RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2667/2021 **ATAS/361/2023**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 4 mai 2023

Chambre 3

En la cause

Monsieur A_____ recourant
représenté par Me Andres PEREZ

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHÔMAGE intimée

Siégeant : Karine STECK, Présidente ; Claudiane CORTHAY, Michel BIOT, Juges assesseurs

EN FAIT

A. **a.** Monsieur A_____ (ci-après : l'assuré), né en 1989, a racheté en mars 2016 la totalité des parts sociales (20 parts de CHF 1'000.-) de B_____ Sàrl (ci-après : la société), fondée en octobre 2013, qui avait notamment pour but l'exploitation d'un café, bar et restaurant. A partir du rachat par l'assuré, devenu associé-gérant, le but social a été élargi à l'importation et à l'exportation de produits alimentaires.

b. Le 15 septembre 2020, l'assuré s'est annoncé auprès de l'Office cantonal de l'emploi (ci-après : OCE).

c. Le 9 octobre 2020, il a demandé à la Caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après : la caisse) le versement des indemnités de chômage à partir du 15 septembre 2020.

L'assuré a indiqué avoir, durant les deux années précédentes, été employé de la société. Selon le formulaire « attestation de l'employeur », complété le même jour, c'était cette dernière qui, le 30 août 2020, avait résilié son contrat de travail pour le 1er septembre 2020.

B. **a.** Par décision du 6 novembre 2020, la caisse a rejeté la demande d'indemnités, motif pris notamment que le délai de licenciement n'avait pas été respecté et que l'assuré réunissait les qualités à la fois d'employeur et d'employé. En effet, en date du 15 septembre 2020, l'intéressé figurait toujours comme associé-gérant au registre du commerce. Malgré tout, l'assuré n'était pas dispensé de remplir le formulaire « indications de la personne assurée » (IPA) et de le transmettre signé à la caisse à la fin de chaque mois.

b. Par jugement du 23 novembre 2020 (JTPI/14395/2020), le Tribunal de première instance a constaté le surendettement de la société et prononcé sa faillite.

c. Le 7 décembre 2020, l'assuré s'est opposé à la décision du 6 novembre 2020 en demandant à être mis au bénéfice d'indemnités de chômage à compter du 1er décembre 2020, puisque, compte tenu de la faillite prononcée le 23 novembre 2020, il n'occupait plus de position assimilable à celle d'un employeur. En tenant compte du délai de congé (de trois mois) prévu par le contrat de travail, les rapports de travail avaient pris fin le 30 novembre 2020.

d. Par décision du 18 décembre 2020, la caisse a rejeté l'opposition et confirmé son refus de prester.

Considérant que « seule la radiation de la société ou du statut de [l'assuré] tant statutairement que financièrement » permettait l'octroi d'indemnités, non pas de façon rétroactive, mais seulement dès la radiation de l'inscription correspondante du registre du commerce et ce, pour autant qu'alors, les autres conditions du droit à l'indemnité soient réunies, la caisse a estimé qu'elle ne pouvait annuler sa décision du 6 novembre 2020. En revanche, elle acceptait de renvoyer le dossier à

son service des prestations, afin que celui-ci examine le droit aux indemnités à partir du 1er décembre 2020.

e. Déférant à une demande de renseignements de la caisse, l'assuré lui a transmis, le 15 janvier 2021 :

- ses avis de taxation fiscale, faisant état d'un salaire brut de CHF 18'000.- en 2018 et de CHF 114'000.- en 2019 ;
- une copie de l'attestation des salaires établie par la société pour l'année 2019 (CHF 114'000.-), précisant que la masse salariale estimée pour 2020 s'élevait à CHF 144'000.-.

S'agissant du justificatif de perception des salaires pour la période de septembre 2018 à août 2020, également demandé par la caisse, l'assuré indiquait que sa fiduciaire ne pouvait établir une telle attestation et que seuls les avis de taxation faisaient foi.

C. **a.** Par décision du 16 février 2021, notifiée directement à l'assuré plutôt qu'à son conseil, la caisse a considéré que les conditions d'octroi des indemnités pour la période postérieure au 1er décembre 2020 n'étaient pas remplies.

