

**COUR DES ASSURANCES SOCIALES**

---

---

Arrêt du 28 octobre 2016

---

Composition : M. PIGUET, président  
M. Métral, juge, et Mme Rossier, assesseur  
Greffière : Mme Chaboudez

\*\*\*\*\*

Cause pendante entre :

**P.** \_\_\_\_\_, à [...], recourant, représenté par Me Mattia Deberti, avocat à Genève,

et

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

---

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

## **E n f a i t :**

**A.** P.\_\_\_\_\_ (ci-après : l'assuré ou le recourant), né en 1987, s'est inscrit à l'Office régional de placement (ci-après : ORP) de [...] le 20 octobre 2015, à un taux de placement de 40 %. Titulaire d'un Bachelor of Science HES-SO en gestion de la nature obtenu en novembre 2012, il a occupé entre 2012 et 2015 plusieurs emplois de courte durée et effectué son service civil.

Lors de son premier entretien avec sa conseillère ORP, le 22 octobre 2015, il a indiqué s'être lancé dans une activité indépendante d'horticulteur-pépiniériste depuis six mois et se trouver dans une période creuse jusqu'en février 2016. Il ressort du dossier présentant son activité indépendante qu'il cultive, en association avec sa compagne, des plantes vivaces et des fleurs en vue de les vendre sur le marché de [...] le samedi et le mardi, et de participer, dans la mesure du possible, aux foires aux plantes de la région. Il ne souhaitait au départ pas lancer son entreprise en 2015, mais l'impossibilité de trouver un travail malgré les nombreuses demandes effectuées, l'avait poussé à commencer rapidement. Son activité étant nouvelle, il n'avait pas eu le temps de faire des réserves financières pour la période hivernale. Il avait le projet d'élargir la gamme de plantes proposées à l'avenir et d'offrir par la suite un service de livraison pour les arrangements floraux confectionnés.

Dans le cadre de l'examen de son aptitude au placement, l'assuré a indiqué, par courrier du 2 novembre 2015, qu'il était disponible à environ 40 %, qu'il souhaitait maintenir son activité indépendante tout en travaillant à côté, ce qui était particulièrement propice durant les mois d'hiver « puisqu'il n'y a[vait] pas de travail demandant une occupation à 100 % ». Il expliquait que son travail d'indépendant ne dépassait pas 60 % de son temps. Il précisait que son taux de disponibilité pourrait être augmenté de 20 % à partir du mois de janvier. Compte tenu de sa participation aux marchés, il consacrait les lundis, mardis, vendredis et samedis à son activité indépendante, de sorte qu'il était disponible pour

une activité salariée les mercredis et jeudis toute la journée. Il précisait qu'à partir du mois de mars, son taux d'occupation dans la pépinière devrait commencer à augmenter.

Par décision du 10 novembre 2015, le Service de l'emploi, Instance juridique chômage (ci-après : le SDE ou l'intimé), a déclaré l'assuré inapte au placement à compter du 20 octobre 2015 du fait qu'il s'était lancé dans une activité indépendante à caractère durable, qu'en raison de l'instabilité du taux d'occupation nécessaire à cette activité - à laquelle il n'était pas disposé à renoncer - il n'était pas possible de considérer qu'il pouvait exercer une activité salariée à 40 % et que l'assurance-chômage n'avait pas pour but de couvrir les aléas inhérents au risque entrepreneurial.

Dans un courriel du 25 novembre 2015, l'assuré a indiqué à sa conseillère ORP que le service social l'avait encouragé à faire quelques concessions et à augmenter sa disponibilité de 40 à 60 % afin d'améliorer ses chances de trouver un travail qui lui permette de subvenir à ses besoins. L'ORP a procédé à la modification du taux de placement le 26 novembre 2015.

Par acte du 11 décembre 2015, l'assuré a fait opposition à la décision du SDE du 10 novembre 2015. Il a allégué que son activité indépendante avait été lancée en septembre 2015 afin d'éviter le chômage, qu'elle avait dès le début été envisagée comme une activité durable à temps partiel, qu'il avait dans un premier temps estimé sa disponibilité pour un emploi salarié à 40 %, mais qu'après quelques mois il s'était rendu compte que son travail pour la pépinière ne lui prenait que deux jours de travail par semaine, de sorte qu'il était disponible du lundi au jeudi pour prendre un emploi salarié, précisant qu'il n'avait touché qu'un revenu minime de son entreprise.

Par décision sur opposition du 5 février 2016, le SDE a rejeté l'opposition déposée par l'assuré et confirmé son inaptitude au placement. Il a retenu que l'activité indépendante ne pouvait être considérée comme

un simple gain intermédiaire à caractère transitoire, ni comme une réaction au chômage puisqu'elle avait débuté avant son inscription. Selon le SDE, l'assuré ne pouvait pas être disponible à 40 %, respectivement 60 %, dès lors qu'il ressortait des réponses à l'examen de l'aptitude au placement qu'il exerçait son activité indépendante à un taux de 60 %, que ce taux augmenterait à 80 % à compter du mois de janvier 2016, et davantage dès le mois de mars 2016. Il relevait que l'assuré n'avait pas l'intention de chercher une activité salariée durable puisqu'il disait rechercher un emploi pour les mois d'hiver, qu'il n'appartenait pas à l'assurance-chômage de servir de transition lorsqu'un assuré commence une activité indépendante ni de couvrir le risque d'entreprise. L'instabilité du taux d'occupation nécessaire à l'exercice de son activité indépendante ne permettait pas d'envisager que l'assuré puisse participer à une mesure de marché du travail ou exercer une activité salariée.

