

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1741/2024

ATAS/954/2024

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 2 décembre 2024

Chambre 16

En la cause

A _____
représenté par Me Thierry STICHER, avocat

recourant

contre

CAISSE DE CHÔMAGE UNIA

intimée

Siégeant : Justine BALZLI, Présidente ; Yves MABILLARD et Christine TARRIT-DESHUSSES, Juges assesseurs

EN FAIT

A. a. Monsieur A_____ a travaillé pour B_____ du 8 octobre 2018 au 28 février 2022. Il a ensuite travaillé pour C_____ (ci-après : C_____) du 1^{er} mars au 31 août 2022.

b. En 2022, il a fondé la société D_____ (ci-après : D_____), inscrite au registre du commerce le 8 août 2022 et ayant son siège chez lui, au E_____. Il en était l'unique associé gérant jusqu'au 11 janvier 2024, date à laquelle il est devenu associé gérant liquidateur de la société désormais en liquidation.

B. a. Le 8 décembre 2023, il s'est inscrit auprès de l'office cantonal de l'emploi (ci-après : OCE) pour un placement dès le 9 décembre 2023 à 100%.

Dans le formulaire de demande d'indemnité de chômage et dans une première attestation de l'employeur, transmis le 13 décembre 2023, il a indiqué avoir travaillé du 1^{er} avril au 30 novembre 2023 comme consultant à temps partiel pour D_____, sans contrat de travail écrit. Il a ensuite confirmé ces dates dans une deuxième attestation de l'employeur, précisant que le contrat avait été résilié oralement le 30 octobre 2023 pour le 30 novembre 2023 en raison de la faillite du client principal, F_____ (ci-après : F_____).

Dans le cadre de sa demande, il a par ailleurs fourni différents documents, soit un *curriculum vitae* indiquant les mêmes dates d'activité pour D_____, des décomptes de salaire de D_____ pour les mois d'avril à novembre 2023 pour un salaire mensuel brut de CHF 2'600.- et net de CHF 2'252.70, ainsi que des documents bancaires démontrant le versement par D_____ sur son compte personnel de CHF 9'000.- le 17 avril 2023, CHF 6'768.90 le 27 novembre 2023 (avec l'indication « *Salary aug/sept/oct incl. 10.80 corr* » et CHF 2'252.70 le 15 décembre 2023 (avec l'indication « *salary November* ») et par F_____ sur le compte de D_____ de CHF 20'708.99 (USD 22'567.-) le 9 décembre 2022, CHF 5'522.59 (USD 6'092.90) le 10 janvier 2023, CHF 5'514.26 (USD 6'092.90) le 14 février 2023 et CHF 2'098.72 (USD 2'424.78) le 27 novembre 2023).

b. À la suite des demandes d'informations de la caisse de chômage UNIA (ci-après : la caisse) des 22 décembre 2023 et 4 janvier 2024, l'assuré a produit une attestation du 9 janvier 2024 de G_____, qui avait été mandatée le 26 décembre 2023 pour effectuer la liquidation de la société.

c. Par décision du 14 février 2024, la caisse a nié le droit à l'indemnité de l'assuré dès le 9 décembre 2023, l'assuré étant encore inscrit au registre du commerce en tant que gérant liquidateur de D_____.

C. a. Le 6 mars 2024, l'assuré a élevé opposition auprès de la caisse contre cette décision.

Sa société n'avait plus aucune activité et plus aucun actif. Il n'avait aucune intention de poursuivre cette activité. Il avait créé D_____ afin de continuer à

travailler pour F_____, pour laquelle il avait travaillé via le prestataire C_____ de mars à août 2022 et qui était son unique client. Il ne s'était pas versé de salaire entre septembre 2022 et mars 2023, car il ne disposait pas encore des assurances nécessaires. F_____ avait fait faillite en février 2023. À la suite de son mariage en février 2023, il avait passé du temps en Israël auprès de son épouse et y avait cherché du travail. Ils avaient décidé que leur avenir serait en Suisse en octobre 2023 et il avait donc commencé ses recherches d'emploi à Genève. Il ne disposait plus de liquidités et ses parts sociales avaient déjà été entamées. Son activité n'avait engendré aucune location et il n'avait eu pour créanciers/débiteurs qu'un seul client, ainsi que les assurances sociales, accident et de prévoyance professionnelle. Tous les paiements y relatifs avaient été effectués et les contrats résiliés. Sa situation de liquidateur ne représentait aucune activité concrète ou substantielle.

Il a produit différentes pièces. Selon un relevé bancaire de D_____, son compte bancaire présentait un solde de CHF 16'552.31 le 5 mars 2024. Le 1^{er} septembre 2022, l'assuré avait adressé à F_____ un courriel concernant la conclusion d'un contrat à la suite de la fin de son contrat avec C_____. Le 20 février 2023, F_____ lui avait envoyé un courriel pour mettre fin au contrat avec effet au 27 février 2023 en raison de sa faillite imminente.

b. Les 19 et 21 mars 2024, l'assuré a répondu à la demande d'informations complémentaires de la caisse du 7 mars 2024.

