

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 20 juin 2017

Composition : M. NEU, président
M. Berthoud et Mme Dormond Béguelin, assesseurs
Greffière : Mme Pellaton

Cause pendante entre :

R. _____, à [...], recourant,

et

D. _____, Instance juridique chômage, à Lausanne, intimé.

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

E n f a i t :

A. R. _____ (ci-après : l'assuré ou le recourant), né en [...], a travaillé comme photographe pour un studio professionnel de 2000 à 2014. Il s'est ensuite inscrit quelques mois à l'assurance-chômage, auprès de l'Office régional de placement d'Aigle (ci-après : l'ORP), puis a demandé la clôture de son inscription à fin 2014 dans le but d'exercer une activité de photographe indépendant durant la période de ski.

L'assuré a sollicité à nouveau des prestations de l'assurance-chômage en mai 2015. Il a précisé dans un courrier du 19 mai 2015 que son activité en tant qu'indépendant devait s'arrêter pour la période du 15 avril 2015 au 20 décembre 2015 par manque de clientèle, son activité se déroulant essentiellement l'hiver.

Le dossier de l'assuré a à nouveau été clôturé à sa demande en décembre 2015, celui-ci reprenant son activité de photographe indépendant pour la saison de ski.

L'assuré s'est inscrit une nouvelle fois à l'assurance-chômage le 31 mai 2016, sollicitant des prestations dès le 1^{er} juin 2016.

Au vu de la situation particulière de l'assuré, qui ne comptait pas arrêter son activité indépendante et s'inscrivait au chômage uniquement par manque de revenus durant la période d'été (cf. procès-verbal d'entretien entre l'ORP et l'assuré du 8 juin 2016), le Service de l'emploi, Instance juridique chômage (ci-après : le SDE ou l'intimé) a envoyé à l'assuré un questionnaire dans le cadre de l'examen de son aptitude au placement, auquel l'assuré a répondu le 15 juin 2016. L'intéressé se disait disponible pour une activité à plein temps de photographe, chauffeur-livreur, chauffeur de taxi ou concierge. A la question de la raison de son inscription au chômage, l'assuré a répondu que, malgré ses nombreuses démarches, il n'y avait pas de travail depuis la fin de la saison d'hiver. Il a ensuite précisé être prêt à renoncer

totalelement à son activité indépendante pour une activité salariée ou une mesure octroyée par l'ORP. A la question de la date à laquelle il comptait reprendre une activité indépendante cas échéant, il a répondu que toutes les recherches de travail qu'il avait faites étaient demeurées vaines et de ce fait, il ne lui était pas possible de prévoir une activité indépendante. A la question du temps consacré aux démarches administratives et à la prospection pour son activité indépendante, l'assuré a répondu qu'il estimait à trois jours par semaines le temps consacré à son travail de recherche d'un emploi. Il possédait du matériel de photographie à hauteur d'environ 20'000 francs. Il s'était acquitté de ses charges sociales, était affilié à l'AVS et avait contracté pour son affaire une assurance comprenant entre autres une protection juridique et une assurance de responsabilité civile. Il a encore notamment précisé que les questions posées par le SDE ne lui avaient parfois pas paru très explicites.

Par décision du 16 juin 2016, le SDE a nié l'aptitude au placement de l'assuré à compter du 1^{er} juin 2016, date de sa réinscription. Il a retenu pour l'essentiel que l'assuré exerçait une activité indépendante saisonnière, était affilié à l'AVS pour cette activité et n'avait pas entrepris les démarches en vue de radier son statut d'indépendant. L'assuré avait été sanctionné pour recherches insuffisantes d'emploi pour la période précédant l'inscription au chômage. Il avait en outre indiqué lors d'un entretien à l'ORP qu'il ne comptait pas renoncer à son activité indépendante et qu'il était venu se réinscrire auprès de l'assurance-chômage durant la période d'été.

L'assuré s'est opposé à la décision précitée le 23 juin 2016, affirmant notamment qu'il était prêt à renoncer à son activité indépendante. Il relevait encore dans un courrier du 27 juin 2016 les difficultés qu'il avait eues à comprendre le questionnaire concernant son aptitude au placement.

