

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 18 octobre 2021

Composition : Mme BERBERAT, présidente
M. Neu et Mme Durussel, juges
Greffière : Mme Berseth

Cause pendante entre :

K. _____, à [...], recourante,

et

CAISSE CANTONALE DE CHÔMAGE, Division juridique, à Lausanne,
intimée.

Art. 9 et 9a LACI

E n f a i t :

A. K. _____ (ci-après : l'assurée ou la recourante), née en [...], a travaillé du 1^{er} avril 2011 au 31 mai 2019 auprès de la société O. _____, à [...]. Licenciée pour cause de restructuration, elle a entrepris une activité indépendante de kinésologue et énergéticienne dès le 1^{er} juin 2019.

Le 3 décembre 2020, l'assurée s'est inscrite à l'Office régional de placement de [...] (ci-après : l'ORP) comme demandeuse d'emploi à 100% et a sollicité l'octroi d'indemnités de chômage dès le même jour auprès de la Caisse cantonale de chômage (ci-après : la Caisse ou l'intimée). A l'appui de sa demande d'indemnité, elle a produit une attestation d'affiliation émise le 21 décembre 2019 par la Caisse AVS de la Fédération patronale vaudoise (ci-après : la Caisse AVS), dont il ressort qu'elle s'est inscrite en qualité d'indépendante dès le 1^{er} juin 2019.

Le 28 janvier 2021, la Division juridique des ORP a déclaré l'assurée apte au placement pour une disponibilité de 80%, au motif qu'elle souhaitait exercer une activité salariée à 80% tout en gardant un 20% de disponibilité pour son activité indépendante.

Par décision de la Caisse du 4 février 2021, l'assurée s'est vu refuser le droit à l'indemnité de chômage, au motif qu'elle n'avait cotisé que six mois au cours du délai-cadre de deux ans précédant sa demande, ce qui était insuffisant pour satisfaire aux conditions relatives à la période de cotisation.

Le 11 février 2021, l'assurée s'est opposée à la décision précitée, concluant à la prise en compte de son activité indépendante en tant que motif de prolongation du délai-cadre de cotisation. Elle a également requis la notification d'une nouvelle décision reflétant les arguments de refus qui lui avaient été signifiés oralement le 10 février 2021 et qui ne ressortaient pas de la décision litigieuse.

Le 11 février 2021, la Caisse a rendu une nouvelle décision de refus de prestations dès le 3 décembre 2020, retenant, d'une part, que l'assurée n'avait pas mis fin à son activité indépendante et, d'autre part, que dite activité devait être qualifiée d'accessoire. Ces éléments empêchant la prolongation du délai-cadre de cotisation, l'assurée ne pouvait pas se prévaloir d'une période de cotisation minimum de douze mois, telle que requise par la loi.

Le 22 février 2021, l'assurée s'est opposée à la décision du 11 février 2021, faisant en particulier grief aux autorités d'application de l'assurance-chômage de ne pas lui avoir fourni au moment de son inscription les informations lui permettant de saisir les implications juridiques de sa situation et de prendre en toute connaissance de cause les décisions lui permettant de sauvegarder ses droits. Elle a expliqué qu'aussitôt informée, elle a réagi immédiatement, en corrigeant auprès de l'ORP son taux de disponibilité pour un emploi salarié, et en demandant à la Caisse AVS la radiation de son inscription en qualité d'indépendante. L'assurée a également requis le report de son inscription au chômage au 1^{er} mars 2021, considérant que son inscription en qualité d'indépendante auprès de l'AVS serait radiée au 28 février 2021. A l'appui de sa contestation, l'assurée a produit une attestation du 19 février 2021 de la Caisse AVS, dont il ressort qu'elle a été affiliée pour son activité indépendante du 1^{er} juin 2019 au 28 février 2021.

Par courriel du 17 mars 2021, une collaboratrice de la Division juridique de la Caisse a demandé à l'assurée d'expliquer les raisons pour lesquelles elle disposait toujours de profils actifs sur Instagram et Facebook, ce dernier contenant la mention selon laquelle elle recevait ses clients sur rendez-vous du lundi au vendredi de 8h30 à 20h30.

Le 18 mars 2021, l'assurée a répondu qu'elle utilisait ces plateformes non pas pour faire sa publicité, mais pour « poster des phrases qui font réfléchir et les mêmes que sur mon compte privé en définitive ». Elle a précisé qu'elle n'avait plus rien posté depuis sa radiation et que ses deux comptes n'étaient désormais plus actifs.

