

**COUR DES ASSURANCES SOCIALES**

---

---

Arrêt du 20 avril 2017

---

Composition : M. NEU, président  
Mme Röthenbacher et M. Piguët, juges  
Greffière : Mme Monod

\* \* \* \* \*

Cause pendante entre :

**U.** \_\_\_\_\_, à [...], recourant, représenté par DAS Protection Juridique SA, à Etoy,

et

**SERVICE DE L'EMPLOI, Instance Juridique Chômage**, à Lausanne, intimé.

---

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

**E n f a i t :**

**A.** U.\_\_\_\_\_ (ci-après : l'assuré ou le recourant), ressortissant suisse né en 1959, a été engagé en qualité de collaborateur technique à 70% auprès de la société B.\_\_\_\_\_SA dès mai 2002. Il a été licencié par courrier recommandé du 24 septembre 2015.

En parallèle, il se consacre depuis de nombreuses années à des activités indépendantes à caractère saisonnier, à savoir à celle de vendeur de marrons en hiver et de vendeur de glaces en été, plus particulièrement durant les week-ends et les vacances scolaires. En outre, il est l'administrateur unique de la société F.\_\_\_\_\_SA, créée en 1998, active notamment dans le commerce d'appareils électromécaniques.

**B.** L'assuré s'est inscrit à l'Office régional de placement [...] (ci-après : l'ORP) le 3 novembre 2015, se déclarant disponible pour l'exercice d'une activité salariée à 70% dès le 1<sup>er</sup> janvier 2016. Il a requis des indemnités journalières en complétant le formulaire ad hoc à l'attention de la Caisse de chômage C.\_\_\_\_\_ le 22 décembre 2015.

Il a été victime d'un accident le 13 novembre 2015, lequel a entraîné une incapacité totale de travail jusqu'au 31 décembre 2015. La fin des rapports de travail avec B.\_\_\_\_\_SA a de ce fait été reportée au 29 février 2016.

**C.** Saisi de l'examen de l'aptitude au placement de l'assuré, le Service de l'emploi, Instance Juridique Chômage (ci-après : le SDE ou l'intimé), l'a questionné sur sa disponibilité à l'emploi, sur les heures consacrées à ses activités indépendantes et sur ses intentions professionnelles par pli du 23 décembre 2015.

En date du 4 janvier 2016, l'assuré a exposé que ses activités de vendeur itinérant relevaient essentiellement du hobby et étaient déployées le week-end et les après-midis durant les vacances scolaires.

Aucun investissement majeur n'avait été consenti, tandis que les gains réalisés étaient minimes. Quant à son mandat d'administrateur de F.\_\_\_\_\_SA, il s'agissait essentiellement d'assurer un service après-vente en faveur de fidèles clients. Les tâches corrélatives étaient effectuées en soirée hors des heures de travail, ainsi que les samedi et dimanche. Le chiffre d'affaires de la société était peu élevé lui permettant de dégager un salaire annuel d'environ 3'000 francs. L'assuré s'estimait disponible pour l'exercice d'une activité salariée « entre 60% et 80% ». Etaient annexées les pièces justificatives réclamées par le SDE.

Par décision du 8 janvier 2016, le SDE a considéré que l'assuré était apte au placement, compte tenu d'une disponibilité à l'emploi de 50% dès le 1<sup>er</sup> janvier 2016.

L'assuré, assisté de DAS Protection Juridique SA, s'est opposé à cette décision par écriture du 4 février 2016, reprenant les explications avancées précédemment et concluant à la reconnaissance d'une disponibilité à l'emploi de 70%.

Le SDE a rejeté l'opposition de l'assuré et confirmé la décision litigieuse aux termes d'une décision sur opposition du 22 février 2016.

**D.** L'assuré a déféré cette décision sur opposition à la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal par mémoire de recours du 21 mars 2016. Il a étayé ses précédents arguments pour conclure à sa réforme en ce sens qu'une disponibilité à l'emploi de 70% lui soit reconnue.

Le juge instructeur a sollicité la production du dossier constitué par la Caisse de chômage C.\_\_\_\_\_, lequel est parvenu à la Cour de céans le 7 avril 2016. Les parties ont été informées de la possibilité de le consulter.

Le SDE a produit sa réponse au recours le 18 avril 2016 et en a proposé le rejet, en se référant aux termes de l'acte attaqué.

Par pli du 21 avril 2016, réitéré le 23 mai 2016, le juge instructeur a attiré l'attention de l'assuré sur une possible reformatio in pejus de la décision sur opposition entreprise, l'invitant à se déterminer sur le maintien éventuel de son recours.

