

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1576/2024

ATAS/161/2025

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 27 février 2025

Chambre 3

En la cause

A_____

recourant

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHÔMAGE

intimée

**Siégeant : Karine STECK, Présidente ; Michael BIOT et Claudiane CORTHAY, Juges
assesseurs**

EN FAIT

- A.**
- a.** Monsieur A_____ (ci-après : l'assuré), né en 1990, a travaillé en tant que ferrailleur du 1^{er} juin 2021 au 30 mars 2022 pour B_____ et a ensuite été engagé, par contrat du 31 mars 2022, par C_____, (ci-après : l'employeuse) pour un emploi similaire dès le 1^{er} avril 2022.
 - b.** C_____ est une entreprise active dans les domaines de la construction, inscrite au registre du commerce en 2020, dont l'associé-gérant est le père de l'assuré, avec signature individuelle. Elle est sise à la même adresse que celle de son associé-gérant, où est également domicilié l'assuré.
 - c.** Par courrier du 31 mars 2023, l'employeuse a résilié le contrat de travail de l'assuré pour la fin du mois d'avril 2023, pour des raisons économiques. Elle a fait de même le 31 août 2023 pour la fin du mois de septembre 2023.
 - d.** Par jugement du Tribunal de première instance du 31 janvier 2025, C_____ a été dissoute par suite de faillite.
- B.**
- a.** L'assuré s'est annoncé à l'office cantonal de l'emploi (ci-après : OCE) le 20 septembre 2023 en indiquant rechercher un emploi à plein temps dès le 1^{er} octobre 2023. Dans sa demande d'indemnité de chômage adressée à la caisse cantonale de chômage (ci-après : la caisse), il mentionnait avoir travaillé en tant que ferrailleur du 1^{er} juin 2021 au 30 mars 2022 pour B_____, puis, du 1^{er} avril 2022 au 30 septembre 2023, pour C_____, et avoir été licencié pour des raisons économiques.
 - b.** Dans une attestation remplie le 10 octobre 2023 par l'employeuse, celle-ci a indiqué que le rapport de travail avec l'assuré s'était étendu du 1^{er} avril au 30 septembre 2023. Elle a par ailleurs remis plusieurs documents, dont les fiches de salaire de l'assuré de septembre 2022 à septembre 2023.
 - c.** Le 6 novembre 2023, l'assuré a attiré l'attention de la caisse sur le fait que l'attestation de l'employeuse comportait une erreur, en ce sens que le rapport de travail avait en réalité débuté le 1^{er} avril 2022. À la demande de la caisse, il lui a aussi remis des extraits de son compte bancaire attestant du versement de son salaire par l'employeuse, faisant état de montants différents de ceux ressortant des fiches de salaire.
 - d.** Constatant le manque de cohérence entre les extraits bancaires et les fiches de salaire, la caisse a sollicité plusieurs documents complémentaires, dont une attestation établie par une fiduciaire mentionnant les salaires versés mensuellement par l'employeuse d'avril 2022 à septembre 2023. D'autres justificatifs lui ont été remis, dont des extraits du compte commercial de l'employeuse. La fiduciaire a quant à elle indiqué qu'elle ne pouvait attester des salaires versés, renvoyant sur ce point à l'employé et à l'employeur.

e. Par décision du 8 janvier 2024, la caisse a refusé de verser l'indemnité de chômage, l'assuré n'ayant pu démontrer avoir reçu des salaires pour l'activité déclarée auprès de l'employeuse et le gain assuré ne pouvant être déterminé ; dans de telles conditions, l'emploi ne pouvait être pris en considération comme période de cotisation.

f. Par courrier non daté, reçu le 7 février 2024 par la caisse, l'assuré a contesté cette décision. Il a allégué avoir fait l'objet d'une saisie sur salaire de la part de l'office des poursuites jusqu'en novembre 2022. Selon lui, plusieurs erreurs de comptabilité avaient été commises par l'employeuse, dont son père était associé-gérant et titulaire de l'ensemble des parts. Les documents qu'il avait remis permettaient cependant d'attester qu'il avait exercé une activité lucrative en faveur de l'employeuse et de fixer le gain assuré. À l'appui de son opposition, l'assuré produisait notamment produit une liste des transactions financières passées avec l'employeuse, signée par l'associé-gérant et lui-même, aboutissant à la conclusion qu'il avait perçu CHF 8'598.10 en trop qu'il devait rembourser à l'employeuse, ainsi qu'un avis d'exécution de saisie de l'office des poursuites.

g. Dans le cadre du traitement de l'opposition, la caisse a obtenu plusieurs renseignements supplémentaires concernant les montants saisis par l'office des poursuites, le relevé intégral du compte bancaire de l'assuré pour la période du 1^{er} avril 2022 au 31 octobre 2023, les fiches de salaire d'avril à août 2022 et l'extrait du compte individuel AVS de l'assuré.

h. Par décision du 5 avril 2024, la caisse a rejeté l'opposition. L'assuré, n'avait pu démontrer la réalité des salaires versés, la fiduciaire n'ayant pas été en mesure de fournir l'attestation demandée. Dès lors, il ne pouvait justifier ni d'une période de cotisation de douze mois, ni d'une période de libération de plus de douze mois durant les deux ans précédant son inscription, de sorte que la décision de refus du versement de l'indemnité de chômage était justifiée.

C. a. Par acte du 1^{er} mai 2024, non signé mais régularisé dans le délai imparti, l'assuré a interjeté recours auprès de la Cour de céans.

Il explique que la décision de lui nier le droit à l'indemnité de chômage, le plonge dans la précarité.

Il allègue avoir pourtant produit tous les documents qui lui étaient réclamés, à l'exception de l'attestation d'un comptable ou d'une fiduciaire. Selon lui, les extraits bancaires de l'employeuse et les siens démontrent toutes les transactions réalisées, 33 au total ; son salaire a été intégralement encaissé par ce biais. Il explique que les virements qu'il a effectués en faveur de l'employeuse concernaient le paiement du loyer et les honoraires d'une avocate de l'associé-gérant. Ils se retrouvent dans la liste établie par l'employeuse, dans les relevés bancaires de celle-ci et les siens.