Il n'avait jamais travaillé en Israël, si ce n'est en télétravail entre mars 2022 et janvier 2023. Il avait toujours voyagé avec un visa de touriste et ses séjours s'étaient limités à moins de trois mois. Il était sur le point d'avoir réuni les documents nécessaires à demander une autorisation de travail en Israël lorsque la guerre avait éclaté, ce qui avait entraîné son retour en Suisse. Durant cette période, il était resté domicilié en Suisse. Il était en Espagne du 4 au 11 octobre 2023, en Suisse du 11 octobre au 25 novembre 2023, à Lisbonne du 25 novembre au 1^{er} décembre 2023 et à Tel Aviv du 1^{er} au 8 décembre 2023. Il avait attendu son retour en Suisse pour s'inscrire auprès de l'OCE. Il avait vécu sans salaire de septembre 2022 à mars 2023, car le système de versement des salaires n'était pas encore en place au sein de D_____. Lors de la faillite de F_____, il s'était versé graduellement les revenus générés entre août 2022 et février 2023. Il n'avait pas d'activité dès mars 2023.

Il a notamment versé à la procédure le procès-verbal de l'assemblée générale de D_____ du 8 janvier 2024 lors de laquelle la dissolution de la société en vue de sa liquidation (anticipée) avait été décidée, une attestation de H_____ selon laquelle il n'y avait aucun actif susceptible d'être liquidé durant la phase de liquidation et les actifs se composaient uniquement de créances à court terme et de liquidités, la confirmation de la résiliation au 31 décembre 2023 du contrat d'assurance conclu par D_____ avec AXA ASSURANCES SA, un courrier de résiliation des rapports de prévoyance de l'assuré au 30 novembre 2023, ainsi que

son extrait de compte individuel auprès de l'office cantonal des assurances sociales (ci-après : OCAS) indiquant qu'il avait travaillé d'avril à octobre 2023 comme salarié pour D_____.

c. Le 16 avril 2024, l'assuré a donné suite à la demande d'informations complémentaires de la caisse du 5 avril 2024.

En cohérence avec ses salaires versés, il avait annoncé auprès de l'OCAS son statut de personne sans activité lucrative pour la période de septembre 2022 à février 2023.

Il a produit différents documents. Il avait téléversé la déclaration fiscale pour personnes morales pour l'année 2023, avec les comptes 2023 de D_____ annexés, le 22 mars 2024. Selon un courrier de l'OCAS du 11 avril 2023 se référant à la demande d'affiliation de l'assuré comme personne sans activité lucrative, son dossier était définitivement classé comme personne sans activité lucrative sans suite, et il était invité à reprendre contact avec l'OCAS afin de réexaminer sa situation s'il devait se trouver sans activité et/ou sans indemnités de chômage en 2024. D_____ avait facturé à F_____, le 1^{er} décembre 2022, USD 22'567.- pour l'activité de septembre à novembre 2022 et pour les heures supplémentaires du 1^{er} avril au 30 novembre 2022, puis, le 1^{er} janvier 2023, USD 6'092.90 pour l'activité de décembre 2022, puis, le 1^{er} février 2023, le même montant pour les services rendus en janvier 2023 et, finalement, le 28 février 2023, USD 2'437.16 pour l'activité déployée en février 2023, les factures ayant été transmises par courriel de l'assuré à F_____. Selon un accord du 27 novembre 2023, il avait accepté de ne recevoir que 40% de la facture de USD 6'092.90 non encore payée par F_____, soit USD 2'437.16.

d. Par décision sur opposition du 23 avril 2024, la caisse a confirmé sa décision du 14 février 2024.

Il était toujours inscrit au registre du commerce en qualité d'unique associé gérant de la société le 9 décembre 2023, de sorte que le droit à l'indemnité dès cette date devait lui être refusé. La question de savoir s'il occupait toujours une position assimilable à celle d'un employeur dès le 9, voire le 11, janvier 2024 pouvait demeurer indéçise.

Durant le délai-cadre, fixé du 9 janvier 2022 au 8 janvier 2024, hormis son activité pour la société, il avait exercé une activité soumise à cotisation durant 7,747 mois. Il n'avait pas déployé d'activité du 1^{er} avril au 31 octobre, voire 30 novembre 2023, de sorte qu'il ne s'agissait pas d'une période de cotisation. La période du 1^{er} septembre 2022 au 28 février 2023 ne pouvait pas non plus être prise en considération, ni comme période de cotisation, ni comme période d'activité indépendante, dès lors que la caisse de compensation ne lui avait pas reconnu un statut d'indépendant ou de salarié d'un employeur non tenu de cotiser pendant cette période.