Le SDE a rendu une décision rejetant l'opposition de l'assuré le 27 juillet 2016. Il a estimé qu'il fallait retenir les premières déclarations de l'assuré, soit qu'il était venu s'inscrire au chômage afin de compléter son

revenu puisque son activité indépendante ne lui permettait pas d'être autonome financièrement durant la période d'été. Le SDE a par ailleurs relevé les nombreuses démarches accomplies d'un point de vue financier, administratif et juridique pour l'activité indépendante (inscription à l'AVS, contraction d'une assurance, investissement dans du matériel, plaquette publicitaire et cartes de visite). Finalement, le SDE a observé que c'était à l'assuré de faire le nécessaire s'il ne comprenait pas le questionnaire. Au vu des questions claires et simplement posées et des réponses précises et cohérentes de l'assuré, il apparaissait cependant peu vraisemblable que l'intéressé ait mal compris les questions. Partant, force était d'admettre qu'au vu des investissements et des déclarations de l'opposant, l'activité indépendante de ce dernier ne revêtait pas un caractère aléatoire, transitoire et temporaire dans le but de diminuer le dommage causé à l'assurance-chômage.

B. R. _____ a recouru contre la décision précitée le 24 août 2016 auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, concluant à son annulation et à ce qu'il soit déclaré apte au placement. Il a pour l'essentiel repris les arguments de son opposition, ajoutant que son activité indépendante avait été prise en réaction au chômage et dans le but de diminuer le dommage, autant lors de la fermeture de son dossier à fin 2014 qu'en 2015. Il aurait souhaité alors que son conseiller ORP lui explique la possibilité de faire ce travail saisonnier en tant que gain intermédiaire au lieu de fermer son dossier à chaque fois que s'était présentée la possibilité de diminuer le dommage. Par ailleurs, son activité indépendante, interrompue au 31 mai 2016, ne pouvait être reprise dès lors que le magasin avec lequel le recourant avait un accord pour vendre ses photos avait définitivement fermé en avril 2016. Les déclarations faites ultérieurement à sa lettre du 15 juin 2016 visaient à apporter des précisions à celles-ci, qu'il n'avait pu effectuer avant en raison de sa connaissance limitée de la langue française. L'investissement fait dans son matériel datait de l'époque où il était salarié. Quant à la plaquette publicitaire et à sa carte de visite, leur teneur n'était plus valable dès lors que le magasin qui lui permettait de vendre ses photos avait fermé.

Par réponse du 21 septembre 2016, l'intimé a préavisé pour le rejet du recours.

Le recourant a maintenu ses conclusions par réplique du 5 octobre 2016.

L'intimé a fait de même par duplique du 25 octobre 2016.

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 (art. 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) devant le 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 du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.02]), dans les trente jours suivant la notification de la décision sujette à recours (art. 60 al. 1 LPGA).

En l'espèce, le recours a été formé en temps utile et dans le respect des formalités prévues par la loi (cf. art. 61 let. b LPGA notamment), de sorte qu'il est recevable.

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 est compétente pour statuer (art. 93 let. a LPA-VD).

2. Le litige porte sur la disponibilité à l'emploi du recourant, compte tenu de son activité indépendante de photographe.

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 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, 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 (ATF 125 V 51 consid. 6a ; 123 V 214 consid. 3 ; DTA 2004 n° 18 p. 186 consid. 2.2 [C 101/03] ; TF 8C_679/2011 du 16 août 2012 consid. 4.1).

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) 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, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Genève/Zurich/Bâle 2014, n° 44 ad art. 15 LACI, p. 158). 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 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 à 3.3 et 8C_49/2009 du 5 juin 2009 consid. 4.3). Seules des activités indépendantes à caractère transitoire, temporaires et ne nécessitant que peu d'investissements entrent en ligne de compte comme gain intermédiaire (TFA C 241/05 du 6 avril 2006 consid. 2.2). L'assuré qui exerce une telle activité doit poursuivre intensivement ses recherches en vue de trouver une activité salariée.

c) 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).

On notera encore que l'intention d'un assuré d'entreprendre une activité indépendante est certes conforme à son devoir légal de diminuer le dommage. Si, dans ce but il omet de prendre toutes les mesures exigibles pour retrouver un emploi, cela peut avoir cependant des conséquences sur son aptitude au placement et, partant, sur son droit à l'indemnité de chômage. Le fait qu'en général l'intéressé ne réalise pas de revenu ou seulement un revenu modique en commençant une activité indépendante est typiquement un risque qui n'est pas assuré (TF 8C_853/2009 du 5 août 2010 consid. 3.5 et les références citées).

4. 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). 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).

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 les références ; RAMA 2004 n° U 515 p. 420 consid. 1.2 ; VSI 2000 p. 201 consid. 2d).

