

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 13 juillet 2023

Composition : M. NEU, président
M. Berthoud et Mme Dormond Béguelin, assesseurs
Greffier : M. Germond

Cause pendante entre :

M. _____, à [...], recourant,

et

DIRECTION GÉNÉRALE DE L'EMPLOI ET DU MARCHÉ DU TRAVAIL, à
Lausanne, intimée.

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

E n f a i t :

A. Le 26 janvier 2022, à la suite d'un transfert d'ORP depuis le canton du Valais, M._____ (ci-après : l'assuré ou le recourant), né en [...], s'est inscrit en tant que demandeur d'emploi, à 100 %, auprès de l'Office régional de placement (ci-après : l'ORP) d'[...], revendiquant des indemnités de chômage à partir de cette date, étant au bénéfice d'un troisième délai-cadre d'indemnisation à compter du 3 janvier 2022.

Selon son curriculum vitae, titulaire d'un certificat de capacité (CFC) en mécanique générale, l'assuré justifiait par ailleurs d'une longue expérience professionnelle dans le domaine de la maintenance technique.

Dans le procès-verbal d'un entretien de conseil du 3 mai 2022 à l'ORP, il était notamment indiqué que le demandeur d'emploi « dès début mai va cumuler 4 GI [gains intermédiaires] va probablement être en GI sup. en tout cas jusqu'au 31.07 et CDD [contrat de durée déterminée] avec GI important risque de se poursuivre après le 31.07 si le cas le dossier sera clôturer à voir ».

Dans le cadre du contrôle de son chômage, l'assuré a en effet accompli divers emplois ou activités en gain intermédiaire dans le domaine des services et de l'entretien (A._____ SA, Z._____ SA, J._____ Sàrl et D._____ SA).

Par courrier du 28 juin 2022, la Direction de l'autorité cantonale de l'emploi (ci-après : la DIACE) a informé l'assuré qu'elle était amenée à examiner son aptitude au placement en raison de l'exercice d'une activité indépendante auprès de la société B._____ Elle lui a transmis une liste de questions.

L'intéressé y a répondu par courrier des 11 et 19 juillet 2022, indiquant qu'il travaillait les vendredi et samedi dans son activité indépendante avec pour optique de se créer ainsi un « 3^{ème} pilier actif ». A la question de savoir s'il était prêt à renoncer à son activité

indépendante pour la reprise d'une activité salariée ou pour suivre une mesure octroyée par l'ORP, l'assuré a répondu qu'il ne renoncerait à rien tant qu'il n'aurait pas une caisse de pension lui permettant de vivre correctement à la retraite. A la question de savoir s'il avait l'intention, à court terme, d'augmenter ou de diminuer son activité indépendante, l'intéressé a indiqué qu'il saisissait les opportunités qui se présentaient.

Par décision du 22 juillet 2022, la DIACE a déclaré l'assuré apte au placement pour une disponibilité de 80 % à compter du 28 juin 2022 en raison d'une activité indépendante à caractère durable.

Le 11 août 2022, l'assuré a fait part de son mécontentement auprès de sa conseillère en placement à l'ORP, indiquant qu'il parvenait à cumuler un poste à 100 % avec son activité indépendante qu'il pouvait gérer librement, précisant qu'il exerçait déjà cette activité indépendante alors qu'il était inscrit en Valais et qu'il n'avait jamais fait l'objet d'un examen de l'aptitude au placement pour ce motif.

Par acte du 12 août 2022, l'assuré s'est opposé à la décision précitée, plaidant pour la reconnaissance d'une aptitude au placement au taux de 95 %.

Selon le procès-verbal d'un entretien de conseil du 5 octobre 2022, l'assuré avait remis sa lettre de congé reçue de la société J. _____ Sàrl avec effet au 31 octobre 2022. Il avait trouvé un autre gain intermédiaire jusqu'au mois de décembre 2022 au service de l'entreprise K. _____ Sàrl.

Par courrier adressé à la DIACE le 10 octobre 2022, I. _____ Caisse de chômage l'a invitée à examiner si l'activité indépendante déployée par l'assuré ne dépassait pas le taux de 20 % compte tenu de diverses factures remises par celui-ci pour des activités indépendantes.

Le 18 octobre 2022, la DIACE a informé l'assuré que, selon les informations transmises par sa caisse de chômage, le taux consacré à son

activité indépendante avait changé. Elle l'invitait dès lors à répondre à une liste de nouvelles questions sur son aptitude au placement.