Il ressort du procès-verbal de l'entretien de conseil du 21 mars 2016 que l'assuré n'avait remis aucune recherche d'emploi pour le mois de février 2016, expliquant qu'il n'avait pas eu le temps d'en faire car il avait eu trop de travail dans sa pépinière.

**B.** P.\_\_\_\_\_ a recouru contre la décision sur opposition du SDE par acte du 10 mars 2016, concluant à son annulation et à la reconnaissance de son aptitude au placement à partir du 20 octobre 2015, subsidiairement au renvoi du dossier à l'intimé pour nouvelle décision. Se référant aux explications données devant le SDE, il alléguait avoir annoncé être disponible à 40 % pour un emploi salarié et que ce taux augmenterait de 20 % pour arriver à 60 % en janvier 2016, contrairement à ce qui avait été retenu dans la décision attaquée. Il faisait valoir qu'il avait été engagé comme auxiliaire pour le montage et démontage d'une exposition du 11 avril au 18 mai 2016, à raison de 40 heures par semaine, ce qui prouvait qu'il ne s'était pas inscrit au chômage le temps d'obtenir davantage de clients. Il indiquait être disponible du lundi au jeudi pour un emploi salarié.

Dans sa réponse du 22 avril 2016, le SDE a conclu au rejet du recours. Il a relevé que l'assuré avait annoncé, dans son courrier explicatif

du 2 novembre 2015, que sa disponibilité pour un emploi salarié allait diminuer à partir de janvier 2016, qu'il fallait s'en tenir à cette première version présentée par le recourant, à savoir qu'il était venu s'inscrire au chômage en attendant que son activité d'indépendant démarre au printemps suivant. Le SDE a également souligné le fait que l'assuré n'avait pas eu le temps de faire des recherches d'emploi au mois de février 2016 car il avait eu trop de travail à la pépinière, ce qui prouvait qu'il n'était pas disposé à trouver une activité lucrative stable, étant précisé que le contrat qu'il avait obtenu n'était que de très courte durée.

### **E n d r o i t :**

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

**b)** En l'occurrence, le recours a été interjeté en temps utile devant le tribunal compétent à raison de la matière (art. 93 let. a LPA-VD [loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative ; RSV 173.36]) et dans le respect des formalités prévues

par la loi (art. 61 let. b LPGA), de sorte qu'il y a lieu d'entrer en matière sur le fond.

**2.** Le litige a pour objet l'aptitude au placement du recourant à compter du 20 octobre 2015, singulièrement la question de savoir s'il présente 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 136 V 95 consid. 5.1 ; 125 V 51 consid. 6a ; 123 V 214 consid. 3).

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, 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 ; TF 8C\_169/2014 du 2 mars 2015 consid. 3.2). Si une personne décide d'entreprendre une activité indépendante non pas pour mettre fin à son chômage, mais simplement parce que, indépendamment de toute considération liée à la perte d'un emploi, elle a l'intention de changer de genre d'activité ou de rester indépendante, elle est réputée inapte au placement (ATF 111 V 38

consid. 2b ; Boris Rubin, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Genève/Zurich/Bâle 2014, n° 44 ad art. 15 LACI, p. 158).

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 pour le chômeur qui concentre ses efforts pour développer une activité indépendante. Cela est pareil pour 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 ; 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<sup>er</sup> 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, ou encore de couvrir de quelconques risques d'entreprises (DTA 1993/1994 p. 212).

Toutefois, 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 se demander, au regard de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce, si l'assuré a encore la volonté d'accepter un travail et s'il est en mesure de prendre un tel travail eu égard au temps qu'il aurait pu consacrer à un emploi et au nombre des employeurs potentiels (DTA 1992 p. 129). 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). L'assuré qui exerce une activité indépendante pendant son chômage n'est ainsi apte au placement que s'il peut exercer cette activité indépendante en dehors de l'horaire de travail normal (TF 8C\_721/2009 du 27 avril 2010 consid. 3). Tel n'est pas le cas lorsque les circonstances font apparaître que l'activité indépendante a pris une ampleur telle qu'elle ne peut plus être maîtrisée qu'en faible partie en dehors de l'horaire de travail normal et qu'ainsi, l'exercice d'une activité de travailleur durant les heures usuelles paraît exclue. En outre, 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. 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, et jurisprudence citée).

**b)** 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).

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).

**4. a)** Dans le cas d'espèce, il n'est pas contesté que le recourant dispose de la capacité nécessaire pour exercer une activité lucrative. Le premier aspect de l'aptitude au placement au sens de l'art. 15 LACI ne suscite ainsi pas de remarque particulière.