D'une part, les décomptes de salaire et extraits des comptes individuels AVS (ci-après : CI) pour les années 2018 (faisant mention d'un revenu de CHF 18'000.- d'avril à décembre), 2019 (mentionnant un revenu de CHF 114'000.- de janvier à décembre) et 2020 ne permettaient pas d'établir clairement quels salaires avaient été effectivement versés.

D'autre part, le droit aux indemnités était subordonné à la cessation définitive des activités de la société, à la rupture totale des liens de l'assuré avec cette dernière ou l'accomplissement de six mois minimum dans une entreprise tierce en qualité de simple employé.

b. Le 15 mars 2021, le conseil de l'assuré a rappelé à la caisse l'élection de domicile annoncée le 7 septembre 2020.

c. Par courriel du 16 mars 2021, la caisse lui a transmis la décision rendue un mois plus tôt.

d. Le 13 avril 2021, l'assuré s'est opposé à la décision du 16 février 2021 en soutenant que, même si, en principe, le maintien d'une position assimilable à celle d'un employeur pendant la liquidation de la société était incompatible avec l'octroi d'indemnités de l'assurance-chômage, il n'en allait pas de même en l'espèce, puisque la procédure de faillite avait été suspendue faute d'actifs le 15 janvier 2021 et la société radiée d'office le 2 mars 2021. Par ailleurs, dans la mesure où il ressortait de l'inventaire de la faillite que la société ne détenait plus, à ce moment, ni dépôt, ni stock, ni fonds, il n'aurait pas pu poursuivre les activités de la société durant la phase de sa liquidation.

e. Par décision du 11 juin 2021, la caisse a rejeté l'opposition, motif pris que l'assuré était encore associé-gérant de la société en liquidation le 1er décembre 2020 ; ce n'était qu'à compter du 22 février 2021 qu'il avait rompu définitivement ses liens avec cette dernière, soit « au moment de sa radiation » (NDR : selon l'extrait du registre du commerce, le 22 février 2021 correspond à la date du jugement clôturant la procédure de faillite et ouvrant la voie à la radiation d'office de la société, qui a eu lieu le 2 mars 2022). Quoi qu'il en soit, l'assuré ne pouvait prouver la perception de ses salaires, de sorte que la période de travail invoquée ne pouvait être prise en considération.

D. **a.** Le 16 août 2021, l'assuré a interjeté recours auprès de la Cour de céans en concluant à l'octroi d'indemnités de chômage à partir du 1er décembre 2020.

À l'appui de ses conclusions, le recours réitère en substance les arguments développés dans son opposition. Selon lui, les documents transmis à la caisse – à savoir les bulletins de salaire de janvier 2019 à août 2020, sa déclaration fiscale pour l'année 2019, les avis de taxation 2018 et 2019, un extrait de son CI 2019, une facture d'acomptes du 2 septembre 2020 du service des employeurs, l'attestation des salaires de l'année 2021, ainsi que le bilan intermédiaire de la société pour l'année 2020 – constituent une preuve suffisante du versement effectif du salaire.

b. Invitée à se déterminer, l'intimée, dans sa réponse du 13 octobre 2021, a fait part de ses doutes quant à la réalité des salaires ressortant des documents transmis.

Elle s'étonne que les salaires mensuels annoncés aient augmenté de manière conséquente entre 2018 (CHF 2'000.-) et 2019 (CHF 7'000.- dès le 1er janvier, respectivement CHF 12'000.- dès le 1er juillet), alors même que la société rencontrait des difficultés financières.

Elle ajoute que, même si les montants cités sont corroborés par les fiches de salaire, l'extrait du CI et les avis de taxation fiscale pour les années 2018 et 2019, il n'en demeure pas moins que l'assuré a produit par la suite – dans le cadre de l'opposition à la décision du 6 novembre 2020 et du recours contre la décision sur opposition du 11 juin 2021 – un contrat de travail daté du 1er avril 2018, faisant état d'un salaire mensuel de CHF 12'000.-.

L'intimée a dès lors requis une instruction portant sur la période de cotisation et le salaire versé, tout en concluant, en l'état, au rejet du recours.

c. Le 5 novembre 2021, le recourant a persisté dans ses conclusions.