L'intéressé y a répondu par courrier du 20 octobre 2022. Il a indiqué présenter une disponibilité totale à l'emploi. Il a précisé qu'il ne consacrait pas de jour ni de demi-journée précis à son activité indépendante, à laquelle il n'entendait pas renoncer. Il a ajouté qu'il occupait ses journées au maximum en utilisant son temps libre. Il avait pour objectif de travailler un maximum.

Par décision sur opposition du 14 novembre 2022, la Direction générale de l'emploi et du marché du travail (ci-après : la DGEM ou l'intimée) a confirmé sa décision d'aptitude au placement au taux de 80 % à compter du 28 juin 2022. Elle a retenu que l'assuré exerçait depuis plusieurs années une activité indépendante sur la base d'un contrat de travail du 15 décembre 2017 avec la société B._____. Cette activité consistait, selon le contrat, à procéder à des visites régulières, au moins une fois par mois, des magasins X._____ à [...], [...] et [...] et au moins deux fois par mois (une fois par quinzaine) des magasins E._____ à [...] et [...]. Ses tâches consistaient à ranger la marchandise livrée par l'employeur, contrôler et estimer la nouvelle marchandise à disposer, mettre en place une proposition de commande pour le marché, vérifier la qualité de tous les emballages et, si nécessaire, réparer les emballages défectueux, avoir des conversations avec les employés au rayon et, le cas échéant, réceptionner les réclamations. S'ajoutait à son activité au service de l'entreprise B._____, l'entretien de tombes et de jardins ainsi que la fabrication de fagots de bois. Dans ces conditions, il était guère réaliste de retenir que l'assuré consacrait 5 % au maximum de son temps à l'exercice de son activité indépendante, mais plutôt une journée par semaine, soit 20 % tel que retenu par la décision contestée sur la base des premières déclarations de l'intéressé. Elle a également mis en garde l'assuré quant à une disponibilité éparse, à savoir qu'il devait se tenir à un horaire prévisible pour être disponible sur le marché de l'emploi. Enfin, elle a confirmé le *dies a quo* au 28 juin 2022, correspondant à la date de l'examen de son aptitude au placement en raison de l'exercice d'une activité indépendante à caractère durable.

B. Par acte du 22 novembre 2022 (timbre postal), M. _____ a recouru auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal à l'encontre de la décision sur opposition précitée, concluant à son annulation. En substance, il a confirmé son aptitude au placement pour une disponibilité au taux de 95 % à côté de l'exercice de son activité indépendante auprès de la société B. _____ à raison d'une quarantaine d'heures par année, expliquant en ce sens être « la personne qui doit vérifier la bonne présentation dans 5 lieux en suisse 8 à 10 fois par année pendant environ 1 heure par visite », répétant que cette activité se rapportait à son mode particulier de rechercher un maximum de travail afin de compléter sa retraite modeste, s'estimant légitimé dans sa singularité et une gestion de son temps pour faire au mieux.

Dans sa réponse du 20 janvier 2023, l'intimée a conclu au rejet du recours et renvoyé aux considérants de la décision sur opposition litigieuse.

Le 8 février 2023, en réplique, indiquant qu'il maintenait fermement sa position, le recourant a fourni une explication de ses divers champs d'activités complémentaires pour s'assurer une « saine retraite » en déplorant un manque de communication et de reconnaissance des organes de l'assurance-chômage envers sa situation économique délicate.

Dans sa duplique du 3 mars 2023, l'intimée a derechef conclu au maintien de la décision sur opposition querellée et au rejet du recours.

A l'appui d'ultimes déterminations du 19 avril 2013, indiquant persister dans ses précédentes conclusions, le recourant a produit une lettre du 16 mars 2023 de la société B. _____ mettant fin à certaines de ses activités pour les filiales X. _____ et E. _____ avec effet au 1^{er} juillet 2023.

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 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]), 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. Le litige a pour objet la question de l'aptitude au placement de l'assuré au regard d'une activité indépendante exercée à temps partiel.

3. a) L'assuré a droit à l'indemnité de chômage si, entre autres conditions, 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 un élément objectif et un élément subjectif : la capacité de travail d'une part, c'est-à-dire la faculté d'exercer une activité lucrative salariée sans que la personne assurée en soit empêchée 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 la personne assurée peut consacrer à un emploi et quant au nombre des employeurs potentiels (ATF 146 V 210 consid. 3.1 ; 123 V 214 consid. 3 et les références).

b) aa) Les chômeurs qui envisagent d'exercer ou exercent une activité indépendante ont une disponibilité qui, suivant les cas, peut être trop restreinte pour être compatible avec l'exigence de l'aptitude au placement. L'indisponibilité peut résulter de l'importance des préparatifs, de l'ampleur de l'activité indépendante, des horaires où celle-ci est exercée, de la durée des engagements pris ou de la volonté, de la part de l'assuré, de privilégier son activité indépendante au détriment d'un emploi salarié. Indépendamment de la question de la disponibilité au placement, l'assurance-chômage n'a pas vocation à couvrir le risque d'entreprise des personnes ayant résolument choisi de se tourner à moyen ou long terme vers l'indépendance et d'abandonner le statut de salarié (BORIS RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Genève/Zurich/Bâle 2014, n. 40 *ad art.* 15 LACI ; TF 8C_853/2009 du 5 août 2010 consid. 3.5).