L'assuré a informé la Cour de céans en date du 6 juin 2016 qu'il entendait maintenir la procédure en cours, sur quoi la cause a été gardée à juger.

Les faits seront repris en tant que de besoin dans le développement juridique infra.

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

**1. a)** Sous réserve de dérogations expresses, 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 à l'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 sont sujettes à recours (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 (art. 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]).

Le recours doit être déposé dans les trente jours suivant la notification de la décision sujette à recours (art. 60 al. 1 LPGA) et doit contenir un exposé succinct des faits et des motifs invoqués, ainsi que des conclusions (art. 61 let. b LPGA).

**b)** Dans le canton de Vaud, la LPA-VD (loi cantonale vaudoise du 18 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). Elle prévoit la compétence de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal pour statuer (art. 93 let. a LPA-VD).

**c)** En l'espèce, le recours a été déposé auprès du tribunal compétent en temps utile. Il respecte par ailleurs les formes prescrites par la loi, de sorte qu'il est recevable.

**2.** Le litige porte sur la disponibilité à l'emploi du recourant, compte tenu des activités indépendantes qu'il déploie depuis de nombreuses années.

**3.** L'assuré a droit à l'indemnité de chômage à la condition notamment qu'il soit apte au placement (art. 8 al. 1 let. f LACI). Aux termes de l'art. 15 al. 1 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.

**a)** L'aptitude au placement comprend trois 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, la disposition à accepter un travail convenable au sens de l'art. 16 LACI d'autre part, 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. L'aptitude au placement impose également que l'assuré soit en droit d'exercer une activité lucrative, notamment par exemple au regard du droit des étrangers (ATF 136 V 95 consid. 5.1 ; 125 V 51 consid. 6a ; 123 V 214 consid. 3 ; TF [Tribunal fédéral] 8C\_862/2015 du 26 février 2016 consid. 3.2).

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).

**b)** Lorsqu'un assuré ne recherche qu'une activité à temps partiel, soit parce qu'il exerce déjà une autre activité professionnelle qu'il n'a pas l'intention d'abandonner, soit parce qu'il souhaite consacrer le temps libre ainsi réservé à un loisir ou à sa famille, il ne subit qu'une perte de travail partielle, qui n'exclut donc pas une pleine aptitude au placement, mais entraîne une réduction proportionnelle de l'indemnité journalière (DTA 2004 p. 199 ss consid. 2 ; ATF 125 V 51 consid. 6c/aa).

L'aptitude au placement doit être admise avec beaucoup de retenue lorsque, en raison de l'existence d'autres obligations ou de circonstances personnelles particulières, un assuré désire seulement exercer une activité lucrative à des heures déterminées de la journée ou de la semaine. Un chômeur doit 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. Peu importe, à cet égard, le motif pour lequel le choix des emplois potentiels est limité (ATF 120 V 385 consid. 3a). On exigera notamment d'un assuré qu'il soit disponible durant les heures habituelles de travail ou du moins durant la période de la journée pendant laquelle les activités recherchées se déroulent (TF 8C\_172/2008 du 5 juin 2008 consid. 4 ; TFA [Tribunal fédéral des assurances] C 151/05 du 20 juillet 2006 consid. 4 ; cf. Boris Rubin, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Genève/Zurich/Bâle 2014, n. 26 ad art. 15 LACI, p. 154).

Dans le cas de la recherche d'une activité complémentaire à temps partiel, l'aptitude au placement ne sera en principe reconnue que si le temps de disponibilité résiduel est suffisamment constant (par exemple tous les matins, etc.). A défaut, les chances de conclure un autre contrat de travail seraient par trop compromises (ATF 112 V 136 consid. 3b). Cela étant, même lorsqu'un assuré entend ne rechercher qu'un complément d'occupation, il devra être disposé à quitter cet emploi si l'ORP parvient à lui assigner un travail convenable mettant fin au chômage (cf. Boris Rubin, op. cit., n. 30 ad art. 15 LACI, p. 155).

**c)** Selon la jurisprudence fédérale, 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 ; DTA 1998 n° 32 p. 174 consid. 2 ; 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 ; DTA 2008 p. 312 consid. 3.3 et 1993/1994 p. 110 consid. 2c ; cf. Boris Rubin, op. cit., n. 44 ad art. 15 LACI, p. 158).