Il affirme avoir bel et bien travaillé durant ces deux dernières années en tant que chef d'équipe sur plusieurs chantiers pour deux entreprises, ce dont peuvent témoigner les contremaîtres, et avoir reçu son salaire, comme tout employé.

C'est au gérant qu'il faut demander pour quelle raison le salaire versé ne correspond pas exactement à celui mentionné sur les fiches de salaires. À cet égard, il souligne que l'office des poursuites a modifié le montant initial de la saisie et a aussi commis des erreurs.

À l'appui de son écriture, le recourant produit une transaction de compte démontrant le remboursement, par l'office des poursuites, de CHF 2'110.- en sa faveur, en juillet 2023, et un avis de nouvelle saisie du 30 janvier 2024.

b. Invitée à se déterminer, l'intimée, dans sa réponse du 20 juin 2024, a conclu au rejet du recours.

Si, après vérifications, le calcul du gain assuré sur une période de douze mois peut s'effectuer, avec des réserves s'agissant de son montant et une possible réduction en fonction des sommes justifiées, il n'en demeure pas moins que le recourant occupe une position dirigeante dans la société. Il est en effet le fils du seul associé-gérant, lequel est domicilié depuis le 1^{er} août 2013 à Martigny ; le siège de l'employeuse est au domicile du recourant à Genève. Celui-ci paye le loyer depuis son compte bancaire au nom de la société. Qui plus est, il a été engagé, puis licencié, puis réengagé à nouveau entre 2020 et 2023, ce qui démontre qu'il pouvait aisément influencer son réengagement. Plusieurs transactions réciproques entre le compte personnel du recourant et celui de l'employeuse montrent que la relation de travail n'est pas ordinaire. Cet état de fait exclue le droit aux indemnités de chômage, le recourant pouvant influencer l'étendue de l'indemnisation et le moment de la survenance du risque assuré. Une exclusion s'impose dès lors qu'un risque ou une possibilité d'abus ou de contournement de la loi existe.

c. La Cour de céans a procédé à l'audition des parties le 16 janvier 2025.

Le recourant a déclaré avoir été employé de la société avec trois ou quatre autres salariés. Son père est revenu à Genève il y a environ un an. Le recourant partage depuis lors l'appartement avec ses parents et sa petite sœur. Un coin de celui-ci servait de bureau à la société. Il ne s'est jamais occupé de l'administratif, sauf lorsque son père lui a demandé de l'aider ou de lui montrer comment faire. Il ne décidait ni des montants versés, ni du moment de leur versement. Son père ne savait pas gérer le côté administratif et les avait tous mis dans le pétrin, étant lui-même aux poursuites.

La charge de travail fluctue dans le domaine de la construction. Il était donc arrivé que son père lui verse deux ou trois mois de salaire en une seule fois, parfois à l'avance, pour lui permettre de payer ses factures.

S'agissant de la fiduciaire, il ignore pour quelle raison elle n'a pas établi le document réclamé par l'intimée, mais suggère que c'est peut-être parce qu'elle est intervenue postérieurement.

Le recourant admet avoir effectivement payé le loyer de la société et certains salaires à l'office des poursuites, par le biais de son propre compte. Il allègue qu'il s'agissait simplement d'aider son père – qui ne savait pas gérer ses affaires - et de s'assurer que tout ce qui devait être payé l'était. Il est possible qu'il ait disposé de la signature sur le compte de la société, ne serait-ce que pour aider son père et effectuer en son nom des paiements (salaires des employés ou loyers de la société).

Sans salaire depuis une année, il se retrouve à l'aide sociale.

À l'issue de l'audience, l'intimée a persisté dans ses conclusions et la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1.

1.1 Conformément à l'art. 134 al. 1 let. a ch. 8 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05), la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice connaît, en instance unique, des contestations prévues à l'art. 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales, du 6 octobre 2000 (LPGA - RS 830.1) relatives à la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, du 25 juin 1982 (loi sur l'assurance-chômage, LACI - RS 837.0).

Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

1.2 Interjeté en temps utile, le recours est recevable (art. 60 al. 1 LPGA).

2.

Le litige porte sur le droit du recourant à l'indemnité de chômage, singulièrement sur le point de savoir s'il a exercé durant douze mois au moins une activité salariée soumise à cotisation dans les limites du délai-cadre de cotisation couvrant la période du 2 octobre 2021 au 1^{er} octobre 2023, subsidiairement sur la question de savoir s'il occupait une position assimilable à celle d'un employeur au sein de sa dernière employeuse.

3.

3.1 Selon la loi, pour avoir droit à l'indemnité de chômage, l'assuré doit, entre autres conditions, remplir celle relative à la période de cotisation ou en être libéré (art. 8 al. 1 let. e LACI).

Aux termes de l'art. 9 LACI, des délais-cadres de deux ans s'appliquent aux périodes d'indemnisation et de cotisation, sauf disposition contraire de la LACI (al. 1). Le délai-cadre applicable à la période de l'indemnisation commence à

courir le premier jour où toutes les conditions dont dépend le droit à l'indemnité sont réunies (al. 2). Le délai-cadre applicable à la période de cotisation commence à courir deux ans plus tôt (al. 3).

Selon l'art. 13 al. 1 LACI, celui qui, dans les limites du délai-cadre prévu à cet effet (art. 9 al. 3), a exercé durant douze mois au moins une activité soumise à cotisation remplit les conditions relatives à la période de cotisation.

3.2 En vue de prévenir les abus qui pourraient advenir en cas d'accord fictif entre l'employeur et un travailleur au sujet du salaire que le premier s'engage contractuellement à verser au second, surtout lorsque l'employeur et le travailleur ne sont qu'une seule et même personne, la jurisprudence a indiqué que la réalisation des conditions relatives à la période de cotisation (art. 8 al. 1 let. e et art. 13 LACI) présupposait qu'un salaire ait été réellement versé au travailleur (DTA 2001 p. 225 consid. 4c ; arrêt du Tribunal fédéral C 174/05 du 26 juillet 2006 consid. 1.2).