Selon la jurisprudence, 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 ; TF 8C_169/2014 du 2 mars 2015 consid. 3.2 ; TF 8C_342/2010 du 13 avril 2011 consid. 3.2). Il faut tenir compte des circonstances du cas concret, notamment du point de savoir si l'exercice d'une activité à titre indépendant a des conséquences sur la disponibilité de l'assuré et, le cas échéant, dans quelle mesure (ATF 112 V 136 consid. 3b ; BORIS RUBIN, *op. cit.*, n. 42 *ad art.* 15 LACI).

En cas d'activités lucratives indépendantes, différents cas de figure doivent être distingués, soit celui de l'activité indépendante envisagée d'emblée, du soutien aux assurés qui entreprennent une activité indépendante, de l'activité indépendante temporaire et de

l'activité indépendante durable, seul ce dernier cas étant relevant en l'occurrence (BORIS RUBIN, *op. cit.*, n. 43 *ad art.* 15 LACI).

bb) S'agissant de l'exercice d'une activité indépendante durable, 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 (BORIS RUBIN, *op. cit.*, n. 48 *ad art.* 15 LACI ; voir également TF 9C_577/2019 du 13 octobre 2020 consid. 4.2 et les références). L'aptitude au placement doit par ailleurs être admise avec beaucoup de retenue lorsque, en raison de l'existence d'autres obligations ou de circonstances personnelles particulières, la personne assurée désire seulement exercer une activité lucrative à des heures déterminées de la journée ou de la semaine (TF 8C_82/2022 du 24 août 2022 consid. 4.5 et les références). 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 et les références ; TF 8C_282/2018 du 14 novembre 2018 consid. 4.1).

Autre est le cas de l'assuré qui peut exercer une activité indépendante durable pendant son chômage, mais en dehors de l'horaire de travail normal – soit une activité de peu d'importance – ; il doit alors être considéré comme étant apte au placement (ATF 112 V 136 consid. 3b ; BORIS RUBIN, *Assurance-chômage et service public de l'emploi*, Genève/Zurich/Bâle, 2019, n. 206).

Finalement, dans le cas de l'exercice d'une activité durable à temps partiel empiétant sur les heures habituelles de travail – soit d'une certaine ampleur –, celle-ci ne compromet pas l'aptitude au placement si elle n'empêche pas la prise d'une activité salariée à titre principal. En principe, l'assuré devra avoir la possibilité et la volonté d'adapter ses horaires de son activité indépendante à ceux de l'emploi convenable éventuel. L'emploi doit être sa priorité. Par contre, cette situation influencera l'étendue de la perte de travail à prendre en considération

(BORIS RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, n. 48 *ad art.* 15 LACI ; BORIS RUBIN, Assurance-chômage et service public de l'emploi, n. 206).

A ce sujet le Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) rappelle également que l'exercice d'une activité indépendante à caractère durable n'exclut pas forcément l'aptitude au placement et, par conséquent, le droit à l'indemnité de chômage. L'ORP vérifiera dans quelle mesure cette activité réduit la perte de travail à prendre en considération. Il n'importe pas de savoir en l'occurrence si l'assuré exerçait ladite activité indépendante avant son entrée au chômage ou s'il l'a démarrée ou étendue par la suite. L'ORP indique à la caisse la perte de travail à prendre en considération. Si l'assuré, durant son dernier rapport de travail, travaillait toute la journée et qu'il se consacre maintenant pendant une partie de ce temps à une activité indépendante à caractère durable, sa perte de travail est réduite proportionnellement à son activité indépendante. Le défaut de perte de travail ne peut être compensé par des travaux occasionnels en dehors de l'horaire habituel de l'assuré (Bulletin LACI IC ch. B238). De surcroît, un assuré doit fixer l'ampleur et l'horaire de l'activité indépendante à caractère durable qu'il veut exercer afin que sa perte de travail à prendre en compte puisse être déterminée. Sa disponibilité devra être consignée par l'ORP dans un procès-verbal. Les assurés ne sont pas réputés aptes à être placés si, d'une part, ils persistent à vouloir exercer une activité indépendante et, d'autre part, ils ne veulent pas fixer les heures pendant lesquelles ils sont disponibles (Bulletin LACI IC ch. B241).