Vu cette absence de reconnaissance, aucune prolongation du délai-cadre de cotisation n'était envisageable. Même à admettre un statut d'indépendant entre septembre 2022 et février 2023, il ne s'était trouvé en Suisse ou dans l'UE/AELE que durant 1,026 mois et une prolongation de cette durée ne suffirait pas à atteindre une période d'au moins douze mois de cotisation. Même à admettre qu'il aurait définitivement abandonné sa position assimilable à celle de l'employeur, il ne remplissait pas toutes les conditions du droit à l'indemnité.

- D. a.** Par acte du 23 mai 2024, A_____ a recouru auprès de la chambre des assurances sociales de la Cour de justice contre cette décision, concluant à son annulation, au constat qu'il remplissait l'ensemble des conditions du droit à l'indemnité de chômage, depuis le 9 décembre 2023, subsidiairement le 9 janvier 2024, à la condamnation de la caisse à lui verser les indemnités avec effet dès cette date et à la condamnation de la caisse en tous les frais et dépens.

Il avait exercé une activité effective et destinée à l'obtention d'un revenu entre septembre 2022 et mi-février 2023. La seule condition du droit à l'indemnité était l'exercice d'une activité, sans qu'il ne soit exigé que l'employeur ait réellement versé le salaire. Le report du paiement du salaire n'était pas non plus déterminant. Son activité était destinée à obtenir un revenu et non à améliorer la situation financière de son entreprise. La période d'activité de septembre 2022 à mi-février 2023 devait être considérée comme période de cotisations, ce qui conduisait à ajouter 5,5 mois aux 8,747 mois. Les douze mois requis avaient été effectués.

À titre subsidiaire, si les salaires versés par la société ne devaient pas être imputés sur la période de septembre 2022 à mi-février 2023, ils devraient être pris en compte pour les mois correspondant au libellé des fiches de salaire, soit avril à novembre 2023, ce qui suffisait également à réunir le nombre minimal de cotisations de douze mois. Une activité avait alors été exercée pour la société, soit le recouvrement des derniers montants attendus de F_____, ainsi que l'activité de recherche de clientèle. Prétendre qu'il aurait exercé une activité non salariée sur la première période avant de se verser des salaires sans aucune activité sur la période postérieure serait totalement déconnecté de la réalité économique effective et, partant, arbitraire.

Dissoute le 8 janvier 2023, la société était immédiatement entrée en liquidation. Il ne pouvait pas être assimilé à un employeur.

- b.** Par réponse du 13 juin 2024, la caisse a conclu au rejet du recours.

Elle n'avait pas instruit plus avant la question de l'abandon ou non de la position assimilable à celle d'un employeur, au vu de l'inscription de l'assuré comme liquidateur à partir du 11 janvier 2024 et le droit à l'indemnité devant lui être dénié pour d'autres motifs.

Il était clairement établi qu'il n'avait pas exercé d'activité d'avril à octobre 2023. Le statut de l'assuré de septembre 2022 à février 2023 n'ayant pas été clarifié par la caisse de compensation, elle ne pouvait considérer qu'il s'agissait d'une période

de cotisation ou qu'il s'agissait d'une activité d'indépendant abandonnée avant l'inscription au chômage. Durant la majeure partie du temps entre septembre 2022 et février 2023, il ne se trouvait pas en Suisse.

c. Par réplique du 5 août 2024, l'assuré a maintenu son recours.

La caisse ne pouvait pas tirer des conclusions de son absence d'instruction du dossier. Il était faux d'affirmer qu'il ne se serait pas trouvé en Suisse durant la majeure partie du temps entre septembre 2022 et février 2023. Il avait fait quelques voyages sans jamais avoir été domicilié en Israël et revenant travailler en Suisse, à l'exception de quelques périodes de télétravail. Il avait cotisé pendant toute la période, ce qui constituait le critère déterminant durant le délai de cotisation. Le critère du domicile ne devait être réalisé qu'au début du droit au chômage et durant la période d'indemnisation.

d. Par duplique du 16 août 2024, la caisse a maintenu sa position.

L'assuré n'avait pas fait valoir la période de septembre 2022 à février 2023 comme période de cotisation lors de son inscription au chômage. C'était elle qui l'avait invité, après avoir constaté qu'il semblait avoir travaillé sans avoir été affilié auprès d'une caisse de compensation en tant que personne de condition indépendante ou en qualité de salarié d'un employeur non tenu de cotiser, à transmettre toute preuve de son annonce auprès d'une caisse de compensation. Il s'était ensuite annoncé comme personne sans activité lucrative pour cette période auprès de la caisse de compensation, de sorte que la caisse ne pouvait prendre cette période comme période de cotisation. Il n'était pas clairement établi qu'il avait déployé une activité pour F_____ jusqu'à sa mise en faillite en février 2023, à plus forte raison qu'il avait effectué de nombreux voyages pendant cette période.

e. Sur quoi, 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 dans la forme et le délai de trente jours prévus par la loi, le recours est recevable (art. 56 ss LPGA et 62 ss de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

2. Le litige porte sur la conformité au droit du refus d'octroi de l'indemnité de chômage au recourant à compter du 9 décembre 2023, au motif que, même à admettre qu'il n'aurait plus occupé une position assimilable à celle de l'employeur dès le 9 janvier 2024, il n'avait totalisé que douze mois d'activité soumise à cotisation dans le délai-cadre de cotisation.
3. Le recourant affirme remplir la condition de douze mois d'activité soumise à cotisation dans le délai-cadre de cotisation.