Par décision du 31 mars 2021, la Division juridique de la Caisse a rejeté l'opposition précitée et confirmé sa décision de refus de prestations du 11 février 2021, retenant qu'au vu d'éléments récoltés sur les réseaux sociaux, l'assurée n'avait en réalité pas mis fin à son activité indépendante, de sorte qu'elle ne pouvait bénéficier d'une prolongation de son délai-cadre de cotisation. Que l'on considère sa demande d'indemnité dès le 3 décembre 2020 ou dès le 1^{er} mars 2021, l'assurée ne pouvait quoi qu'il en soit pas se prévaloir d'une durée de cotisation suffisante.

B. Par acte du 21 avril 2021 (date du timbre postal), K. _____ a recouru auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal contre la décision sur opposition du 31 mars 2021, dont elle a en substance requis la réforme, en ce sens que le droit à l'indemnité de chômage lui soit reconnu dès le 1^{er} mars 2021, compte tenu d'une prolongation de son délai-cadre de cotisation. Elle a également conclu à l'annulation de la décision de suspension rendue le 9 décembre 2020 par l'ORP. A l'appui de sa contestation, elle réitère son grief de lacune d'information, relevant que ses multiples demandes de renseignements auprès de la Caisse se sont toutes heurtées à des réponses dilatoires l'invitant à attendre une décision formelle, ses interlocuteurs se déclarant non-compétents pour lui répondre. Elle explique à cet égard que ce n'est que le 11 février 2021 qu'elle a appris que la prolongation de son délai-cadre de cotisation était conditionnée par la complète cessation de son activité indépendante. Elle déplore de ne pas avoir reçu plus tôt des informations claires sur les problématiques induites par la poursuite de son activité indépendante à 20%. Aussitôt informée, elle avait immédiatement cessé dite activité, demandé à la Caisse AVS de radier son inscription en qualité d'indépendante, signifié à son conseiller ORP qu'elle était désormais disponible pour un emploi à 100% et contesté la décision du 11 février 2021 de la Caisse. Rendue attentive à la mi-mars 2021 par une collaboratrice de la Caisse que le maintien de ses comptes Instagram et Facebook posait un problème, elle les avait immédiatement désactivés, précisant que le récent décès de son père ainsi que ses difficultés financières et administratives lui avaient fait oublier cette dernière étape.

L'assurée a encore précisé qu'elle se limitait à poster des phrases spirituelles et ne postait déjà plus rien sur les réseaux sociaux depuis mi-février 2021.

Dans une réponse du 9 juin 2021, la Caisse a conclu au rejet du recours et au maintien de la décision entreprise.

E n d r o i t :

1. a) La LPGA (loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales ; RS 830.1) est, sauf dérogation expresse, applicable en matière d'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 peuvent faire l'objet d'un recours auprès du tribunal des assurances compétent (art. 56 al. 1 LPGA ; 100 al. 3 LACI, 128 al. 1 et 119 al. 1 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 leur notification (art. 60 al. 1 LPGA).

b) En l'occurrence, déposé en temps utile auprès du tribunal compétent (art. 93 let. a LPA-VD [loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative ; BLV 173.36]) et respectant les autres conditions formelles prévues par la loi (art. 61 let. b LPGA notamment), le recours est recevable.

2. A titre préalable, il sied de relever que dans le cadre de son opposition du 22 février 2021, la recourante a requis le report de son délai-cadre d'indemnisation du 3 décembre 2020 au 1^{er} mars 2021, pour tenir compte de sa radiation de la Caisse AVS en qualité d'indépendante au 28 février 2021. Cette demande étant intervenue avant que la Caisse ne verse des prestations, elle peut être admise (cf. Boris Rubin, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Schulthess 2014, n° 7 ad.

art. 9 LACI, p. 83 ; Bulletin LACI-IC, Secrétariat d'Etat à l'économie, B44ss). C'est ainsi le droit de la recourante à l'indemnité de chômage dès le 1^{er} mars 2021 qui doit être examiné, et singulièrement la question de savoir si, à cette date, l'intéressée satisfaisait aux conditions relatives à la période de cotisation.