À l'appui de sa position, il produit sa déclaration fiscale pour l'année 2020 – établie dans l'intervalle – et relève que, dans une décision sur opposition du 4 octobre 2021, le service juridique de la caisse genevoise de compensation lui a reconnu le droit à une allocation pour perte de gain pour Covid-19 sur la base d'un salaire de CHF 76'420.- pour la période de janvier à juillet 2020.

S'agissant de l'augmentation de ses revenus entre 2018 et 2020, il l'explique par le fait qu'il gérait seul la société et que celle-ci le rétribuait en fonction du développement des affaires. Ainsi, lors de sa création, en 2018, la société avait peu d'activité et ne produisait que très peu de bénéfices. Le salaire de CHF 2'000.- avait été fixé en fonction de ce que le recourant percevait en moyenne sur cette période. La première augmentation de CHF 2'000.- à CHF 7'000.-, en janvier 2019, a coïncidé avec le début de l'importation de produits et l'augmentation de la clientèle. La deuxième est intervenue en juillet 2019, lorsque la société avait connu un grand succès, reposant sur le travail d'un seul salarié, le recourant lui-même.

Ce n'est qu'après l'entrée en vigueur des mesures sanitaires en lien avec la pandémie de COVID-19 que la société a commencé à rencontrer des difficultés. Durant cette période, le recourant n'a pu obtenir les aides qui lui auraient permis de contrôler et couvrir ses pertes. Aussi a-t-il été contraint de cesser son activité et de déclarer la faillite de la société.

d. Une audience de comparution personnelle s'est tenue en date du 16 août 2022.

L'intimée s'est étonnée des affaires florissantes alléguées pour l'année 2019. Elle a fait remarquer que, selon l'extrait du registre du commerce, la société a fait faillite une première fois le 27 mai 2019, même si cette faillite a été révoquée le 14 juin 2019.

Elle a également relevé que, d'après le compte de pertes et profits, en 2019, le salaire versé s'était élevé à CHF 124'248.20 pour un chiffre d'affaires de CHF 140'799.95. Quant au revenu de CHF 76'420.- annoncé pour la période de janvier à juillet 2020 et inscrit au CI du recourant, il ne correspondait pas à 12'000.- CHF/mois, mais à environ 10'917.- CHF/mois.

Le recourant a produit l'avis de taxation fiscale relatif à l'année 2020 ainsi qu'un extrait de son CI du 10 août 2022, ces pièces faisant toutes deux état d'un revenu de CHF 76'420.- en 2020, l'extrait du CI précisant toutefois que ce revenu avait été réalisé pour la période du 1er janvier au 31 juillet 2020.

Le recourant a expliqué avoir repris la société en 2016 déjà. A cette époque, il travaillait encore en tant que chef cuisinier dans un restaurant. Il avait pris le temps de préparer son activité, qui n'avait réellement débuté qu'en 2018. Le contrat de travail initial du 1er avril 2018 avait été rédigé le 1er janvier 2019, lorsqu'il avait régularisé sa situation auprès des diverses assurances. Ce document faisait état d'un revenu de 2'000.- CHF/mois. Par la suite, lorsqu'il avait fallu produire à nouveau ce contrat de travail, la fiduciaire avait établi un nouveau document dans lequel elle avait fait mention - par erreur - d'un revenu mensuel de CHF 12'000.- en 2018.

Quant à la première faillite, c'était le fruit d'une erreur : des factures avaient été adressées à l'ancienne adresse de la société et ne lui étaient donc pas parvenues.

Une fois avisé de cette situation, il les avait réglées, si bien que la faillite avait été révoquée.

Afin de réduire les frais de loyer entre 2019 et 2020 (de CHF 5'180.- à CHF 1'410.-), il avait quitté son local « situé à la Faucille » pour un box à Satigny. En effet, depuis mars 2020, avec la période COVID, l'activité s'était considérablement ralentie, si bien que les marchandises avaient grandement diminué et, par voie de conséquence, les besoins en capacité de stockage aussi. Il n'avait effectivement pas touché le salaire d'août 2020. En revanche, comme cela ressortait de la décision sur opposition du 4 octobre 2021 précitée, il avait finalement obtenu les APG pour la période de septembre à novembre 2020.

