir du chômage. Dans un tel cas, le revenu obtenu de l'activité indépendante représente un gain intermédiaire et l'assuré perçoit, cas échéant, une indemnité compensatoire au sens de l'art. 24 LACI. Pour bénéficier d'un tel traitement, l'assuré doit être disposé à totalement abandonner en tout temps, et rapidement, son activité indépendante à la faveur d'une activité salariée convenable. De fait, seules les activités indépendantes à caractère transitoire, temporaires, et ne nécessitant pas d'investissement particulier, peuvent être compatibles avec la condition de l'aptitude au placement dans un tel cas (cf. Boris Rubin, op. cit, n° 46 ad art. 15, p. 159, et les références citées).

bb) Le fait qu'un assuré exerce une activité indépendante durable 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 de l'activité indépendante a des conséquences sur la disponibilité de l'assuré et dans quelle mesure (ATF 112 V 136 consid. 3b). 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 non plus l'aptitude au placement. Par contre, cette situation influencera l'étendue de la perte de travail à prendre en considération. A l'inverse, 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. Un chômeur doit en effet être considéré comme inapte au

placement lorsqu'une trop grande limitation dans le choix des postes de travail rend très incertaine la possibilité de trouver un emploi (ATF 112 V 326 consid. 1a ; TF 8C_443/2014 du 16 juin 2015 consid. 3.2). Dans ce dernier cas, il faut en effet partir du principe que les possibilités de placement sont trop rigides car tributaires des horaires prioritaires de l'activité indépendante (cf. Boris Rubin, op. cit., n° 48 ad art. 15, p. 160).

d) Pour apprécier l'aptitude au placement, il faut tenir compte de toutes les circonstances particulières du cas à trancher (TF 8C_966/2012 du 16 avril 2013 consid. 2.3). Dans la mesure où il faut prendre en considération la volonté de l'assuré, qui en tant que fait interne ne peut pas faire l'objet d'une administration directe de la preuve, il y a lieu de se baser aussi sur des indices extérieurs (TF 9C_934/2010 du 7 juillet 2011 consid. 3.3).

L'examen de l'aptitude au placement s'effectue de manière prospective, en tenant compte des éléments de faits connus au moment de la demande d'indemnité. Une autorité de recours doit contrôler la décision de l'administration en tenant compte des éléments déterminants au moment où la décision contestée a été prise. Elle doit également raisonner de manière prospective, en se basant sur les faits tels qu'ils se sont produits jusqu'au moment où la décision a été rendue (cf. Boris Rubin, op. cit., n° 103 ad art. 15, p. 177).

e) 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 (cf. ATF 139 V 176 consid. 5.3 et les références citées). Il n'existe aucun principe juridique dictant à

l'administration ou au juge de statuer en faveur de l'assuré en cas de doute (cf. ATF 135 V 39 consid. 6.1 et les références).

4. Dans le cas d'espèce, il est constant que l'assuré dispose de la capacité de travail nécessaire pour exercer une activité lucrative salariée. Cet aspect de l'aptitude au placement n'est pas controversé. Est par contre litigieuse la question de sa disposition à accepter un travail convenable.

a) Le recourant s'est inscrit au chômage à la suite de son licenciement pour le 31 juillet 2014. Lors de l'entretien du 14 novembre 2014 à l'ORP, il a fait savoir que, compte tenu des difficultés à retrouver un emploi, il souhaitait se mettre à son compte. Avec l'aide d'un cuisinier et d'un tiers qui assurerait le financement de l'entreprise, il entendait créer une chaîne de restaurants rapides sur le thème de [...]. Lors des entretiens des 21 janvier et 19 février 2015, l'assuré a indiqué qu'il continuait à travailler sur son concept et qu'il n'allait pas tarder à se lancer. Le 20 mai 2015, il a demandé à sa conseillère de réduire son taux d'inscription au chômage de 100 à 80% dès le 1^{er} juin 2015, expliquant qu'il s'était mis à son compte et qu'il souhaitait « que les créanciers ne lui prennent pas trop d'argent ». Il a précisé qu'il allait recevoir sa remorque la semaine suivante, qu'il avait déjà du travail les lundis et vendredi de 11h à 15h à la place [...] à S._____, qu'il y travaillerait également le 28 mai 2015 dans le cadre du N._____, et qu'il aurait certainement un stand au H._____ du 3 au 18 juillet 2015. Lors d'un entretien téléphonique échangé le 1^{er} juin 2015 avec sa conseillère ORP, l'assuré a demandé une seconde réduction de son taux d'inscription au chômage à 60%, au motif que son activité indépendante l'occupera les journées entières des lundis et vendredis.