Dans un arrêt (ATF 131 V 444), le Tribunal fédéral a précisé cette jurisprudence en indiquant qu'en ce qui concerne la période de cotisation, la seule condition du droit à l'indemnité de chômage est, en principe, que l'assuré ait exercé une activité soumise à cotisation pendant la période minimale de cotisation. La jurisprudence exposée au DTA 2001 p. 225 (et les arrêts postérieurs) ne doit pas être comprise en ce sens qu'un salaire doit en outre avoir été effectivement versé ; en revanche, la preuve qu'un salaire a bel et bien été payé est un indice important en ce qui concerne la preuve de l'exercice effectif de l'activité salariée (ATF 131 V 444 consid. 3 ; 133 V 515 consid. 2.2).

L'exercice d'une activité salariée pendant douze mois au moins est donc une condition à part entière pour la réalisation de la période de cotisation, tandis que le versement d'un salaire effectif n'est pas forcément exigé, mais permet au besoin de rapporter la preuve de cette activité (ATF 133 V 515 consid. 2.3).

Il n'existe pas de prescription de forme pour le paiement du salaire. Celui-ci est habituellement soit acquitté en espèces, soit versé sur un compte bancaire ou postal, dont le titulaire n'est pas nécessairement l'employé (ATF 131 V 444 consid. 3.3, 2^e paragraphe). Le défaut de preuve quant au salaire exact doit cependant être pris en considération dans le calcul du gain assuré déterminant (arrêt du Tribunal fédéral C 183/06 du 16 juillet 2007 consid. 4.4 et la référence).

Le fait que le salaire n'est pas déterminable ne suffit pas à conclure à l'absence d'une activité salariée soumise à cotisation et c'est uniquement lorsque l'assuré a explicitement renoncé à percevoir une rémunération pour le travail effectué – par exemple dans le but de sauver son entreprise – que l'existence d'une telle activité sera niée en raison de l'absence d'un salaire. Un risque de délivrance d'une attestation de salaire de complaisance existe en effet lorsqu'un assuré a été au service d'une entité dans laquelle il occupait une position assimilable à celle d'un employeur (gérant, directeur, actionnaire important, titulaire d'une raison

individuelle), raison pour laquelle une telle attestation doit alors être vérifiée de manière stricte (arrêt 8C_466/2018 du 13 août 2019 consid. 6.3 et les références). Dans certains cas où le risque d'abus est important, à savoir dans des situations de proximité avec l'employeur, la preuve du versement effectif d'un salaire devient pratiquement une condition du droit à part entière car, en l'absence de celui-ci ou en cas de déclarations mal documentées, peu crédibles voire contradictoires, le droit à l'indemnité de chômage peut être nié (Boris RUBIN, Assurance-chômage et service public de l'emploi, 2019, n. 142).

3.3 Selon le chiffre B144 de la directive LACI IC (bulletin LACI IC) établie par le Secrétariat d'État à l'économie (ci-après : SECO), s'agissant de la période de cotisation, non seulement l'assuré doit avoir exercé une activité soumise à cotisation, mais il faut encore que le salaire convenu lui ait effectivement été versé. Si la perception effective d'un salaire ne constitue pas en soi une condition du droit à l'indemnité, elle n'en est pas moins déterminante pour reconnaître l'existence d'une activité soumise à cotisation.

Le chiffre B145 de cette directive mentionne que pour les personnes qui, avant leur chômage, n'avaient pas une position comparable à celle d'un employeur, l'attestation de l'employeur ainsi que les décomptes de salaire suffisent en règle générale à prouver la perception effective du salaire et, par conséquent, l'existence d'une activité soumise à cotisation. Le fait que l'employeur ait ou non viré les cotisations destinées aux assurances sociales à la caisse de compensation est en revanche indifférent. Si la caisse a toutefois des doutes quant à l'exactitude de l'attestation établie par l'employeur ou quant à l'existence même d'un rapport de travail, elle doit alors exiger des éléments de preuve complémentaires. Il peut y avoir notamment un doute fondé en présence de rapports de travail entre proches parents.

Selon le chiffre B148, s'agissant des personnes qui occupent une position comparable à celle d'un employeur, lorsque le salaire a été perçu en espèces, une déclaration d'impôt accompagnée de certificats de salaire obtenus auprès de l'administration fiscale, des quittances de salaire ou extraits de livre de compte fournis par une fiduciaire corroborés par un extrait de compte individuel AVS peuvent être acceptés à titre de preuve du versement du salaire. Si les montants figurant sur les documents divergent, le plus petit est déterminant pour le gain assuré. Il n'est pas exclu que l'assuré arrive à démontrer par d'autres moyens de preuve la perception effective de son salaire. La perception du salaire ne peut pas être prouvée au seul moyen d'un décompte de salaire, d'une quittance de salaire, d'un contrat de travail, d'une confirmation de licenciement ou d'une production dans une faillite. Ces documents ne sont que de simples allégués de partie dont le contenu ne peut être vérifié que par les explications de l'assuré lui-même.

3.4 Les directives administratives s'adressent aux organes d'exécution. Elles ne créent pas de nouvelles règles de droit, mais sont destinées à assurer l'application uniforme des prescriptions légales, en visant à unifier, voire à codifier la pratique

des organes d'exécution. Elles ont notamment pour but d'établir des critères généraux d'après lesquels sera tranché chaque cas d'espèce et cela aussi bien dans l'intérêt de la praticabilité que pour assurer une égalité de traitement des ayants droit. Le juge peut les prendre en considération lorsqu'elles permettent une application correcte des dispositions légales dans un cas d'espèce. Il doit en revanche s'en écarter lorsqu'elles établissent des normes qui ne sont pas conformes aux règles légales applicables (arrêt du Tribunal fédéral 8C_73/2022 du 26 janvier 2023 consid. 4.3.2 et les références).