3.1 Aux termes de l'art 8 al. 1 let. e LACI, l'assuré a droit à l'indemnité de chômage, entre autres conditions, s'il remplit les conditions relatives à la période de cotisation ou en est libéré.

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 remplit les conditions relatives à la période de cotisation (art. 13 al. 1 LACI).

Des délais-cadres de deux ans s'appliquent aux périodes d'indemnisation et de cotisation, sauf disposition contraire de la loi (art. 9 al. 1 LACI). 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 (art. 9 al. 2 LACI). Le délai-cadre applicable à la période de cotisation commence à courir deux ans plus tôt (art. 9 al. 3 LACI).

À teneur de l'art. 11 de l'ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 31 août 1983 (OACI - RS 837.02), compte comme mois de cotisation, chaque mois civil, entier, durant lequel l'assuré est tenu de cotiser (al. 1). Les périodes de cotisation qui n'atteignent pas un mois civil entier sont additionnées. Trente jours sont réputés constituer un mois de cotisation (al. 2). La période de cotisation des personnes occupées à temps partiel est calculée d'après les règles applicables aux travailleurs occupés à plein temps. Lorsque l'assuré exerce simultanément plusieurs activités à temps partiel, la période de cotisation ne compte qu'une seule fois (al. 4).

3.2 Le travailleur (art. 10 LPG) qui est assuré en vertu de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (LAVS - RS 831.10) et qui doit payer des cotisations sur le revenu d'une activité salariée en vertu de cette loi est tenu de payer des cotisations de l'assurance-chômage (art. 2 al. 1 let. a LACI). Est réputé salarié celui qui fournit un travail dépendant et qui reçoit pour ce travail un salaire déterminant au sens des lois spéciales (art. 10 LPG).

Pour qu'un assuré remplisse les conditions relatives à la période de cotisation au sens de l'art. 13 al. 1 LACI, il faut qu'il ait eu le statut de travailleur et qu'il puisse démontrer avoir exercé une activité soumise à cotisation pendant douze mois au moins durant le délai-cadre relatif à la période de cotisation (Boris RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014 n. 8 *ad* art. 13). Cette disposition se rapporte à l'obligation de cotiser et implique donc, par principe,

l'exercice d'une activité en Suisse (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 188/01 du 28 mars 2002 consid. 3b).

Selon la jurisprudence, la délimitation entre travailleurs salariés et indépendants est en principe définie dans l'assurance-chômage en fonction du statut de cotisant selon le droit de l'AVS. Sous réserve d'erreur manifeste, le statut fixé par les autorités d'application de l'AVS ont un effet contraignant dans l'assurance-chômage (ATF 126 V 213 consid. 2a ; 119 V 158 consid. 3a et les arrêts cités ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_312/2022 du 26 octobre 2022 consid. 4.1).

3.3 À teneur de l'art. 1a al. 1 LAVS, sont notamment assurés conformément à la LAVS les personnes physiques domiciliées en Suisse (let. a) et les personnes physiques qui exercent en Suisse une activité lucrative (let. b).

Sous réserve des dispositions prévues dans les conventions internationales de sécurité sociale, la question de savoir si une activité lucrative est exercée en Suisse se tranche d'après les prescriptions du droit suisse. Pour être soumis à l'assurance obligatoire, il n'est pas nécessaire que la personne physique qui bénéficie du produit économique d'une activité exercée en Suisse séjourne dans ce pays. Il suffit que cette activité se déroule en Suisse ; autrement dit, la question déterminante est celle de savoir où se trouve le centre de gravité de l'activité à caractère lucratif (Michel VALTERIO, Droit de l'assurance-vieillesse et survivants [AVS] et de l'assurance-invalidité [AI]. Commentaire thématique, 2011, n. 52 et les références citées ; office fédéral des assurances sociales [OFAS], Directives sur l'assujettissement aux assurances AVS et AI [ci-après : DAA], état au 1^{er} janvier 2024, n. 1034 ss). La gestion d'une entreprise avec siège en Suisse est considérée comme une activité lucrative exercée en Suisse, même si la personne concernée est domiciliée à l'étranger et indépendamment de si elle a lieu depuis la Suisse ou de manière prépondérante depuis l'étranger. Ainsi, celle qui a son domicile à l'étranger, mais qui est, par exemple, membre du conseil d'administration, directrice ou titulaire d'une autre fonction dirigeante d'une personne morale dont le siège est en Suisse, est considérée comme exerçant une activité lucrative en Suisse. La personne remplissant ces conditions est en principe également considérée comme exerçant une activité lucrative en Suisse si la personne morale ne dispose d'aucun local, ni de personnel en Suisse (société dite « domiciliée » ; Michel VALTERIO, *op. cit.*, n. 52 et 55 ; DAA, n. 3082 ss).