**b)** En ce qui concerne sa disponibilité à exercer une activité salariée, il faut constater qu'il a débuté une activité indépendante durable avant son inscription au chômage. Lors de son premier entretien de conseil à l'ORP, le 22 octobre 2015, il a déclaré s'être lancé comme indépendant depuis six mois en qualité d'horticulteur-pépiniériste et que, confronté à une période creuse jusqu'au mois de février, il était venu se renseigner sur le point de savoir s'il avait droit à des prestations de l'assurance-chômage. Dans le dossier d'indépendant qu'il a produit, il a expliqué qu'il ne voulait à l'origine pas lancer son entreprise en 2015, faute de réserves financières pour la période hivernale ; toutefois, l'impossibilité de trouver un travail malgré les nombreuses demandes effectuées l'a poussé à commencer immédiatement cette activité indépendante en association avec sa compagne. Le dossier d'indépendant décrit de manière détaillée les infrastructures à disposition (2'500 m<sup>2</sup> pour la production de plantes aromatiques et médicinales et 1'500 m<sup>2</sup> pour la production de fleurs coupées) ainsi que la stratégie commerciale prévue ; il met également en évidence le caractère saisonnier de l'activité exercée ainsi que le manque à gagner pendant la période hivernale.

Il ressort clairement des explications du recourant que son activité indépendante s'inscrit dans une perspective à long terme et non en réaction à la période de chômage qu'il traversait et dans le but de remplir son devoir de diminuer le dommage à l'assurance. Preuve en est qu'il n'entend pas renoncer à cette activité au profit d'un emploi salarié et qu'il se dit uniquement prêt à prendre un tel emploi pendant le temps qui lui reste à disposition à côté de son activité indépendante (cf. ses

réponses du 2 novembre 2015). Or, le caractère fluctuant des horaires en fonction des saisons rend d'autant plus difficile sa disponibilité pour l'exercice d'une activité salariée. Contrairement à ce que soutient le recourant, rien n'indique que l'activité était prévue comme une activité durable à temps partiel lui permettant d'exercer tout au long de l'année une activité salariée à taux fixe. Il faut au contraire constater que son taux de disponibilité pour un emploi salarié n'a cessé de fluctuer depuis son inscription au chômage : ayant d'abord annoncé une disponibilité de 40 %, il a rapidement fait savoir qu'elle ne serait probablement que de 20 % dès janvier en raison de l'augmentation du travail à la pépinière puis, suite à la décision de refus d'aptitude au placement, il a expliqué que sur les conseils du service social, il allait faire quelques concessions et augmenter son taux de placement à 60 % (cf. courriel du 25 novembre 2015). Rien ne prouve toutefois que l'assuré soit effectivement disponible à un tel taux tout au long de l'année. Le fait qu'il ait travaillé pour le compte de la commune de Lausanne en qualité d'auxiliaire de montage et de démontage d'exposition du 11 avril 2016 au 8 mai 2016 n'est pas déterminant puisqu'il s'agissait d'un emploi de durée limitée, d'à peine un mois, qui ne permet aucunement d'établir une disponibilité sur un long terme. Au surplus, il faut relever que l'assuré n'a pas eu le temps d'effectuer des recherches d'emploi en février 2016, ayant été trop occupé par son travail à la pépinière ; on voit dès lors mal comment il aurait pu exercer un emploi salarié à 60 % au cours de cette période.

Ainsi que l'a relevé le SDE, l'assuré concentre ses efforts pour développer son activité indépendante et, dans l'hypothèse où cette activité lui permettrait d'acquérir un revenu suffisant, il la privilégierait au détriment d'une activité salariée, comme cela ressort implicitement de ses déclarations lors du premier entretien à l'ORP et de ses réponses du 2 novembre 2015. Les allégations en sens contraire qu'il a tenues à partir de la procédure d'opposition ne sauraient être susceptibles de modifier cette appréciation, dans la mesure où elles ont fait suite à la décision niant son aptitude au placement.

Le fait que le recourant n'a réalisé qu'un revenu minime après la prise d'une activité indépendante résulte avant tout de la période où il a décidé de lancer son activité. Comme vu ci-dessus, l'assurance-chômage n'a toutefois par pour rôle de couvrir le risque entrepreneurial, en compensant le manque à gagner résultant de la marche insuffisante des affaires.

**c)** En conséquence, la décision niant l'aptitude au placement du recourant ne prête pas le flanc à la critique.

**5.** Le recours doit par conséquent être rejeté et la décision sur opposition entreprise confirmée.

Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires, la procédure étant gratuite (art. 61 let. a LPGA), ni d'allouer de dépens, dès lors que le recourant n'obtient pas gain de cause (art. 61 let. g LPGA).

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

- I.** Le recours est rejeté.
- II.** La décision sur opposition rendue le 5 février 2016 par le Service de l'emploi, Instance juridique chômage, est confirmée.
- III.** Il n'est pas perçu de frais de justice 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 :

- Me Mattia Deberti (pour le recourant),
- 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 :