Pour juger du degré d'engagement dans l'activité indépendante, les investissements consentis, les dispositions prises et les obligations personnelles et juridiques des indépendants qui revendiquent des prestations sont déterminants et doivent ainsi être examinés soigneusement (TFA C 276/03 du 23 mars 2005 consid. 5 ; ATF 112 V 326 consid. 3d). On examinera en particulier les frais de matériel, de location de locaux, de création d'une entreprise, l'inscription au registre du commerce, la durée des contrats conclus, l'engagement de personnel

impliquant des frais fixes, la publicité faite, etc. (TF 8C\_41/2012 du 31 janvier 2013 consid. 2.3 et 8C\_342/2010 du 13 avril 2011 consid. 3.3).

**d)** Par ailleurs, un assuré qui prend des engagements à partir d'une date déterminée et de ce fait n'est disponible sur le marché de l'emploi que pour une courte période n'est, en principe, pas apte au placement car il n'aura que très peu de chances de conclure un contrat de travail (ATF 126 V 520 consid. 3a ; 110 V 207 consid. 1 ; TF 8C\_169/2014 du 2 mars 2015 consid. 4.4 in fine).

**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 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 (ATF 135 V 39 consid. 6.1 et les références).

**b)** En outre, de jurisprudence constante, il convient, en présence de deux versions différentes et contradictoires d'un fait, d'accorder la préférence à celle que l'assuré a donnée alors qu'il en ignorait peut-être les conséquences juridiques, les explications nouvelles pouvant être consciemment ou non le fruit de réflexions ultérieures (ATF 121 V 45 consid. 2a et références citées ; RAMA 2004 n° U 515 p. 420 consid. 1.2 ; VSI 2000 p. 201 consid. 2d).

**5. a)** In casu, il est établi que le recourant exerce depuis environ 30 ans des activités indépendantes, d'une part en tant que vendeur,

d'autre part en tant qu'administrateur de F. \_\_\_\_\_ SA, ce en parallèle à son activité principale.

S'agissant de ses activités de vendeur, il a exposé notamment ce qui suit par correspondance du 4 janvier 2016 :

« [...] 1. Mon activité indépendante est saisonnière et relève du hobby

(cf. mon CV). En voici les deux temps :

a) Durant la saison de « l'été » j'agis en tant que vendeur de glaces ambulants, ce le week-end, pendant la belle saison, selon la météo. Il en va de même tous les après-midis de juillet et août. La raison sociale en est la suivante : « J. \_\_\_\_\_ », à mon nom propre, non inscrit au RC, mais avec l'autorisation des communes où je pratique cette activité.

b) Durant l'hiver, j'agis en tant que vendeur de marrons chauds, ce le week-end et pendant les vacances scolaires, si possible sur [...]. La raison sociale est la suivante : « K. \_\_\_\_\_ », à mon nom propre, non inscrit au RC, mais avec l'autorisation des communes où je pratique cette activité.

2. J'estime mes dispositions et disponibilités pour l'exercice d'une activité salariée comprises entre 60 et 80%.

[...] 4. En principe, en raison du fait que les activités saisonnières précitées sont de l'ordre du passe-temps et qu'elles ont cours pendant le week-end, je considère qu'elles n'interfèrent ni avec la reprise d'une activité professionnelle ni avec l'octroi de mesures par l'ORP (cours, stages, PET, etc.). Néanmoins, le cas échéant, je suis prêt à m'adapter aux desiderata de l'ORP, en modulant les activités saisonnières auxquelles je m'adonne habituellement.

[...] 7. Je consacre à mon activité indépendante le week-end et les après-midis, durant les vacances scolaires estivales du canton de Vaud, soit du début juillet au 25 août environ, ce laps de temps étant compensé par les heures supplémentaires précédemment effectuées dans le cadre de ma profession.

[...] 10. A la question de savoir si j'ai l'intention d'augmenter à court terme cette activité en raison du chômage, il m'est difficile de répondre avec exactitude, à telle enseigne que le job est saisonnier et que, de surcroît, il dépend des caprices de la météo et de l'affluence touristique. En tout état de cause, le job est trop précaire pour que l'on puisse en tirer des moyens d'existence.

[...] 13. S'agissant des charges sociales afférentes à mon activité indépendante, je me vois exonéré des cotisations AVS, car ladite activité procure un revenu annuel n'excédant pas CHF 2'300.--.

[...] 18. Après plus de 30 ans et 25 ans d'activité respectivement, et pour autant que ma santé le permette, j'ambitionne de persévérer dans cette voie, car je fais quasiment figure d'institution touristique dans la région et avant tout, j'y trouve mon plaisir. [...] »

Eu égard à son mandat d'administrateur de F.\_\_\_\_\_SA, le recourant a fait part des précisions suivantes :

« [...] 21. S'agissant de l'entreprise familiale, je ne dispose d'aucun contrat de travail. De ladite entreprise, je suis tout à la fois l'unique administrateur et l'homme à tout faire ; à vrai dire, j'entends assurer un service après-vente à l'endroit de mes clients les plus fidèles (certains depuis 1961). Il y a 20 ans que je ne fais plus de prospection.