Il ressort de ces éléments que l'activité indépendante du recourant s'inscrit à n'en pas douter dans le cadre d'une démarche durable. Ce n'est pas de manière transitoire et temporaire, en attendant de retrouver un emploi convenable à hauteur de son taux d'inscription initial de 100%, qu'il a débuté son activité indépendante de restauration

rapide ambulante sous l'enseigne « [...] ». Est déterminant à cet égard le fait qu'il a demandé, par deux fois, la réduction de son taux d'inscription, à 80 puis à 60%, et qu'il recherche du travail à temps partiel, dans le but de compléter son activité indépendante. Il ressort du procès-verbal de l'entretien du 20 mai 2015 qu'il avait rendez-vous la semaine suivante chez Q. _____ afin de discuter de postes à temps partiel en vue de compléter son travail des lundis et vendredis. Le formulaire de preuves de recherches d'emploi du mois de juin 2015 mentionne également des recherches d'emploi à temps partiel. On relèvera enfin que, dans son courrier du 31 mai 2015 à la Division juridique des ORP, le recourant a indiqué à deux reprises qu'il souhaitait trouver un équilibre entre son activité salariée et son activité indépendante, ce qui dénote d'une démarche sur le long terme, et non d'une solution purement transitoire, qu'il serait prêt à abandonner en tout temps et rapidement. Interrogé sur la question de savoir s'il serait disposé à renoncer à son entreprise, il a en outre répondu par la négative, précisant que les jours occupés par son activité indépendante étant fixes, il ne pouvait donc pas y renoncer ou les changer. Cela suffit en soit pour reconnaître à l'activité indépendante de l'assuré un caractère durable. L'assuré ne semble d'ailleurs pas émettre de grief à cet égard. Il n'a en effet jamais soutenu qu'il était disposé à abandonner son activité indépendante pour la prise d'un emploi salarié à 100% ; au contraire, dans son courrier du 18 mars 2016, il a indiqué être prêt à abandonner son activité indépendante le temps de trouver un emploi salarié à 60%. Ainsi, le fait qu'il soit disposé ou non à modifier les jours dévolus à son activité indépendante n'est pas relevant s'agissant de qualification, temporaire ou durable, de l'activité indépendante. Quant à l'importance des investissements, il constitue également un critère permettant de qualifier l'activité indépendante. Dès lors qu'il n'est pas contesté qu'on se trouve en présence d'une activité durable, il n'est pas nécessaire d'examiner ce point plus avant. Afin d'être complet, on relèvera cependant que même si l'achat de la remorque (15'000 fr.) devait avoir été effectué par les parents de l'assuré, et non l'assuré lui-même, ce qui n'est pas établi en l'espèce, cela ne changerait pas fondamentalement la situation, compte tenu des liens étroits existant entre eux. Ensuite de cela, l'assuré a dépensé 5'000 fr. pour aménager le véhicule selon ses propres

besoins. Ces éléments plaident également en faveur du développement d'une activité durable.

b) En présence d'une activité indépendante durable à temps partiel, il convient d'examiner si elle a des conséquences sur la disponibilité de l'assuré à exercer une activité lucrative salariée, et dans quelle mesure.

En mai 2015, l'assuré a annoncé une activité indépendante à jours fixes, les lundis et vendredis de 11 h à 15 h à la Place [...] à S._____, précisant le 1^{er} juin 2015 qu'il serait finalement occupé les journées entières des lundis et vendredi. Cette situation n'était pas de nature à remettre en cause son aptitude au placement, mais seulement à réduire la perte de travail à prendre en considération à 60%, l'assuré n'étant plus à même d'offrir ses services aux heures habituelles de travail les lundis et vendredis. Par contre, cela n'empêchait pas une prise d'emploi les mardis, mercredis et jeudis. Une disponibilité sur trois journées entières, de manière régulière chaque semaine, ne diminuait pas significativement les chances de l'assuré d'être engagé.