3.4 Selon la jurisprudence, 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. Un salaire ne doit pas nécessairement 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). Par ailleurs, 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), il existe un risque de délivrance d'une attestation de salaire de complaisance. C'est pourquoi une telle attestation doit être vérifiée de manière stricte (arrêt du Tribunal fédéral 8C_466/2018 du 13 août 2019 consid. 3).

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. Le versement déclaré comme salaire par un employeur ne fonde cependant pas, à lui seul, la présomption de fait qu'une activité salariée soumise à cotisation a été exercée (ATF 133 V 515 consid. 2.3). Par activité soumise à cotisation, il faut entendre toute activité de l'assuré destinée à l'obtention d'un revenu soumis à cotisation pendant la durée d'un rapport de travail. Cela suppose l'exercice effectif d'une activité salariée suffisamment contrôlable (ATF 133 V 515 consid. 2.4).

Selon le Tribunal fédéral, lorsque l'assuré ne parvient pas à prouver qu'il a effectivement perçu un salaire, notamment en l'absence de virement périodique d'une rémunération sur un compte bancaire ou postal à son nom, le droit à l'indemnité de chômage ne pourra lui être nié en application des art. 8 al. 1 let. e et 13 LACI que s'il est établi que l'intéressé a totalement renoncé à la rémunération pour le travail effectué – par exemple dans le but de sauver son entreprise (ATF 131 V 444 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_466/2018 précité consid. 6.3). Cette renonciation ne peut être admise à la légère. Cela s'explique en particulier par le fait qu'il n'existe pas de prescription de forme pour le paiement du salaire. Il est habituellement soit acquitté en espèces, soit versé sur un compte bancaire ou postal, dont le titulaire n'est pas nécessairement l'employé (cf. pour l'ensemble des motifs : ATF 131 V 444 consid. 3.3). 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).

Lorsque la preuve de la perception d'un salaire n'a pas été établie au degré de la vraisemblance prépondérante, cela ne suffit cependant pas pour nier d'emblée l'existence d'une activité soumise à cotisation. Dans de telles circonstances, il incombe à l'assuré qui prétend à une indemnité de chômage de démontrer avoir exercé une activité soumise à cotisation. La jurisprudence a précisé à cet égard que pourraient notamment constituer des pièces aptes à démontrer l'exercice d'une telle activité, les documents comptables de l'ancienne société, le contrat de bail commercial ou encore le témoignage d'ex-employés (arrêt du Tribunal fédéral 8C_466/2018 du 13 août 2019 consid. 6.4 et les références).

3.5 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 (secrétariat d'État à l'économie [SECO], Directive LACI IC – marché du travail/assurance-chômage [TC ; ci-après : Bulletin LACI IC], état au 1^{er} juillet 2024, n. B 144).

Selon la jurisprudence, 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).

3.6 En ce qui concerne l'obligation de cotiser des assurés ayant une position assimilable à celle d'un employeur, le Tribunal fédéral a souligné qu'ils sont couverts par l'assurance-chômage, à la différence des indépendants, auxquels ils ne peuvent ainsi pas être assimilés. En effet, s'ils quittent définitivement l'entreprise et perdent toutes les caractéristiques assimilables à celles de l'employeur, ils ont droit aux prestations d'assurance pour autant que les autres conditions soient réalisées. L'exigence de la rupture de tous liens avec l'entreprise est nécessaire en raison du risque d'abus, mais n'exclut pas de manière générale les personnes ayant une position assimilable à celle d'un employeur du droit aux prestations (DTA 2005 p. 201 consid. 4.2).

- 4.** 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. Parmi tous les éléments de fait allégués ou envisageables, le juge doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables (ATF 130 III 321 consid. 3.2 et 3.3; 126 V 353 consid. 5b ; 125 V 193 consid. 2 et les références). 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).

5. **5.1** En l'espèce, l'autorité intimée a laissé indécise la question de savoir si le recourant occupait toujours une position assimilable à celle de l'employeur et a examiné l'activité du recourant en fixant le délai-cadre du 9 janvier 2022 au 8 janvier 2024, pour nier l'existence d'une activité soumise à cotisation durant douze mois. Le recourant affirme quant à lui que le délai-cadre devrait être fixé du 9 décembre 2021 au 8 décembre 2023. Cette question doit être tranchée, tout comme l'abandon d'une position assimilable à celle de l'employeur, uniquement si le recourant peut se prévaloir d'une activité soumise à cotisation pour D_____, de sorte qu'il convient d'examiner cette dernière question en priorité.