La Cour de céans a déjà eu l'occasion de dire qu'en exigeant qu'un salaire soit effectivement versé à l'assuré et en y subordonnant la reconnaissance de l'exercice d'une activité soumise à cotisation, la circulaire du SECO relative à l'indemnité de chômage (les chiffres B144 à B148 de cette circulaire ont été repris aux chiffres B144 à B148 de la directive LACI IC) prévoit une condition qui ne figure pas dans la loi et dont le Tribunal fédéral a à plusieurs reprises rappelé qu'elle n'était pas essentielle pour ouvrir le droit à des indemnités de chômage (ATAS/623/20210 du 31 mai 2010 ; ATAS/1293/2014 du 16 décembre 2014 consid. 8 ; ATAS/916/2023 du 23 novembre 2023 consid. 7.3).

4.

4.1 Aux termes de l'art. 31 al. 3 LACI, n'ont pas droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail les travailleurs dont la réduction de l'horaire de travail ne peut être déterminée ou dont l'horaire de travail n'est pas suffisamment contrôlable (let. a), le conjoint de l'employeur, occupé dans l'entreprise de celui-ci (let. b) et les personnes qui fixent les décisions que prend l'employeur – ou peuvent les influencer considérablement – en qualité d'associé, de membre d'un organe dirigeant de l'entreprise ou encore de détenteur d'une participation financière à l'entreprise ; il en va de même des conjoints de ces personnes, qui sont occupés dans l'entreprise (let. c).

Le Tribunal fédéral a jugé que les exclusions de l'art. 31 al. 3 LACI s'appliquent par analogie à l'octroi de l'indemnité de chômage (ATF 123 V 234 consid. 7b). Un travailleur qui jouit d'une situation professionnelle comparable à celle d'un employeur n'a pas droit à l'indemnité de chômage lorsque, bien que licencié formellement par une entreprise, il continue de fixer les décisions de l'employeur ou à influencer celles-ci de manière déterminante. Le Tribunal fédéral a identifié un risque de contournement de la clause d'exclusion de l'art. 31 al. 3 let. c LACI lorsque dans un contexte économique difficile, ces personnes procèdent à leur propre licenciement et revendiquent l'indemnité de chômage tout en conservant leurs liens avec l'entreprise. Dans une telle configuration, en effet, il est toujours possible pour elles de se faire réengager dans l'entreprise ultérieurement et d'en reprendre les activités dans le cadre de son but social. Ce n'est pas l'abus avéré comme tel que la loi et la jurisprudence entendent sanctionner, mais le risque d'abus que représente le versement d'indemnités à un travailleur jouissant d'une situation comparable à celle d'un employeur ; il suffit qu'une continuité des

activités soit possible pour que le droit doive être nié en raison d'un risque de contournement de la loi (arrêt du Tribunal fédéral 8C_384/2020 du 22 décembre 2020 consid. 3.1).

Bien que cette jurisprudence puisse paraître très sévère, il y a lieu de garder à l'esprit que l'assurance-chômage n'a pas vocation à indemniser la perte ou les fluctuations de gain liées à une activité indépendante, mais uniquement la perte de travail, déterminable et contrôlable, du travailleur ayant un simple statut de salarié qui, à la différence de celui occupant une position décisionnelle, n'a pas le pouvoir d'influencer la perte de travail qu'il subit et pour laquelle il demande l'indemnité de chômage (arrêt du Tribunal fédéral 8C_574/2017 du 4 septembre 2018 consid. 5.1).

Lorsque l'administration statue pour la première fois sur le droit à l'indemnité d'un chômeur, elle émet un pronostic quant à la réalisation des conditions prévues par l'art. 8 LACI. Aussi longtemps qu'une personne occupant une fonction dirigeante maintient des liens avec sa société, non seulement la perte de travail qu'elle subit est incontrôlable, mais la possibilité subsiste qu'elle décide d'en poursuivre le but social. Dans un tel cas de figure, il est donc impossible de déterminer si les conditions légales sont réunies sauf à procéder à un examen *a posteriori* de l'ensemble de la situation de l'intéressé, ce qui est contraire au principe selon lequel cet examen a lieu au moment où il est statué sur les droits de l'assuré (arrêt du Tribunal fédéral C 163/04 du 29 août 2005 consid. 2.2 et les références).

4.2 Selon la jurisprudence relative à l'art. 31 al. 3 let. c LACI, il n'est pas admissible de refuser, de façon générale, le droit aux prestations aux employés au seul motif qu'ils peuvent engager l'entreprise par leur signature et qu'ils sont inscrits au registre du commerce. On ne saurait se fonder de façon stricte sur la position formelle de l'organe à considérer, mais il faut bien plutôt établir l'étendue du pouvoir de décision en fonction des circonstances concrètes. C'est donc la notion matérielle de l'organe dirigeant qui est déterminante, car c'est la seule façon de garantir que l'art. 31 al. 3 let. c LACI, qui vise à combattre les abus, remplisse son objectif. En particulier, lorsqu'il s'agit de déterminer quelle est la possibilité effective d'un dirigeant d'influencer le processus de décision de l'entreprise, il convient de prendre en compte les rapports internes existant dans l'entreprise. On établira l'étendue du pouvoir de décision en fonction des circonstances concrètes. La seule exception à ce principe que reconnaît le Tribunal fédéral concerne les membres des conseils d'administration, car ils disposent *ex lege* (art. 716 à 716b de la loi fédérale du 30 mars 1911, complétant le Code civil suisse [CO, Code des obligations - RS 220]), d'un pouvoir déterminant au sens de l'art. 31 al. 3 let. c LACI. Pour les membres du conseil d'administration, le droit aux prestations peut être exclu sans qu'il soit nécessaire de déterminer plus concrètement les responsabilités qu'ils exercent au sein de la société. Dans ce contexte, le seul fait que l'assuré dispose d'une participation au capital social de l'entreprise qui l'employait ne suffit pas, à lui seul, à considérer qu'il se trouve

dans une position assimilable à celle d'un employeur ; d'autre part, la seule démission formelle du conseil d'administration n'exclut pas forcément que l'assuré conserve un statut assimilable à celui d'un employeur au sein de cette société, par exemple en conservant une participation importante au capital social. Le critère déterminant est celui de la capacité de l'assuré à influencer concrètement et de manière importante les décisions de la société (arrêts du Tribunal fédéral 8C_1044/2008 du 13 février 2009 consid. 3.2.1 et les références ; 8C_230/2024 du 21 octobre 2024 consid. 4.2 et les références). Il n'est pas nécessaire de pouvoir prendre seul des décisions pour se trouver dans une position assimilable à celle d'un employeur. Il suffit de disposer d'une influence considérable sur ces décisions (arrêt du Tribunal fédéral 8C_748/2022 du 21 août 2023 consid. 5.3 et les références).

