

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 27 janvier 2017

Composition : M. PIGUET, président
Mme Brélaz Braillard, juge, et M. Pittet, assesseur
Greffière : Mme Chaboudez

Cause pendante entre :

K._____, à [...], recourante,

et

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

Art. 8 al. 1 et 15 LACI

E n f a i t :

A. K. _____ (ci-après : l'assurée ou la recourante), née en 1960 et titulaire d'un diplôme universitaire de médecine vétérinaire, a prétendu à des indemnités de chômage à partir du 1^{er} janvier 2015 pour un taux d'activité de 80 %, suite à la perte de son emploi dans le Cabinet vétérinaire [...].

Lors de son premier entretien de conseil à l'Office régional de placement de [...] (ci-après : ORP), le 14 janvier 2015, elle a expliqué qu'elle travaillait comme vétérinaire à 80 % pour son employeur et comme enseignante à 20 % à l'Ecole I. _____, activité qu'elle poursuivait. Elle a indiqué qu'elle recherchait des mandats comme vétérinaire itinérante indépendante.

Par courriers des 16 janvier et 13 février 2015, le Service de l'emploi, Instance juridique chômage (ci-après : le SDE ou l'intimé) a invité l'assurée à répondre à des questions en relation avec son aptitude au placement, compte tenu de l'exercice de son activité indépendante. L'assurée n'a pas donné suite à ces courriers.

Par décision du 9 mars 2015, le SDE a déclaré l'assurée inapte au placement à compter du 1^{er} janvier 2015 du fait qu'elle n'avait donné aucune information quant à l'ampleur de son activité indépendante de vétérinaire et à sa disponibilité, qu'elle n'avait remis aucune preuve de recherches d'emploi depuis son inscription au chômage et qu'elle avait manqué l'entretien de conseil prévu le 24 février 2015. Aucune opposition n'a été interjetée contre cette décision, qui est dès lors entrée en force.

L'inscription au chômage de l'assurée a été annulée en date du 5 mai 2015.

B. K._____ a de nouveau prétendu à des indemnités de chômage à partir du 22 décembre 2015, annonçant un taux de placement de 100 %.

Lors de son entretien de conseil du 6 janvier 2016, elle a expliqué qu'elle souhaitait obtenir une aide financière car son activité indépendante ne lui permettait pas de vivre et qu'elle désirait continuer à développer cette activité indépendante en parallèle d'un emploi à temps partiel, idéalement à 50 %. Elle poursuivait en outre son activité d'enseignement à 20 % à l'Ecole I._____.

En réponse aux questions envoyées par le SDE le 7 janvier 2016, l'assurée a exposé, dans son courrier du 22 janvier 2016, qu'elle était disponible pour prendre un emploi salarié à 50 %, que son objectif était de travailler comme vétérinaire indépendante à plein temps, qu'elle s'était inscrite au chômage car ses revenus étaient insuffisants, que son activité indépendante se déroulait à des moments variables dans la semaine et qu'elle consacrait plusieurs heures par semaine pour les démarches administratives et la prospection liées à cette activité. Elle a indiqué que ses revenus d'indépendante étaient variables, qu'elle disposait d'un stock de médicaments et de matériel de soins pour environ 1'000 fr., mais n'avait pas de local commercial car elle travaillait exclusivement à domicile. Elle a précisé qu'elle avait retiré son 2^e pilier pour la création de cette activité indépendante et qu'elle s'était affiliée auprès de la Caisse de compensation AVS [...]. A la question de savoir dans quelle mesure elle renoncerait à son activité indépendante pour reprendre une activité salariée ou suivre une mesure octroyée par l'ORP, elle a répondu : « Dans la mesure où il y aurait une autre solution ».

Invitée à déterminer précisément quels jours ou demi-jours étaient consacrés à son activité indépendante et ceux disponibles pour l'exercice d'une activité salariée, l'assurée a déclaré, en date du 2 février 2016, que son but était d'être indépendante à 100 % y compris pour les gardes de week-end, jours fériés et nuits, qu'elle adapterait sa

disponibilité aux offres d'emploi salarié qu'elle recevrait et qu'elle était ouverte à suivre des formations.

Par décision du 4 février 2016, le SDE a déclaré l'assurée inapte au placement à compter du 22 décembre 2015, au motif qu'elle avait entrepris une activité indépendante qu'elle souhaitait exercer comme activité principale et unique, à laquelle elle n'était pas disposée à renoncer, et qu'elle 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. Le SDE a par ailleurs rappelé que l'assurance-chômage n'avait pas pour but de couvrir les aléas inhérents au risque entrepreneurial.

L'assurée a formé opposition contre cette décision en date du 25 février 2016. Elle a invoqué qu'elle était prête à s'adapter aux horaires de travail qui lui seraient proposés, qu'elle exercerait son activité indépendante en dehors des heures de travail demandées et qu'elle avait eu recours à cette activité indépendante pour diminuer le dommage à l'assurance-chômage. Elle a précisé que sa disponibilité était totale en fonction des urgences et des animaux malades et qu'elle estimait avoir droit à une aide financière provisoire de la part de l'assurance-chômage.

Par décision sur opposition du 17 mars 2016, le SDE a rejeté l'opposition de l'assurée et confirmé la décision d'inaptitude au placement. Il a retenu que le but professionnel de l'assurée était de pouvoir vivre de son activité indépendante, qu'elle s'était inscrite au chômage uniquement pour compenser le manque à gagner dans le cadre de son activité indépendante et non pas afin de trouver une activité salariée durable.