5.2 Se pose donc la question de savoir si le recourant a exercé une activité soumise à cotisation devant être prise en compte comme période de cotisation pour D_____. Le recourant répond par la positive, affirmant avoir eu une activité de septembre 2022 à mi-février 2023 pour laquelle le salaire avait été versé d'avril à novembre 2023. L'autorité intimée soutient le contraire, en raison de l'annonce du recourant comme salarié sans activité à l'OCAS pour la période de septembre 2022 à février 2023 et du fait de l'absence d'activité durant les mois d'avril à octobre, voire novembre 2023, mois pour lesquels le salaire avait été versé et annoncé auprès des organes d'application de l'AVS.

En l'occurrence, l'on peut suivre l'autorité intimée sur ce dernier point, soit l'absence d'activité soumise à cotisation d'avril à octobre ou novembre 2023. Le recourant a lui-même indiqué n'avoir pas eu d'activité dès le mois de mars 2023. S'il argumente dans son acte de recours l'existence d'une activité de recouvrement des derniers montants attendus de F_____ et d'une activité de recherche de clientèle à cette période, il a toujours affirmé que le salaire perçu était en réalité destiné à rétribuer l'activité exercée de septembre 2022 à mi-février 2023, ce qui contredit cette argumentation, tenue pour la première fois devant la chambre de céans et uniquement à titre subsidiaire. Il ne peut par conséquent être retenu que le recourant aurait eu une activité soumise à cotisation d'avril à octobre ou novembre 2023.

Il convient à présent d'examiner si le recourant peut se prévaloir d'une activité soumise à cotisation de septembre 2022 à mi-février 2023.

Le recourant a produit un courriel de sa part à F_____ du 1^{er} septembre 2022 dans lequel il indique que son contrat avec C_____ s'est terminé la veille et qu'il reste dans l'attente du contrat de C_____ commençant le jour-même, avec un salaire annuel de CHF 76'794.73 et pour un taux horaire de CHF 36.92. Il a également produit un courriel que F_____ lui a adressé le 20 février 2023 pour lui faire part de la résiliation de leur contrat avec effet au 27 février 2023, en raison de la faillite de cette dernière.

Ces éléments démontrent l'existence d'un contrat de prestation de services entre F_____ et la société du recourant pendant la période durant laquelle il allègue avoir exercé une activité pour cette dernière.

Le recourant a ensuite démontré, relevés bancaires à l'appui, que F_____ a versé sur le compte de D_____ CHF 20'708.99 (USD 22'567.-) le 9 décembre 2022, CHF 5'522.59 (USD 6'092.90) le 10 janvier 2023, CHF 5'514.26 (USD 6'092.90) le 14 février 2023 et CHF 2'098.72 (USD 2'424.78) le 27 novembre 2023. Ces montants correspondent à ceux figurant sur les factures émises par D_____ que le recourant a versées à la procédure, étant relevé que le recourant a également établi avoir accepté de réduire sa dernière facture de 40%, à la suite de la faillite de F_____. Le total de ces montants correspond par ailleurs au « chiffre d'affaire ventes et prestations de service » figurant dans le compte de résultat de D_____ pour la période du 8 août 2022 au 31 décembre 2023 (CHF 33'844.56) annexé à la déclaration fiscale pour personne morale pour l'année 2023.

Ce qui précède démontre que D_____ a fourni des services en vertu du contrat de prestation de services la liant à F_____, pour lesquels cette dernière l'a rétribué.

Le recourant, qui était l'unique associé gérant de D_____ et son seul employé selon les indications figurant dans la déclaration fiscale, a ensuite démontré avoir perçu, de D_____, CHF 9'000.- le 17 avril 2023, CHF 6'798.90 le 27 novembre 2023 et CHF 2'252.70 le 15 décembre 2023, correspondant au salaire net versé après déduction des charges sociales, ce qui concorde avec le montant du salaire brut figurant comme « salaires » dans le compte de résultat de D_____, de CHF 21'200.-.

Au vu de ce qui précède, le recourant a démontré au degré de la vraisemblance prépondérante avoir exercé une activité pour D_____ dans le cadre du contrat liant celle-ci à F_____ entre septembre 2022 et février 2023.

Il est certes malheureux que le recourant ait établi des fiches de salaire erronées et ait intitulé en conséquence les versements opérés par D_____ en sa faveur, ainsi que procédé à la déclaration du salaire auprès des organes d'application de l'AVS. Néanmoins, ces éléments ne changent rien à la conclusion qui précède, étant relevé que le salaire cotisé déclaré à la caisse de compensation AVS concorde avec le montant du salaire figurant dans le compte de résultat et que, contrairement à ce que retient l'autorité intimée, l'élément déterminant pour l'examen de l'activité minimale de douze mois dans le délai-cadre de cotisation n'est pas l'activité annoncée auprès de la caisse de compensation, mais la question de savoir si une activité a effectivement été exercée et si cette activité était soumise à cotisation, indépendamment de savoir si les cotisations ont effectivement été versées.