Sort par contre de l'objet de la contestation, délimité par la décision sur opposition du 31 mars 2021, le bienfondé de la décision de suspension prononcée le 9 décembre 2020 par l'ORP en lien avec les efforts de recherche d'emploi de la recourante durant la période précédant sa revendication d'indemnités dès le 3 décembre 2020. La conclusion formulée par la recourante à cet égard est donc irrecevable. En cas d'admission de son recours, il appartiendra à l'assurée d'en communiquer l'issue à l'ORP et de solliciter la révision de la décision de suspension qu'elle conteste.

3. a) L'art. 8 al. 1 LACI énumère les conditions cumulatives dont dépend le droit à l'indemnité de chômage. Pour avoir droit à cette indemnité, l'assuré doit notamment remplir les conditions relatives à la période de cotisation ou en être libéré (let. e). Celles-ci sont satisfaites par celui qui, dans les limites du délai-cadre prévu à cet effet (art. 9 al. 3 LACI), a exercé durant douze mois au moins une activité soumise à cotisation (art. 13 al. 1 LACI).

Selon l'art. 9 al. 1 LACI, le délai-cadre de cotisation est de deux ans, sauf disposition contraire de la loi. Ce délai-cadre commence à courir deux ans avant le premier jour où toutes les conditions dont dépend le droit à l'indemnité sont réunies (art. 9 al. 3 en relation avec l'art. 9 al. 2 LACI).

b) L'art. 9a LACI prévoit des règles spécifiques pour la détermination des délais-cadres d'indemnisation et de cotisation des assurés qui entreprennent une activité indépendante sans l'aide de l'assurance-chômage. Le délai-cadre d'indemnisation de l'assuré qui a entrepris une activité indépendante sans toucher les prestations visées

aux art. 71a à 71d LACI (soutien aux assurés qui entreprennent une activité indépendante) est prolongé de deux ans si un délai-cadre d'indemnisation courait au moment où l'intéressé a entrepris l'activité indépendante et s'il ne peut pas justifier d'une période de cotisation suffisante au moment où il cesse cette activité (al. 1). De la même manière, le délai-cadre de cotisation de l'assuré qui a entrepris une activité indépendante sans toucher de prestations est prolongé de la durée de l'activité indépendante, mais de deux ans au maximum (al. 2).

L'art. 9a al. 2 LACI vise la situation où une prolongation du délai-cadre d'indemnisation n'entre pas en ligne de compte (aucun délai-cadre d'indemnisation n'étant ouvert). Le délai-cadre de cotisation est prolongé de la durée de l'activité indépendante, mais de deux ans au maximum (ATF 138 V 50 consid. 2). De cette manière, les droits acquis avant l'exercice de l'activité indépendante sont préservés. Le but de cette disposition est d'éviter que l'assuré qui a exercé une activité indépendante soit pénalisé pour cette raison dans son droit à l'indemnité (ATF 138 V 50 consid. 4.4).

La prolongation du délai-cadre suppose une cessation définitive de l'activité indépendante. La cessation de l'activité indépendante en tant que condition du droit à la prolongation du délai-cadre d'indemnisation se juge d'après les critères dégagés par la jurisprudence applicable aux personnes dont la position est assimilable à celle d'un employeur et qui, ensuite d'un licenciement, demandent l'indemnité de chômage (TF 8C_537/2019 du 22 octobre 2020 consid. 3.3.1 et les références citées). Cette jurisprudence exige la rupture de tous les liens avec l'entreprise ou la société qui continue d'exister. Lorsque l'activité indépendante est simplement « mise en veille » et que l'assuré conserve une possibilité de la réactiver, une prolongation des délais-cadres est exclue (BORIS RUBIN, op. cit., n° 8 ad art. 9a LACI et les références citées).

Un assuré est réputé avoir pris une activité indépendante à partir du moment où il a pris le statut d'indépendant pour l'AVS. Il est en

principe contraignant pour l'assurance-chômage. Le fait qu'il ait tiré ou non un revenu de son activité indépendante et qu'il ait payé des cotisations aux assurances sociales est indifférent (ATF 126 V 212 consid. 2a). L'assuré doit prouver qu'il a cessé définitivement son activité indépendante en produisant une attestation de la caisse de compensation AVS ainsi qu'un extrait du registre du commerce. (Bulletin LACI-IC op. cit, B64).

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 citées).