Le Tribunal fédéral a en outre jugé que le fait qu'un assuré était, avec son père et ses deux frères, membre fondateur de la société pour laquelle il avait travaillé depuis sa création et disposait d'actions dans celle-ci (8 actions sur 50), sans toutefois faire partie du conseil d'administration, ni avoir eu le pouvoir d'engager la société par sa signature ou occupé un poste dans la direction administrative, et qui avait affirmé exercer l'activité de cimentier et déclaré un salaire correspondant à son travail d'ouvrier qualifié, avait droit à l'indemnité de chômage. Le simple fait qu'il était lié par des rapports de parenté aux autres actionnaires de la société et, surtout, à l'administrateur de celle-ci ne suffisait pas à l'assimiler à un employeur. En effet, la loi et la jurisprudence n'excluaient du droit aux prestations que le conjoint occupé dans l'entreprise d'une personne mentionnée à l'art. 31 al. 3 let. c LACI, et non pas d'autres personnes de son cercle familial (arrêt du Tribunal fédéral C 45/04 du 27 janvier 2005 consid. 3.2).

Le fait que seul le conjoint soit mentionné à l'art. 31 al. 3 let. c LACI et que le concubin ne soit, par exemple, pas concerné ne viole pas l'égalité de traitement. Les personnes qui, sans être mariées, ont des liens personnels étroits avec leur employeur, ne sont en effet pas forcément favorisées par rapport à des conjoints puisque, de manière générale, le droit aux prestations doit être nié en présence de procédés ayant pour but de contourner la loi (arrêt du Tribunal fédéral C 193/04 du 7 décembre 2004 *in* DTA 2005 p. 130).

Récemment, le Tribunal fédéral a encore rappelé que les autres parents ne sont pas mentionnés à l'art. 31 al. 3 let. c LACI et a estimé que cette disposition, même par analogie, ne constituait pas une base légale suffisante pour refuser à un assuré le droit à des prestations après sa démission du conseil d'administration, bien que son frère continuait d'être administrateur président de la société, muni de la signature collective à deux, et disposait de ce fait d'une voix prépondérante au sein du conseil d'administration en cas d'égalité des votes. Le fait que l'assuré s'était vu proposer un nouveau poste au sein de la société, qu'il avait refusé compte tenu des responsabilités moins élevées qu'il offrait, n'a pas non plus été jugé déterminant par la Haute Cour, aucun indice, dans l'enchaînement des faits, ne laissant

supposer un contournement des règles posées par l'art. 31 al. 3 let. c LACI. Le cas était en particulier différent de celui traité à l'arrêt 8C_401/2015 du 5 avril 2016, qui concernait un assuré ayant fondé une société dont il était l'unique associé et gérant, au bénéfice de la signature individuelle, et qui, après son licenciement, avait conservé cette qualité, puis avait cédé sa part sociale à sa mère, laquelle était alors devenue l'unique associée et gérante, au bénéfice de la signature individuelle. À la dissolution de la société, la mère de l'assuré avait par ailleurs été nommée liquidatrice. Une autre société ayant un but social quasi-identique avait en outre été inscrite au registre du commerce peu avant la date effective du licenciement de l'assuré et dont sa mère avait été inscrite en qualité d'administratrice unique, toujours au bénéfice de la signature individuelle. Il avait été retenu que l'assuré occupait par le biais de sa mère une position assimilable à celle d'un employeur au sein de la première société jusqu'à la date de sa radiation au registre du commerce et qu'il existait un risque que la mère de l'assuré, en sa qualité d'administratrice unique de la seconde société, engageât son fils et que, partant, ce dernier occupât une position de fait assimilée à celle d'un employeur au sein de cette société lui conférant un pouvoir décisionnel excluant tout droit à l'indemnité de chômage (arrêt du Tribunal fédéral 8C_230/2024 du 21 octobre 2024 consid. 5 et 6.3.3).

Au niveau cantonal, la première chambre du Tribunal administratif des Grisons a jugé que le pouvoir de décision notable au sens de l'art. 31 al. 3 let. c LACI n'était pas donné *ex lege* dans le cas d'un ancien membre du conseil d'administration, bien que ce dernier ait conservé la qualité d'actionnaire (16% des actions) et jouissait toujours du droit de signature individuelle, à défaut de circonstances permettant de retenir un contournement de la loi ou un abus de droit. Les déclarations selon lesquelles celui-ci souhaitait pouvoir, en cas de besoin, aider grâce à son droit de signature, par exemple si le seul membre du conseil d'administration venait à être malade, étaient plausibles et réalistes. Dans le contexte de petites entreprises, il était par ailleurs fréquent que les employés s'efforcent de développer les activités économiques de leur employeur, afin de sécuriser ses liquidités et, par la même occasion, leurs emplois. Le fait que la société soit une entreprise familiale ne permettait pas non plus d'imputer en tant que tel aux personnes concernées la volonté de contourner la loi (arrêt du Tribunal administratif des Grisons du 11 juin 1999 *in* SVR 2000 ALV Nr. 4 p. 9, consid. 3d).