4. En présence de deux versions différentes et contradictoires d'un état de fait, la préférence doit être accordée en général à celle que la personne assurée a donnée alors qu'elle en ignorait peut-être les conséquences juridiques (règle dite des « premières déclarations »), les explications nouvelles pouvant être consciemment ou non le fruit de réflexions ultérieures (ATF 142 V 590 consid. 5.2 ; 121 V 45 consid. 2a ; TF 8C_238/2018 du 22 octobre 2018 consid. 6).

5. a) En l'espèce, il est admis que le recourant exerce en gain intermédiaire plusieurs activités salariées, ainsi qu'une activité indépendante complémentaire pour laquelle il est inscrit à la Caisse de compensation, raison pour laquelle la question de l'examen de son aptitude au placement a été à juste titre soulevée et instruite.

Les réponses apportées par l'assuré, bien qu'elles ne soient pas toujours aisément compréhensibles, laissent apparaître une solide motivation de travailler un maximum, afin de s'assurer une retraite digne, singulièrement que l'activité indépendante est exercée pour mettre fin au chômage, ce qui n'exclut donc pas de bénéficier par ailleurs des prestations de l'assurance-chômage.

Cette activité indépendante est exercée de manière irrégulière ou sporadique, selon la demande et les disponibilités de l'emploi du temps de l'assuré, mais auxquelles il a estimé pouvoir déclarer s'y consacrer les vendredi et samedi.

En présence d'une activité fluctuante et difficilement vérifiable, l'autorité intimée était autorisée à avoir recours à un certain schématisme, respectivement à s'en tenir aux premières déclarations de l'assuré, en réponse à un questionnaire officiel, clair et précis.

A partir du moment où l'assuré a fixé une journée de la semaine (le vendredi) destinée à son activité indépendante, il doit s'y tenir. Il ne peut pas continuer à s'y consacrer selon son bon vouloir durant son temps libre comme il l'a affirmé dans ses réponses du 20 octobre 2022, et c'est en vain qu'il tente de minimiser, dans ses déclarations subséquentes, l'emprise temporelle de l'activité indépendante sur les jours de la semaine. On observe à cet égard que l'intimée aurait pu se montrer plus sévère, en présence d'une activité et d'un emploi du temps difficilement vérifiables (cf. consid. 3b/bb supra). Enfin quant à l'ampleur de l'activité, le cahier des charges et les tâches ou travaux à effectuer (en magasin notamment) paraissent compatibles avec les jours initialement annoncés, soit un jour de la semaine ainsi que le samedi.

b) Le fait que l'activité indépendante exercée au service de l'entreprise B. _____ ait été restreinte ou a pris fin est sans incidence sur le litige, puisque cette modification est postérieure au 1^{er} juillet 2023, date déterminante à laquelle la décision sur opposition du 14 novembre 2022 a été rendue. En effet, l'aptitude au placement est évaluée de manière prospective d'après l'état de fait existant au moment où la décision sur opposition a été rendue (ATF 143 V 168 consid. 2 et les références). Il reviendra le cas échéant à l'autorité de décision d'apprécier le statut de l'assuré au regard de cette modification de l'état de fait postérieure à la période litigieuse.

c) Enfin, c'est à bon droit que l'intimée a confirmé que l'aptitude au placement pour une disponibilité au taux de 80 % ne prenait effet qu'à partir du moment où l'assuré avait été rendu attentif au fait que son activité indépendante pouvait avoir une influence sur son aptitude au placement, soit à compter du 28 juin 2022, date à laquelle l'examen de son aptitude au placement avait été initié.

d) Ainsi, l'aptitude au placement pour une disponibilité de 80 % en raison d'une activité indépendante à caractère durable, telle que retenue à compter du 28 juin 2022 et pour la période s'étendant jusqu'au prononcé litigieux, échappe au grief de l'arbitraire et peut être confirmée.

6. a) En définitive, il convient de rejeter le recours et de confirmer la décision sur opposition du 14 novembre 2022.

b) Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires (art. 61 let. ^{fbis} LPGA), ni d'allouer de dépens au recourant, qui n'obtient pas gain de cause et a procédé sans mandataire qualifié (art. 61 let. g LPGA ; ATF 127 V 205 consid. 4b).

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

- I.** Le recours est rejeté.

- II.** La décision sur opposition rendue le 14 novembre 2022 par la Direction générale de l'emploi et du marché du travail est confirmée.

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

Le président :

Le greffier :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à :

- M. _____,
- Direction générale de l'emploi et du marché du travail,
- Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO),

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).

Le greffier :