22. Mon salaire d'administrateur est à raison du chiffre d'affaires réalisé ; il s'élève en principe à CHF 3'000.-- annuels.

23. Je ne m'acquiesce pas de ma charge d'administrateur ou d'homme à tout faire à jours fixes ; je suis tributaire tant des commandes des clients que des arrivages du fournisseur. Les commandes et la partie administrative se font le soir, après mon travail de 70% ; les arrivages, les divers contrôles et la réexpédition de la marchandise se font les samedi et dimanche ou éventuellement le soir. [...] »

Il a enfin souligné avoir bénéficié de modalités de travail avantageuses par le passé en ces termes :

« [...] 20. Dans le cadre de l'entreprise B.\_\_\_\_\_SA, mon régime de travail était le suivant : payé à un taux de 70% pour un travail estimé à env. 80%, ceci me permettant d'accumuler des heures supplémentaires en vue de compenser les après-midis d'été. Mon horaire s'établissait comme suit : du lundi au jeudi, de 9h à 12 h et de 13 à 17h ; le vendredi, de 9h à 12h et de 13h à 16h. [...] »

Au stade de la procédure d'opposition et de recours, le recourant a derechef souligné être prêt à adapter ses activités indépendantes aux réquisits d'un emploi à 70% en les adaptant en fonction de son temps libre.

**b)** A l'instar du SDE, il convient de retenir que dans le cadre de son précédent emploi auprès de B.\_\_\_\_\_SA, le recourant disposait d'horaires de travail aménagés de sorte qu'il était en mesure de se consacrer à sa convenance à ses activités indépendantes. Ses premières déclarations, consignées dans son pli explicatif du 4 janvier 2016, font au demeurant clairement état de sa volonté de poursuivre lesdites activités qu'il considère comme des hobbies.

Cela étant, ainsi qu'il ressort sans équivoque des précisions apportées par le recourant lui-même, celui-ci entend se consacrer sur une partie de l'année, soit durant les vacances scolaires estivales, à son

activité de vendeur à un taux d'au moins 50%. Le recourant a en effet signalé déployer cette activité les après-midis de la semaine durant environ deux mois par année civile. Il a également mentionné que son activité hivernale pouvait être dispensée pendant les vacances scolaires. Dès lors, ainsi que l'a retenu l'intimé, c'est une disponibilité maximale de 50% qu'il y a lieu de retenir sur certaines périodes de l'année civile.

Si l'on peut certes reconnaître avec le recourant que les tâches administratives et l'essentiel de son activité pour le compte de F. \_\_\_\_\_ SA peuvent être déployées en soirée et durant les week-ends, tel n'est à l'évidence pas le cas des activités de la vente. Pour ces dernières, il faut en revanche considérer que seul un aménagement du temps travail, tel qu'autorisé au sein de B. \_\_\_\_\_ SA, a permis à l'assuré de s'adonner à ses hobbies dans la mesure où il s'est engagé jusqu'ici.

Or, il n'est pas exigible d'un potentiel employeur de concéder à l'assuré des horaires de travail aussi souples qu'auprès de B. \_\_\_\_\_ SA, tant en termes de temps de travail du lundi au vendredi qu'en ce qui concerne la possibilité de reprise d'heures supplémentaires. Ce constat vaut d'autant plus au vu de l'activité recherchée par le recourant, soit en tant qu'employé de commerce ou dans un domaine proche du secteur où il a précédemment exercé (cf. à cet égard chiffre 3 de sa correspondance du 4 janvier 2016). Dans de tels emplois, une disponibilité du lundi au vendredi durant les horaires usuels de bureau apparaît un réquisit minimal, même pour un taux d'activité partiel.

Compte tenu des déclarations du recourant quant à son indisponibilité durant les après-midis des vacances scolaires, il y a lieu de retenir que seule une activité à 50% apparaît réalisable. La prise en compte d'une disponibilité pour un emploi salarié de 50% par l'intimé ne prête donc pas flanc à la critique.

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

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

**b)** Il n'est pas alloué de dépens, le recourant 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 février 2016 par le Service de l'emploi, Instance Juridique Chômage, est confirmée.

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

Le président :

La greffière :

**Du**

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié, par l'envoi de photocopies, à :

- DAS Protection Juridique SA, à Etoy (pour U. \_\_\_\_\_),
- Service de l'emploi, Instance Juridique Chômage, à Lausanne,
- Secrétariat d'Etat à l'économie, à Berne.

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 :