Il convient cependant de constater que l'implication de l'assuré dans son activité indépendante ne s'est pas limitée à deux jours fixes par semaine. Il a ainsi occupé un stand au N._____ de S._____ le 28 mai 2015, qui était un jeudi. Puis, du 3 au 18 juillet 2015, soit durant 16 jours consécutifs, de 11h. à la fin de la manifestation, il a travaillé au H._____, où il avait loué un emplacement pour un stand d'alimentation. De fait, dès le début de son activité indépendante, l'assuré n'était pas disponible de manière régulière les trois jours annoncés, soit les mardis, mercredis et jeudis. Le recourant n'est pas convainquant lorsqu'il affirme en recours que sa présence au stand à H._____ n'était pas nécessaire dès lors qu'il disposait de responsables de stand autonomes. Il ne s'agit-là que de simples allégations, étayées par aucun élément probant. Même si l'assuré avait pu établir l'engagement de personnel, on pourrait fortement douter qu'alors qu'il se trouvait aux prémisses de son activité, l'assuré ait consenti à remettre le sort de son commerce entre les mains d'extras,

engagés pour l'occasion et donc sans aucune ancienneté, *a fortiori* dans le cadre d'un festival de grande envergure.

En outre, les affirmations de l'assuré permettent d'établir qu'il était sur le point de se rendre au J._____ à [...], pour y tenir un stand du 2 au 8 août 2015 (cf. courrier du recourant à la Division juridique des ORP du 11 juin 2015). De même, il ressort de son courrier du 31 mai 2015 à la même autorité que, dès septembre 2015, il était probable qu'il exerce son activité indépendante à 60 voire 80%. Enfin, le 21 juillet 2015, il a indiqué à sa conseillère ORP qu'à partir de fin août 2015, il devrait avoir un emplacement supplémentaire dans la banlieue lausannoise. Ces éléments tendent à démontrer que, contrairement à ce qu'il affirme, le but de l'assuré n'est pas de limiter son activité indépendante à deux jours par semaine (40%) et de trouver un emploi salarié à 60% les mardis, mercredis et jeudis, mais plutôt d'étendre son activité indépendante au maximum de ses possibilités, en profitant que toutes les opportunités qui se présentaient à lui. Même s'il ne faut certes pas les prendre au pied de la lettre, ses déclarations du 31 mai 2015 quant à ses buts à moyen et long terme (ouvrir un point de vente fixe et créer une chaîne de restauration rapide) dénotent également d'une intention de pérennisation et d'extension. S'il ne s'agit nullement de blâmer cette attitude, force est toutefois de constater qu'elle réduit par trop la disposition (à savoir sa volonté et sa disponibilité ; cf. consid. 3a supra) à accepter un emploi salarié et remet de ce fait en cause l'aptitude au placement du recourant. On relèvera par ailleurs que l'assuré avait déjà eu plusieurs projets de mises à son compte, notamment en 2009 et en 2011, lors de précédentes périodes de chômage, et qu'il avait même bénéficié d'une mesure de SAI en 2009.

Face à toutes les opportunités que l'assuré était prêt à saisir en tant qu'indépendant, impliquant une disponibilité susceptible de changer continuellement, force est de constater qu'il n'était clairement pas en mesure d'offrir à un potentiel employeur la disponibilité normalement exigible, même dans le cadre restreint d'un emploi temps partiel. Comme le retient à juste titre l'intimé, il peut être considéré au degré de la