Reste donc à examiner si l'activité exercée pour D_____ était soumise à cotisation.

Lors de l'exercice de cette activité, le recourant, associé gérant unique de D_____, société à responsabilité limitée ayant son siège en Suisse, occupait une position assimilable à celle de l'employeur. Il était de ce fait salarié de sa société

et en tant que tel soumis aux cotisations AVS/AI en Suisse, tout comme aux cotisations à l'assurance-chômage. C'est d'ailleurs ce qu'ont retenu les organes d'application de l'AVS, en retenant un statut de salarié du recourant pour les mois d'activité annoncés pour D_____.

Par conséquent, le recourant a établi au degré de la vraisemblance prépondérante avoir exercé une activité soumise à cotisation entre septembre 2022 et février 2023, de sorte qu'il est fondé à demander l'ajout de 5,5 mois à la période de cotisation retenue par l'autorité intimée, ce qui porterait ladite période à plus de douze mois s'il devait être retenu que le recourant avait cessé d'occuper une position assimilable à celle de l'employeur.

6. Il convient dès lors d'examiner s'il peut être considéré que le recourant a cessé d'occuper une position assimilable à celle de l'employeur.

6.1 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 (ci-après: RHT) : les travailleurs dont la RHT 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) ; 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).

6.2 Si la jurisprudence considère qu'il n'est pas admissible de refuser de manière générale le droit aux prestations aux employés au seul motif qu'ils sont inscrits au registre du commerce et qu'il y a lieu d'établir l'étendue du pouvoir de décision en fonction des circonstances concrètes, elle fait toutefois exception à ce principe notamment lorsqu'il s'agit d'associés-gérants d'une société à responsabilité limitée, car ils disposent *ex lege* d'un pouvoir déterminant au sens de l'art. 31 al. 3 let. c LACI (arrêt du Tribunal fédéral C.267/05 du 19 décembre 2006 consid. 4.1). Le droit aux prestations peut dès lors être exclu sans qu'il soit nécessaire de déterminer plus concrètement les responsabilités qu'ils exercent au sein de la société (arrêt du Tribunal fédéral 8C_515/2007 du 8 avril 2008 consid. 2.2).

6.3 Selon la jurisprudence, 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).

La situation est en revanche différente quand le salarié, se trouvant dans une position assimilable à celle de l'employeur, quitte définitivement l'entreprise en raison de la fermeture de celle-ci ; en pareil cas, on ne saurait parler d'un comportement visant à éluder la loi. Il en va de même lorsque l'entreprise continue d'exister mais que le salarié, par suite de la résiliation de son contrat, rompt définitivement tout lien avec la société. Dans un cas comme dans l'autre, l'intéressé peut en principe prétendre à des indemnités de chômage (ATF 123 V 234 consid. 7b/bb ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_448/2018 du 30 septembre 2019 consid. 3). Toutefois, la jurisprudence exclut de considérer qu'un associé a définitivement quitté son ancienne entreprise en raison de la fermeture de celle-ci tant qu'elle n'est pas entrée en liquidation (arrêts du Tribunal fédéral 8C_481/2010 du 15 février 2011 consid. 4.2 ; 8C_478/2008 du 2 février 2009 consid. 4). En outre, dans le contexte d'une société commerciale, le prononcé de la dissolution de la société et son entrée en liquidation ne suffisent en principe pas à considérer que l'assuré qui exerce encore la fonction de liquidateur a définitivement quitté son ancienne entreprise en raison de la fermeture de celle-ci (arrêt du Tribunal fédéral 8C_1016/2012 du 19 août 2013 consid. 4.3 et les arrêts cités). Demeurent réservés les cas dans lesquels une procédure de faillite a été suspendue faute d'actif, une reprise d'une activité de la société et le réengagement de l'intéressé pouvant alors être exclus (arrêt du Tribunal fédéral 8C_481/2010 du 15 février 2011 consid. 4.2).

Lorsque le salarié est membre d'un conseil d'administration ou associé d'une société à responsabilité limitée, l'inscription au registre du commerce constitue en règle générale le critère de délimitation décisif (ATF 122 V 270 consid. 3). La radiation de l'inscription permet d'admettre sans équivoque que l'assuré a quitté la société (arrêt du Tribunal fédéral C 211/06 du 29 août 2007 consid. 2.1 et 2.3 et les références). Autrement, en effet, la possibilité demeure que celui-ci réactive l'entreprise et se fasse réengager. En fait, il suffit qu'une continuité des activités soit possible pour que le droit doive être nié du fait d'un risque de contournement de la loi (Boris RUBIN, *op. cit.*, p. 98). Toutefois, si malgré le maintien de l'inscription au registre du commerce, l'assuré prouve qu'il ne possède effectivement plus ce pouvoir, il n'y a pas détournement de la loi (arrêt du Tribunal fédéral 8C_1016/2012 du 19 août 2013 consid. 4.3 et les arrêts cités).