C. L'assurée a recouru contre cette décision sur opposition auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal le 5 avril 2016, recours qu'elle a complété en date du 14 avril 2016. Concluant implicitement à l'annulation de cette décision sur opposition, elle estimait avoir droit à une aide du chômage pour poursuivre sa profession, précisant

qu'elle désirait subvenir à ses besoins et sortir du chômage le plus rapidement possible et que sa décision de se lancer dans une activité indépendante était liée à la difficulté de trouver un poste en tant que vétérinaire, surtout à son âge.

Dans sa détermination du 19 mai 2016, le SDE a conclu au rejet du recours.

Par courrier du 30 juin 2016, la recourante a précisé qu'elle n'avait effectué aucun investissement en dehors de l'achat du matériel de base, dont la valeur ne dépassait pas quelques centaines de francs, et qu'il lui serait possible d'exercer son activité indépendante en gérant les horaires de travail avec son potentiel futur employeur.

Suite à la requête de la recourante, une audience d'instruction a été tenue au Tribunal cantonal le 16 novembre 2016.

Lors de cette audience, la recourante a expliqué que son activité indépendante consistait essentiellement en des consultations de routine pour chiens et chats, souvent en soirée ou le week-end, sur la base de rendez-vous. Elle effectuait en moyenne 4 heures de consultation par semaine, ce qui représentait un 10 %. Elle a réitéré que si elle obtenait un emploi salarié à 100 %, elle exercerait son activité indépendante en dehors des heures de travail, mais a déclaré qu'en réalité elle estimait ne pas pouvoir travailler à plus de 80 %. Elle a expliqué qu'elle avait besoin d'un soutien financier, notamment en vue d'acquérir plus de matériel, ce qui augmenterait son potentiel d'action car elle pourrait répondre à davantage de demandes de clients.

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 de la recourante à compter du 22 décembre 2015, singulièrement la question de savoir si elle 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^{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, 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 la recourante 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) Suite à la perte de son emploi salarié, la recourante a entrepris une activité indépendante de vétérinaire itinérante. Le SDE a estimé qu'elle était de ce fait inapte au placement par décision du 9 mars 2015, décision qu'elle n'a pas contesté. La recourante s'est réinscrite au chômage le 22 décembre 2015, et a expliqué, lors de son entretien de conseil du 6 janvier 2016, qu'elle souhaitait obtenir une aide financière car son activité indépendante ne lui permettait pas de vivre. Elle a précisé qu'elle désirait continuer à développer son activité indépendante en parallèle à un emploi à temps partiel, idéalement à 50 %. Elle poursuivait par ailleurs son activité d'enseignement à l'Ecole I. _____ à 20 %.

Dans son recours, elle fait valoir qu'elle s'est lancée dans cette activité indépendante en raison de la difficulté de trouver un emploi comme vétérinaire, surtout à son âge. Il ressort néanmoins des pièces du dossier qu'en se lançant comme indépendante, son but n'était pas uniquement d'éviter de devoir requérir des prestations de l'assurance-chômage, mais surtout d'exercer à titre indépendant et de manière durable une activité qui lui tenait à cœur. La recourante a en effet réitéré à plusieurs reprises qu'elle n'entendait pas renoncer à cette activité indépendante, mais qu'au contraire, son objectif était de travailler comme vétérinaire indépendante à plein temps et qu'elle s'était inscrite au chômage car ses revenus d'indépendante étaient insuffisants. Force est ainsi de constater que son activité indépendante s'inscrit dans une perspective à long terme et non en réaction à la période de chômage qu'elle traversait dans le but de remplir son devoir de diminuer le dommage à l'assurance.

Comme mentionné ci-dessus, 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. L'assurance-chômage exige en effet des assurés qu'ils puissent offrir à un employeur tout la disponibilité normalement exigible. Or, il apparaît, d'une part, que la recourante ne peut pas garantir une disponibilité suffisante et stable quant à ses horaires de travail, puisque son activité indépendante est fonction des urgences et des animaux malades. D'autre part, comme relevé ci-dessus, son but est de développer son activité de vétérinaire itinérante jusqu'à ce que celle-ci atteigne un plein temps, privilégiant ainsi clairement cette activité indépendante au détriment d'une activité salariée, ce qui n'est pas compatible avec les exigences de l'assurance-chômage.

En outre, les problèmes financiers rencontrés par la recourante ne justifient pas l'allocation d'indemnités de chômage. Comme vu ci-dessus, l'assurance-chômage n'a pas pour rôle de servir de transition au

passage d'une activité salariée à indépendante ni de couvrir le risque entrepreneurial en compensant le manque à gagner résultant de la marche insuffisante des affaires. Pour les mêmes raisons, il ne revient pas à l'assurance-chômage de prendre en charge des frais d'acquisition de matériel professionnel d'un indépendant.

c) Quand bien même elle peut paraître sévère eu égard aux efforts mis en œuvre par la recourante afin de réduire son dommage à l'égard de l'assurance-chômage et, ainsi, d'épargner la communauté des associés, la décision litigieuse est néanmoins conforme au droit fédéral et 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 la recourante 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 17 mars 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 :

- K. _____,
- 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 :