vraisemblance que, s'il avait réussi à obtenir tous les mandats envisagés, il aurait à n'en pas douter privilégié son activité indépendante au détriment de toute activité salariée. C'est d'ailleurs bien ce qui ressort de ses affirmations lorsqu'il a annoncé à la Division juridique des ORP le 31 mai 2015 qu'il serait probablement investi à raison de 80% dans son activité indépendante dès septembre 2015. Que ses attentes ne se soient finalement pas toutes réalisées ne permet pas d'aboutir à une autre conclusion. Ce qui est déterminant en effet, c'est ce vers quoi tendait le recourant au moment de la décision sur opposition, à savoir qu'elle était sa disposition à prendre une activité salariée, tant sur le plan de la volonté que de la disponibilité pour des employeurs potentiels. Or en septembre 2015, l'assuré était dans une dynamique d'extension. Si dans le cadre de son opposition, il a affirmé avoir annulé sa participation au J._____, il a confirmé être disponible à 60% pour un emploi salarié, mais jusqu'à fin octobre 2015 seulement. Il n'a à ce moment remis en cause ni le 3^{ème} emplacement envisagé dans la banlieue lausannoise ni l'extension de son activité indépendante à 60% voire 80%, telles qu'annoncées précédemment à la Division Juridique des ORP et à l'ORP. On remarquera au demeurant, qu'après avoir recherché du travail à temps partiel durant le mois de juin 2015, il n'a effectué aucune recherche d'emploi en juillet, août et septembre 2015, alors même qu'il avait été rendu attentif, par sa conseillère ORP oralement le 21 juillet 2015, puis par courrier du 24 août 2015, à la nécessité de poursuivre ses démarches.

c) En définitive, au vu de l'ensemble de la situation du recourant, il convient de retenir qu'il a consacré ses efforts dans le développement de son activité indépendante, se montrant disposé à privilégier toute possibilité d'extension dans ce cadre. Il est établi au degré de la vraisemblance prépondérante que dans l'hypothèse où cette activité permettrait d'acquies un revenu suffisant, il la privilégierait au détriment d'une activité salariée. Les allégations en sens contraire qu'il a tenues en procédures d'opposition et de recours ne sauraient conduire à une autre appréciation, dans la mesure où elles ont fait suite à la décision niant son aptitude au placement. Or, selon la règle dite « des premières déclarations ou des déclarations de la première heure », applicable de manière

générale en droit des assurances sociales, en présence de versions différentes et contradictoires d'un fait, la préférence doit être accordée à celle que l'assuré a donné alors qu'il en ignorait peut-être les conséquences juridiques, les explications nouvelles pouvant être consciemment et non le fruit de réflexions ultérieures (ATF 212 V 45 consid. 2a ; TF 8C_339/2014 du 22 mai 2015 consid. 4.2, 8C_873/2014 du 13 avril 2015 consid. 4.2.1 et les références citées). C'est dès lors de manière convaincante que l'intimé a déclaré le recourant inapte au placement dès le 28 mai 2015, premier jour où il a occupé un stand avec sa remorque.

5. Selon la jurisprudence, le juge peut renoncer à administrer des preuves supplémentaires si – après une saine appréciation des éléments en sa possession – il acquiert la conviction qu'il y a lieu de considérer que certains faits matériels atteignent un degré de vraisemblance prépondérante et que d'autres moyens de preuve ne changeraient rien au résultat (appréciation anticipée des preuves). Un tel procédé ne viole en rien le droit d'être entendu (ATF 124 V 90 consid. 4b ; 122 V 157 consid. 1d ; 119 V 335 consid. 3c et 104 V 209 consid. a).

En l'espèce, il apparaît superflu de procéder à l'audition du témoin proposé par le recourant. Le dossier constitué par l'intimé peut être considéré comme complet, de sorte que l'on ne voit pas dans quelle mesure une instruction complémentaire apporterait un éclairage différent ou nouveau du cas particulier. Partant, il n'y a pas lieu de donner suite à la suggestion d'instruction complémentaire formulée par ce dernier aux termes de sa duplique du 25 janvier 2016.

6. a) En définitive, le recours, mal fondé, doit être rejeté et la décision sur opposition attaquée confirmée.

b) La procédure étant gratuite, le présent arrêt est rendu sans frais
(cf. art. 61 let. a LPGA).

c) Il n'est pas alloué de dépens, le recourant - au demeurant non représenté par un mandataire professionnel - n'obtenant pas gain de cause

(cf. art. 61 let. g LPGA).

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

- I. Le recours est rejeté.

- II. La décision sur opposition rendue le 22 septembre 2015 par le Service de l'emploi, Instance juridique chômage, est confirmée.

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

La présidente :

La greffière :

Du

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

- F. _____,
- 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 :