5. a) En l'occurrence, à la suite de sa demande de report du 22 février 2021, la recourante sollicite l'octroi des indemnités de chômage dès le 1^{er} mars 2021 ; son délai-cadre de cotisation ordinaire s'étend donc du 1^{er} mars 2019 au 28 février 2021. Considérant que sa dernière activité salariée a eu lieu entre le 1^{er} avril 2011 et le 31 mai 2019, il est constant qu'elle n'a pas accumulé la période minimale de 12 mois de cotisations durant ce laps de temps, telle qu'exigée par l'art. 13 al. 1 LACI. Elle ne le conteste d'ailleurs pas. A l'appui de son recours, elle prétend en revanche à la prolongation de son délai-cadre de cotisation, à la faveur de l'activité indépendante qu'elle a déployée depuis le 1^{er} juin 2019. Elle soutient avoir mis fin à cette activité le 28 février 2021, par la radiation de son inscription en qualité d'indépendante auprès de la Caisse AVS et la modification de son taux d'inscription à l'ORP, passé de 80% à 100%, afin d'offrir une pleine disponibilité à la recherche et l'exercice d'une activité salariée.

L'intimée de son côté a refusé une telle prolongation, estimant qu'il était ressorti de ses mesures d'instruction que l'assurée poursuivait son activité indépendante. Elle en veut pour preuve le fait, d'une part, que la recourante est revenue sur ses premières déclarations selon lesquelles elle entendait conserver 20% de disponibilité pour l'exercice de son activité indépendante, et, d'autre part, qu'en date du 17 mars 2021, elle détenait encore des profils actifs sur les réseaux sociaux, sa page Facebook mentionnant qu'elle recevait ses clients du lundi au vendredi, de 8h30 à 20h30. Ces considérations ne sont toutefois pas convaincantes. La recourante a procédé à sa radiation de la Caisse AVS en février 2021, ce qui est un élément formel significatif en matière d'assurance-chômage, tel que le reprend le chiffre B64 du Bulletin LACI-IC. Le fait qu'elle ne l'a pas fait d'emblée à son inscription et qu'elle a dans un premier temps affirmé qu'elle souhaitait conserver 20% de sa disponibilité pour la poursuite de son activité indépendante ne saurait se voir confier la portée que lui attribue l'intimée. Si les déclarations communément appelées « de la première heure » peuvent en effet, selon les cas, servir de repères pour tenter de démêler le vrai du faux en cas d'affirmations contradictoires dans des circonstances qui permettent d'inférer que l'une des versions n'est pas conforme à la réalité, il ne s'agit pas d'une règle absolue. Certes, l'assurée a indiqué qu'elle souhaitait poursuivre son activité indépendante à taux réduit et limiter sa disponibilité à la recherche d'une activité salariée à 80%, avant de changer de position en février 2021 et d'annoncer à l'ORP qu'elle préférait en définitive augmenter sa disponibilité à 100%. Ces circonstances ne permettent toutefois pas de supposer qu'elle a ainsi distordu la réalité dans l'optique d'obtenir des indemnités auxquelles elle n'aurait en fait pas droit. Lors de son examen d'aptitude au placement, elle a émis le souhait de conserver une petite part de son temps pour le maintien de son activité indépendante, par plaisir et par soucis de diminuer le dommage. Lorsqu'elle a appris par la décision de la Division juridique des ORP que son aptitude au placement n'était reconnue qu'à hauteur d'une disponibilité de 80%, elle a accepté cette situation, avec la diminution corollaire proportionnelle de ses indemnités de chômage, dont elle s'est accommodée. Par contre, à