La Cour de céans a par ailleurs estimé qu'il était justifié de refuser le versement de l'indemnité journalière à un assuré inscrit en tant qu'associé-gérant au registre du commerce, détenant la totalité des parts sociales qui, après avoir pris connaissance de la décision lui niant le droit aux indemnités de chômage au vu de sa double qualité d'employeur et d'employé au sein de la société, avait entrepris les démarches nécessaires afin d'être radié du registre du commerce, tandis que son frère, qui ne détenait jusque-là aucune part sociale, ni n'occupait aucune fonction

au sein de l'entreprise, les avait toutes reprises et était devenu l'associé-gérant avec signature individuelle. Dans ces circonstances, il n'était pas exclu que l'assuré continue, par le biais de son frère, à influencer de façon déterminante les décisions de la société, ce qui justifiait de considérer qu'il demeurait dans une position assimilable à celle d'un employeur en dépit de la radiation de ses pouvoirs formels (ATAS/200/2018 du 1^{er} mars 2018 consid. 10b).

4.3 Au niveau des directives édictées par le SECO, selon le ch. B18 de la directive LACI IC, s'agissant des membres d'un organe dirigeant de l'entreprise, à l'exception des membres du conseil d'administration d'une SA ou des gérants d'une Sàrl, il y a lieu de vérifier, sur la base de la structure d'organisation de l'entreprise, de quel pouvoir de décision jouit effectivement la personne concernée. Cette vérification est parfois compliquée, car la frontière entre le niveau supérieur et le niveau inférieur de décision ne peut pas toujours être établie à l'aide de critères formels. On ne pourra déduire d'emblée d'une procuration ou d'autres pouvoirs conférés à une personne que celle-ci occupe une position assimilable à celle d'un employeur dans l'entreprise, car ces documents ne règlent que les responsabilités de l'intéressé envers l'extérieur. De telles délégations de pouvoirs confèrent certes à leur titulaire des compétences semblables sur le plan interne, mais ne permettent pas de conclure, sans se référer au statut ni au contrat de la personne et encore moins aux circonstances inhérentes à l'entreprise, que la personne en question exerce une influence considérable sur les décisions de l'employeur. Cet examen au cas par cas des compétences de décision est également valable pour les gérants d'une SA ou d'une Sàrl du moment qu'ils ne font pas partie du conseil d'administration ou qu'ils ne sont pas associés. En majeure partie, il conviendrait toutefois de procéder à l'exclusion des gérants en raison des nombreux droits et devoirs dont ils sont investis. Ainsi, on ne déduira pas forcément, sans tenir compte des circonstances inhérentes à l'entreprise, qu'un directeur général responsable du domaine administratif et des finances, disposant d'un droit de signature individuelle sans toutefois faire partie du conseil d'administration, exerce une influence considérable sur les décisions de l'employeur. Dans une petite entreprise ayant une organisation moins structurée, cette position peut néanmoins, selon les circonstances, signifier une influence considérable sur les décisions de l'employeur, même si la personne en question ne jouit pas officiellement du droit de signature et n'est pas inscrite au registre du commerce. Mais il faut alors être en mesure de prouver en l'occurrence que l'assuré peut effectivement exercer une influence considérable sur les décisions de l'employeur.

Par ailleurs, selon le ch. B18a de la directive LACI IC, s'il peut être prouvé qu'un membre de la famille exerce, du fait de sa position, une influence considérable sur les décisions de l'entreprise et a de ce fait une position assimilable à celle d'un employeur, il n'a non plus pas droit à l'indemnité de chômage. En référence à un arrêt du Tribunal fédéral (arrêt C 273/01 du 27 août 2003), le SECO indique qu'il

convient de partir du principe qu'une personne assurée travaillant dans l'entreprise de construction de son père y possède une influence significative dès lors qu'elle y a signé différents actes, tels qu'une offre pour des travaux de construction, des ordres de cautionnement bancaires, le licenciement d'un dirigeant, une attestation de l'employeur à la caisse de chômage, ainsi qu'un contrat d'entreprise.

Quant au motif personnel d'exclusion de l'art. 31 al. 3 let. c LACI, aux termes du ch. B24 de la directive LACI IC, il s'applique uniquement aux conjoints et aux personnes en partenariat enregistré et ne peut être étendu à d'autres membres de la famille.

5. Le juge des assurances sociales 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 revêtent une importance significative ou entrent raisonnablement en considération (ATF 144 V 427 consid. 3.2 ; 139 V 176 consid. 5.3 ; 138 V 218 consid. 6). Aussi n'existe-t-il pas, en droit des assurances sociales, un principe selon lequel l'administration ou le juge devrait statuer, dans le doute, en faveur de l'assuré (ATF 126 V 319 consid. 5a).
6. En l'espèce, il convient de se prononcer sur les deux motifs invoqués successivement par l'intimée pour refuser le versement de l'indemnité journalière au recourant. Se posent, d'une part, la question de savoir s'il a exercé durant douze mois au moins une activité salariée soumise à cotisation dans les limites du délai-cadre de cotisation, d'autre part, celle de savoir s'il occupe au sein de l'employeuse une position assimilable à celle d'un employeur.

6.1 La période d'emploi auprès de B_____, bien que non contestée par l'intimée, n'a pas atteint douze mois, de sorte qu'il est nécessaire d'examiner en détail la durée de la relation de travail entre le recourant et sa seconde employeuse.

L'intimée considère que le versement des salaires par celle-ci n'a pas été démontré, dès lors que les divers documents produits mentionnent des montants de revenus divergents et qu'aucune fiduciaire n'a pu en attester.

La position de l'intimée ne saurait être suivie. D'une part, selon la jurisprudence, le droit à l'indemnité de chômage suppose en principe uniquement que l'assuré ait exercé une activité soumise à cotisation pendant la période minimale de cotisation, le versement d'un salaire n'étant qu'un moyen de preuve à cet effet, sans constituer en lui-même une condition du droit. D'autre part, l'on ne se trouve pas, en l'occurrence, dans une situation où le paiement du salaire est en soi litigieux, tel que cela pourrait par exemple être le cas s'il avait été versé en

espèces, sans pièces justificatives suffisantes. Figurent en effet au dossier non seulement les fiches de salaires du recourant pour l'ensemble de la période de travail, des extraits de son compte individuel auprès de l'AVS – qui démontrent le versement de cotisations sociales –, mais surtout des extraits bancaires du recourant et de l'employeuse qui retracent les paiements opérés par cette dernière.