Une société disparaît dès la fin de sa liquidation, qui se concrétise par la radiation au registre du commerce. Avant ce stade, la société conserve sa personnalité juridique avec toutefois un but restreint par la finalité de la dissolution (art. 736 ss CO pour la société anonyme et 821 ss CO pour la société à responsabilité limitée ; ATF 117 III 39 = JdT 1994 II 12; Boris RUBIN, *op. cit.*, p. 130). La dissolution de la société doit à tout le moins être entreprise pour qu'un droit à l'indemnité de chômage puisse éventuellement être reconnu à la personne qui a occupé une position assimilable à celle d'un employeur. La seule cessation des activités n'est pas suffisante pour ouvrir un droit à l'indemnité de chômage (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 11/04 du 7 juillet 2004). Le fait de retarder la dissolution d'une société commerciale peut, suivant les circonstances, être assimilé à une situation potentiellement abusive résultant d'actes concluants (DTA 2001 p. 218). Laisser sciemment possible une continuation des affaires entraîne la négation du droit (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 64/02 du 7 août 2003 consid. 2.2). En fait, il suffit qu'une continuation des activités de l'entreprise soit possible pour que le droit doive être nié en raison d'un risque de contournement des art. 31 al. 3 let. b et c LACI (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 75/04 du 20 avril 2005 ; ATAS/185/2019 du 6 mars 2019 consid. 4 ; Boris RUBIN, *op. cit.*, p. 131).

Le fait de subordonner, pour un travailleur jouissant d'une position analogue à celle d'un employeur, le versement des indemnités de chômage à la rupture de tout lien avec la société qui l'employait, peut certes paraître rigoureux selon les circonstances du cas d'espèce. Il ne faut néanmoins pas perdre de vue les motifs qui ont présidé à cette exigence. Il s'est agi avant tout de permettre le contrôle de la perte de travail du demandeur d'emploi. Il y a lieu de garder à l'esprit que l'assurance-chômage n'a pas pour 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 (arrêts du Tribunal fédéral 8C_163/2016 du 17 octobre 2016 consid 4.2 ; 8C_295 2014 du 7 avril 2015 consid. 4 ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 156/06 du 7 décembre 2006 consid. 2).

Il n'y a pas de place, dans ce contexte, pour un examen au cas par cas d'un éventuel abus de droit de la part d'un assuré. 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. Au demeurant, ce n'est pas l'abus avéré comme tel que la loi et la jurisprudence entendent sanctionner ici, mais le risque d'abus que représente le versement d'indemnités à un travailleur jouissant d'une situation comparable à celle d'un employeur (arrêts du Tribunal fédéral des assurances C 92/02 du 14 avril 2003 consid. 4 ; C 163/04 du 29 août 2005 consid. 2.2).

6.4 En l'espèce, le recourant affirme dans son acte de recours que D_____ était entrée en liquidation, que les valeurs à son bilan avaient été évaluées à leurs valeurs de liquidation et que seuls les actes nécessaires à la liquidation étaient autorisés par la loi, de sorte qu'il était manifeste qu'il ne pouvait être assimilé à un employeur.

Toutefois, il ressort de la jurisprudence susmentionnée que le seul fait d'entrer en liquidation avec les conséquences légales qui en découlent ne suffit pas à conclure à l'abandon d'une position assimilable à celle de l'employeur lorsque, comme en l'espèce, l'assuré est devenu liquidateur de sa société à responsabilité limitée. Par ailleurs, la société a été dissoute à la suite d'une décision de son assemblée générale et il n'est pas question d'une faillite suspendue faute d'actif. À cet égard, si le recourant a indiqué dans son opposition que sa société n'avait plus aucun actif, il ressort de ses comptes qu'elle avait encore, au 31 décembre 2023, CHF 16'602.31 de « liquidités et titres ». Finalement, le fait que l'assurance de personnes auprès d'AXA ait été résiliée et que le recourant ait récupéré sa prestation de sortie au 30 novembre 2023 ne suffisent pas à démontrer qu'une reprise des activités ne serait plus possible, étant relevé que le recourant exerçait seul son activité pour sa société et que celle-ci n'a jamais nécessité de locaux, indices supplémentaires démontrant qu'une reprise des activités ne peut être exclue.

Par conséquent, une continuation des activités ne peut être considérée comme exclue, de sorte que c'est à juste titre que l'autorité intimée a retenu dans sa décision initiale que le recourant occupait encore une position assimilable à celle de l'employeur. L'autorité intimée était partant fondée à refuser de reconnaître au recourant le droit à l'indemnité de chômage.

7. 7.1 Dans ces circonstances, la décision de l'autorité intimée est conforme au droit et le recours, mal fondé, sera rejeté.

7.2 La procédure est gratuite (art. 89H al. 1 LPA et vu l'art. 61 let. f^{bis} LPGA).

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

Statuant

À la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. Le rejette.
3. Dit que la procédure est gratuite.
4. 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

Nathalie KOMAISKI

Justine BALZLI

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