réception de la décision du 11 février 2021 de la Caisse l'informant des conséquences plus drastiques du maintien même partiel de son activité indépendante, elle a intégré ces nouvelles données à sa réflexion et a fait le nouveau choix de renoncer à son activité indépendante, afin d'éviter des suites économiques trop sévères. Elle a ainsi mis en balance les différents intérêts en présence, au vu des renseignements enfin reçus de la Caisse, et choisi l'option qui lui permettait de ne pas perdre tous ses acquis pour une activité indépendante à 20%, qui de son point de vue ne le justifiait pas. L'assurée a agi aussitôt qu'elle a eu accès à l'information déterminante. Elle n'a pas fait valoir une version contradictoire visant à obtenir une prestation induue, tel qu'on l'entend dans le « principe des déclarations de la première heure », mais a adapté sa situation personnelle à la réglementation juridique, une fois celle-ci connue. Aucun élément au dossier ne permet de retenir comme établi au degré de la vraisemblance prépondérante que le revirement de la recourante était factice et qu'elle continuait en réalité à exercer son activité indépendante. Contrairement à ce que soutient l'autorité intimée, n'est en particulier pas un indice suffisamment déterminant le fait que l'assurée a conservé des profils actifs sur les réseaux sociaux. On ne saurait en effet lui reprocher d'avoir oublié de désactiver ses comptes Facebook et Instagram au 17 mars 2021, jour où la Caisse a procédé à ses mesures d'instruction, soit 17 jours après la radiation de sa raison individuelle. Cette circonstance ne constitue en effet pas un indice probant permettant de conclure à l'exercice concret d'une activité, ni même sa mise en veille, ce d'autant plus que la recourante affirme ne pas avoir fait de publication depuis le 1^{er} mars 2021, ce que l'intimée ne conteste pas. Il ressort en outre de la capture d'écran prise par la Caisse du compte Instagram de l'assurée que, conformément à ses dires, n'y figurent que des publications de citations philosophiques et spirituelles, dont la dernière date du 16 février 2021, toutes sans lien direct avec l'exercice d'une activité lucrative.

b) En définitive, il y a lieu de retenir comme établi au degré de la vraisemblance prépondérante que l'assurée a définitivement mis un terme à son activité indépendante au 28 février 2021. Dès lors qu'elle a débuté son activité indépendante dans la directe continuité de ses

précédents rapports de travail, en remplacement de ceux-ci, il existe un lien de causalité entre l'exercice de son activité indépendante et l'absence de cotisation à l'assurance-chômage. Elle n'a au demeurant pas perçu de prestations de l'assurance-chômage à quelque titre que ce soit (gain intermédiaire ou indemnités au sens des art. 71a à 71d LACI) en lien avec cette activité indépendante et n'avait pas de délai-cadre d'indemnisation en cours lorsqu'elle a débuté son activité indépendante. Elle a donc droit à la prolongation de son délai-cadre de cotisation de la durée de son activité indépendante selon l'art. 9a al. 1 et 2 LACI, à savoir de 21 mois (activité indépendante du 1^{er} juin 2019 au 28 février 2021, selon attestations de la Caisse AVS de la Fédération patronale vaudoise des 21 décembre 2021 et 19 février 2021). Le délai-cadre de cotisation, fixé selon l'art. 9 LACI du 1^{er} mars 2019 au 28 février 2021, doit être prolongé de 21 mois, pour au final couvrir la période du 1^{er} juin 2017 au 28 février 2021. Dès lors que l'assurée a travaillé en qualité de salariée pour le compte de la société O. _____ du 1^{er} avril 2011 au 31 mai 2019, elle a réalisé une période de cotisation déterminante de 24 mois durant le délai-cadre prolongé, satisfaisant largement au minimum de 12 mois requis par l'art. 13 al. 1 LACI.

c) Compte tenu des considérations qui précèdent, il convient de constater que la recourante remplit la condition relative à la période de cotisation au sens des art. 8 al. 1 let. e et 13 al. 1 LACI. Ceci ne suffisant pas pour lui ouvrir le droit à l'indemnité, le dossier doit être retourné à l'intimée afin qu'elle examine les autres conditions du droit, au sens de l'art. 8 al. 1 let. a à d, f et g LACI.

6. a) Bien fondé, le recours doit être admis, dans la mesure où il est recevable. La décision sur opposition attaquée est annulée et la cause renvoyée à l'intimée pour qu'elle se prononce sur les autres conditions du droit à l'indemnité.

b) Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires, la procédure étant gratuite (art. 61 let. a LPGA).

c) La recourante ayant agi sans l'assistance d'un mandataire professionnel, elle n'a pas droit à une indemnité de dépens.

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

- I. Le recours est admis, dans la mesure où il est recevable.

- II. La décision sur opposition rendue par la Caisse de chômage le 31 mars 2021 est annulée et la cause renvoyée à l'intimée pour examen des autres conditions du droit à l'indemnité.

- III. Il n'est pas perçu de frais, 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 :

- K. _____, à [...],
- Caisse cantonale de chômage, Division juridique, à Lausanne
- Secrétariat d'Etat à l'économie, à Berne,

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 :