L'intimée se réfère par ailleurs à tort au ch. B148 de la directive LACI IC, dont on peut douter qu'il soit réellement applicable au cas d'espèce, dans la mesure où il traite des personnes occupant au sein de l'entreprise une position comparable à celle d'un employeur. Quoi qu'il en soit, la Cour de céans a déjà considéré qu'en exigeant qu'un salaire soit effectivement versé à l'assuré et en y subordonnant la reconnaissance de l'exercice d'une activité soumise à cotisation, la directive LACI IC prévoit une condition qui ne figure pas dans la loi et dont le Tribunal fédéral a, à maintes reprises, rappelé qu'elle n'était pas essentielle pour ouvrir droit aux indemnités de chômage. Tel a notamment été le cas dans un arrêt opposant déjà les mêmes parties (ATAS/623/2010 du 31 mai 2010 consid. 8). En outre, aux termes de la directive elle-même, si la caisse obtient, dans le cadre de la recherche d'éléments de preuve complémentaires, des justificatifs bancaires ou postaux, le versement du salaire ainsi que l'existence d'une activité soumise à cotisation sont alors réputés établis (ch. B147). Or, comme mentionné ci-dessus, des attestations bancaires ont précisément été versées dans le cas d'espèce.

S'agissant pour le surplus de la difficulté à établir de manière exacte le salaire du recourant au vu des variations de montants entre les divers justificatifs présentés – élément faisant obstacle à la reconnaissance du droit à l'indemnité journalière selon l'intimée –, il sied de rappeler que le défaut de preuve quant au salaire exact doit être pris en considération dans le calcul du gain assuré. L'absence d'attestation d'une fiduciaire ou d'un comptable permettant de clarifier les divers versements opérés n'est ainsi pas déterminante au stade de l'analyse de l'exercice d'une activité soumise à cotisation. Du reste, l'intimée ne s'est prononcée, ni dans sa décision sur opposition, ni dans le cadre de la présente procédure, sur les éléments exposés dans la liste récapitulative des versements contresignée par l'employeuse et le recourant, qui fournissent pourtant certaines explications quant aux montants versés.

Au vu des éléments qui précèdent, la Cour de céans est convaincue, au degré de la vraisemblance prépondérante applicable en matière d'assurances sociales, que le recourant a exercé une activité soumise à cotisation d'avril 2022 à septembre 2023 en faveur de l'employeuse. L'intimée, qui ne discute plus ce fait dans son mémoire de réponse, mais argumente sur la position du recourant au sein de la société, semble d'ailleurs en convenir.

Par conséquent, il doit être admis que le recourant, qui a exercé durant plus de douze mois une activité soumise à cotisation dans les limites du délai-cadre, remplit les conditions de l'art. 13 al. 1 LACI.

6.2 Il s'agit maintenant d'examiner si le recourant occupe une position de dirigeant au sein de l'employeuse.

S'il est certes vrai que le recourant est le fils du seul associé-gérant de la société, ce lien de parenté n'exclut pas *ex lege* le droit à l'indemnité de chômage. L'art. 31 al. 3 let. c LACI cite en effet uniquement les conjoints des personnes qui fixent les décisions prises par l'employeur et la jurisprudence a considéré que cette disposition, même appliquée par analogie, ne constituait pas une base légale suffisante pour exclure le droit aux prestations d'autres membres de la famille.

Le fait que le recourant soit domicilié à la même adresse que l'employeuse – qui ne dispose pas elle-même de locaux, ce qui est relativement répandu dans le cas des petites entreprises – ne permet par ailleurs pas de tenir pour acquis qu'il en influencerait nécessairement les décisions. Il découle simplement du fait qu'il a continué de vivre au domicile familial, également avec sa sœur cadette. On ne discerne de surcroît pas que le déménagement du père du recourant dans un autre canton serait pertinent, cet élément faisant au contraire état d'une plus grande distance géographique entre les deux intéressés durant une certaine période.

Concernant le paiement de certains « loyers de l'employeuse » par le recourant, il sied de constater que ce fait a été spontanément déclaré par ce dernier et n'a pas été régulier durant la période d'emploi, seuls cinq versements ayant été opérés. De tels paiements n'apparaissent par ailleurs pas nécessairement douteux, compte tenu que le recourant est domicilié à l'adresse de la société et doit acquitter des frais pour se loger.

L'intimée tire aussi argument du fait que le recourant a été réengagé après un premier licenciement, après qu'une autre caisse de chômage lui a nié le droit aux prestations. Le dossier contient en effet deux lettres de licenciement, avec prises d'effet respectives au 30 avril et au 30 septembre 2023, toutes deux motivées par des difficultés économiques de l'employeuse. Il n'est pas exclu que les affaires de la société aient repris après un premier passage compliqué, avant de se détériorer à nouveau, motivant ainsi deux congés successifs à cinq mois d'intervalle. Le justificatif produit par l'intimée concernant un premier refus d'indemnités le 1^{er} mai 2023 ne permet pas de connaître les motifs ayant conduit à cette décision et ne peut donc être revu par la Cour de céans. Ces éléments ne permettent ainsi pas de retenir que le recourant disposerait du pouvoir de décider librement de son réengagement.

L'intimée se prévaut en outre du fait qu'après le licenciement au 30 septembre 2023, le recourant a continué à recevoir un salaire de l'employeuse (versement de CHF 5'000.- effectué en sa faveur le 9 novembre 2023). Cependant, un seul virement postérieur à la fin des rapports de travail n'est pas suffisant pour affirmer que le recourant a continué son activité salariée. Ce versement a au contraire été porté sur la liste récapitulative volontairement produite par le recourant à l'appui de son opposition, avec un relevé de compte attestant de cette transaction, et doit

être remboursé selon les calculs présentés. La transmission des pièces précitées étant peu concevable dans l'hypothèse où le recourant aurait réellement poursuivi une activité en faveur de l'employeuse, une erreur de comptabilité paraît plus probable que la poursuite d'un travail rémunéré.