5. Il n'est pas contesté que le recourant, dont la capacité de travail est entière, satisfait à la première condition de l'aptitude au placement. En revanche, l'intimé a considéré que le recourant n'était subjectivement pas disposé à renoncer à son activité indépendante pour accepter un emploi convenable s'il se présentait.

En l'espèce, il ressort clairement du dossier que le recourant exerçait une activité indépendante qui l'a conduit à s'inscrire au chômage à plusieurs reprises en raison du manque de mandats. En effet, le recourant a lui-même indiqué, dans son courrier du 15 juin 2016, qu'il ne trouvait pas de travail dès la fin de la saison d'hiver. Cela ressortait du reste déjà de son courrier du 19 mai 2015, lors de sa précédente inscription au chômage, dans lequel il précisait que son activité devait s'arrêter entre le 15 avril et le 20 décembre 2015 « pour manque de clientèle ». Cela ressort finalement également du procès-verbal d'entretien du 8 juin 2016, à l'occasion duquel il a également indiqué qu'il n'avait pas l'intention d'abandonner son activité indépendante. Il ne peut ainsi être retenu que le recourant exerçait son activité indépendante en vue de limiter le dommage à l'assurance et dite activité ne pouvait être considérée comme un gain intermédiaire. On observe de plus que le recourant a été sanctionné pour recherches d'emploi insuffisantes avant le chômage (cf. décision de l'ORP du 10 juin 2016), ce qui avait d'ailleurs été le cas déjà lors de sa précédente inscription (cf. décision du 27 mai 2015). S'il avait effectivement considéré son activité indépendante comme temporaire, il aurait fait tout ce qui était en son pouvoir pour trouver une activité salariée, y compris durant la période de ski. L'assuré qui exerce une activité en gain intermédiaire doit en effet poursuivre intensivement ses recherches en vue de trouver une activité salariée. On observe ici que la fermeture du magasin dans lequel le recourant vendait ses photos ne constitue pas un indice suffisant qu'il aurait renoncé à son activité indépendante en faveur d'une activité salariée.

Au vu de la jurisprudence concernant les premières déclarations (cf. supra consid. 4), l'affirmation ultérieure du recourant selon laquelle il était prêt à abandonner son activité indépendante ne peut être prise en compte. En vertu du principe de la vraisemblance prépondérante (cf. supra consid. 4), il sied de retenir les déclarations que le recourant a faites à l'occasion de l'entretien de conseil du 8 juin 2016, ainsi que les réponses au questionnaire d'aptitude au placement du 16 juin 2016, qui ne laissent pas de place au doute.

Ainsi le recourant exerçait une activité indépendante, sans avoir amené d'indices suffisant à rendre vraisemblable qu'il aurait abandonné dite activité pour une activité salariée. Or, il n'appartient pas à l'assurance-chômage de supporter le risque inhérent à une activité indépendante, soit en l'espèce le manque de mandats durant certaines périodes de l'année.

Concernant d'éventuelles difficultés de français, il est observé, comme l'a retenu l'intimé, qu'il incombait au recourant de prendre les mesures nécessaires afin de s'assurer d'avoir compris les questions. En outre, la précision et la clarté des réponses rendent peu vraisemblable son argument. En tous les cas, les éléments factuels tels que la répétition de l'exercice de l'activité indépendante, l'inscription à l'AVS et la conclusion d'une assurance notamment, vont dans le sens d'une activité indépendante stable et régulière. Du reste, dans son opposition du 23 juin 2016, le recourant parle bien d'une activité saisonnière et non d'une activité temporaire exercée en vue de diminuer le dommage.

Finalement, contrairement à ce que prétend le recourant, l'intimé a bien tenu compte de ses réponses au questionnaire d'examen d'aptitude au placement, dès lors que la décision du 16 juin 2016, de même d'ailleurs que la décision sur opposition, s'y réfère expressément.

Ainsi, si un doute raisonnable pouvait exister lors de l'inscription du recourant à l'ORP en 2015, la répétition du même processus l'année suivante, ses déclarations, en particulier lors de

l'entretien du 8 juin 2016 et dans son courrier du 15 juin 2015, ainsi que les indices factuels de la poursuite d'une activité indépendante stable tels que mis en évidence, conduisent à retenir que l'intimé n'a pas fait preuve d'arbitraire en retenant l'inaptitude au placement, qui peut être confirmée.

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 - 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
p r o n o n c e :**

- I.** Le recours est rejeté.
- II.** La décision sur opposition rendue le 27 juillet 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 à :

- R. _____,
- 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 :