Quant aux versements opérés par le recourant en faveur de l'employeuse et d'une avocate, il s'agit de dix transactions échelonnées entre juillet et novembre 2022 et d'une transaction en avril 2023, portant sur une somme totale de CHF 9'330.-. Les raisons de ces versements ne sont pas précisément connues, mais on peut supposer que soit le recourant remboursait certaines de ses dettes, soit il voulait s'assurer du paiement effectif de certaines factures, soit il souhaitait soutenir la société par certains paiements ponctuels. Au vu des lacunes dans la gestion de l'entreprise décrites par le recourant lors de son audition – qui se sont concrétisées par la faillite de l'employeuse – et du fait que ces paiements ont par la suite été comptabilisés en tant que postes à lui rembourser, il apparaît plus probable que le but recherché était d'éviter que la société conserve des factures ouvertes pendant un certain temps. Bien qu'il faille concéder, avec l'intimée, que de tels versements n'existeraient probablement pas si l'on se trouvait dans une relation de travail ordinaire, le fait qu'un employé soit intéressé par le sort de l'entreprise et effectue certaines opérations qui concourent à sa santé financière n'apparaît cependant pas inusuel dans le cas de petites entreprises, et notamment d'entreprises familiales (*cf.* en ce sens l'arrêt du Tribunal administratif des Grisons du 11 juin 1999 reproduit *in* SVR 2000 ALV Nr. 4 p. 9, consid. 3d). Une participation plus soutenue de l'employé à la bonne marche des affaires ne signifie par ailleurs pas encore qu'il détiendrait un pouvoir étendu au sein de l'entreprise et pourrait en fixer les décisions. Dans le cas d'espèce, il faut de surcroît observer que l'essentiel des paiements est concentré sur quelques mois de l'année 2022 et que le dernier versement est intervenu en avril 2023, soit plusieurs mois avant le licenciement déterminant. Les sommes en jeu ne permettent pas non plus de retenir que le recourant aurait massivement investi dans la société.

Enfin, l'existence d'une dette de CHF 8'598.10 du recourant envers l'employeuse est à mettre en perspective avec la présente procédure, au cours de laquelle une liste récapitulative de ce que chacun a versé en faveur de l'autre a été établie. Contrairement à ce que soutient l'intimée, les divers versements de l'employeuse au recourant ne peuvent en outre pas être considérés globalement comme des acomptes, mais constituent la contrepartie du travail réalisé pour elle, à savoir le paiement du salaire.

De l'avis de la Cour de céans, les divers éléments invoqués par l'intimée ne démontrent pas, au degré de la vraisemblance prépondérante, que le recourant disposerait d'une influence considérable sur les décisions de l'employeuse. Les explications de l'intéressé, selon lesquelles il n'a aidé que ponctuellement son père sur le plan administratif et n'a fait qu'exécuter ses décisions, sans pouvoir décider des montants versés ou du moment où ils l'étaient apparaissent

convaincantes. Le recourant n'a en particulier jamais exercé la fonction de gérant de la société, ni eu de pouvoir de signature selon le registre du commerce. L'éventuelle procuration sur le compte de la société lui permettant de procéder à certains paiements – pour autant qu'elle soit avérée – ne serait pas déterminante, s'agissant d'un moyen pour effectuer des opérations bancaires uniquement, et non d'un droit de signature général permettant d'engager la société. À teneur de la jurisprudence, l'existence d'un droit de signature enregistré au registre du commerce, pris isolément, n'est d'ailleurs pas même suffisante pour refuser les prestations.

Le cas de figure se distingue par ailleurs nettement de l'arrêt du Tribunal fédéral auquel les directives du SECO citées par l'intimée se réfèrent (arrêt C 273/01 du 27 août 2003), dans la mesure où rien n'indique que le recourant se serait livré à des activités jugées problématiques (signature d'offres pour des travaux de construction, d'ordres de cautionnement bancaires, d'une lettre de licenciement d'un dirigeant, d'une attestation de l'employeur à la caisse de chômage et d'un contrat d'entreprise). Il se rapproche au contraire plus des faits de l'arrêt C 45/04 du 27 janvier 2005 tranché par la Haute Cour, dans lequel le droit à l'indemnité de chômage a été reconnu au fils de l'administrateur, étant néanmoins relevé que, dans la présente situation, le recourant n'est pas un des membres fondateurs de la société et ne dispose pas de parts sociales. À l'inverse d'autres situations tranchées par les tribunaux, on ne décèle pas non plus dans l'enchaînement des faits du cas d'espèce une intention de contourner la loi. En définitive, non seulement le recourant n'a jamais eu la qualité d'organe formel de l'employeuse, mais encore il ne peut être déduit des faits de la cause qu'il serait matériellement en mesure d'influencer ses décisions.

Enfin, l'exercice d'une fonction de dirigeant de la société par le recourant ne paraît pas avoir été évidente pour l'intimée elle-même. Cet argument n'a en effet été soulevé qu'à l'occasion de ses écritures devant la Cour de céans et l'instruction qu'elle a menée n'a jamais porté sur ces éléments.

Au vu des éléments au dossier, il faut donc retenir que le recourant ne dispose pas d'un pouvoir de décision au sein de l'employeuse excluant le droit à l'indemnité de chômage au sens de l'art. 31 al. 3 let. c LACI.

6.3 Dès lors que les deux arguments soulevés par l'intimée pour s'opposer au versement de l'indemnité de chômage apparaissent infondés, le recours est admis, la cause lui est renvoyée pour examen des autres conditions du droit aux prestations et, le cas échéant, détermination du gain assuré.

Compte tenu de la date à laquelle le recourant a formulé sa demande de prestations, l'intimée est invitée à statuer rapidement.

Bien qu'il obtienne gain de cause, le recourant, non représenté et n'ayant pas fait valoir de frais engendrés par la procédure, n'a pas droit à des dépens.

Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. f^{bis} *a contrario* LPGA).

**PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :**

Statuant

À la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet.
3. Annule la décision de l'intimée du 5 avril 2024.
4. Renvoie la cause à l'intimée au sens des considérants.
5. Dit que la procédure est gratuite.
6. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110) ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière

La présidente

Diana ZIERI

Karine STECK

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'au Secrétariat d'État à l'économie par le greffe le