Interrogé sur le revenu de CHF 76'420.- mentionné dans son CI pour la période du 1er janvier au 31 juillet 2020, correspondant à 10'917.- CHF/mois environ (soit un montant inférieur aux CHF 12'000.- mensuels mentionnés dans son contrat de travail pour cette période), le recourant a expliqué qu'il n'avait effectivement pas reçu l'entier de son salaire de juillet 2020, mais seulement celui dû pour la première semaine de ce mois.

e. Le 17 août 2022, la Cour de céans a ordonné à l'entreprise individuelle C_____, D_____, soit à Monsieur D_____, son exploitant (ci-après : la fiduciaire), de lui communiquer les comptes de pertes et profits 2018 et 2019 de la société, ainsi qu'une attestation mentionnant les salaires versés mensuellement pour la période 2018 à 2020.

f. Par pli du 25 août 2022, la fiduciaire a transmis à la Cour de céans les comptes de pertes et profits demandés et, pour le surplus, les certificats et bulletins de salaires pour la période 2018 à 2020. Elle a précisé avoir établi la comptabilité et les déclarations fiscales 2018 à 2020 de la société sur la base des documents, informations et chiffres communiqués par le recourant et ne s'être occupée ni de la caisse, ni du compte bancaire de la société, ni du versement des salaires, ni des paiements ou transactions.

g. Par écriture du 6 septembre 2022, l'intimée a persisté dans ses conclusions. Elle disposait déjà des pièces transmises par la fiduciaire, qui n'apportaient donc rien de nouveau.

h. Par envoi spontané du 14 septembre 2022, le recourant a souhaité rectifier les propos tenus lors de l'audience du 16 août 2022.

En réalité, il avait bien reçu le salaire de juillet 2020 et s'était donc trompé en faisant mention d'un versement partiel de celui-ci.

En revanche, il n'avait reçu qu'une partie de ses salaires d'avril et mai 2020, durant lesquels il avait bénéficié d'indemnités pour réduction de l'horaire de travail (RHT). Le montant annoncé de CHF 76'420.- pour la période de janvier à juillet 2020 correspondait aux salaires mensuels bruts, sans les RHT.

EN DROIT

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.

2. À teneur de l'art. 1 al. 1 LACI, les dispositions de la LPGA s'appliquent à l'assurance-chômage obligatoire et à l'indemnité en cas d'insolvabilité, à moins que la LACI n'y déroge expressément.

3. Interjeté dans la forme et le délai prévus par la loi, compte tenu de la suspension des délais pour la période du 15 juillet au 15 août inclusivement (art. 38 al. 4 let. b LPGA et art. 89C let. b de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 [LPA – E 5 10]), le recours est recevable.

4. Le litige porte sur le bien-fondé de la décision de l'intimée de nier à l'assuré le droit à l'indemnité de chômage dès le 1er décembre 2020.

5. L'art. 8 LACI énumère les conditions d'octroi de l'indemnité de chômage. Conformément à l'art. 8 al. 1 LACI, l'assuré doit, pour bénéficier de cette prestation prévue par l'art. 7 al. 2 let. a LACI, être sans emploi ou partiellement sans emploi (let. a), avoir subi une perte de travail à prendre en considération (let. b), être domicilié en Suisse (let. c), avoir achevé sa scolarité obligatoire et n'avoir pas encore atteint l'âge donnant droit à une rente AVS et ne pas toucher de rente de vieillesse de l'AVS (let. d), remplir les conditions relatives à la période de cotisation ou en être libéré (let. e), être apte au placement (let. f) et satisfaire aux exigences de contrôle (let. g).

Ces conditions sont cumulatives (ATF 124 V 215 consid. 2). Elles sont précisées par plusieurs dispositions de la LACI et de l'ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 31 août 1983 (OACI – RS 837.02), ainsi que – dans les limites d'admissibilité de telles directives administratives (ATF 144 V 202 ; ATF 144 V 195 ; ATAS/1191/2014 du 18 novembre 2014 consid. 4 et doctrine et jurisprudence citées) – par les instructions édictées par le Secrétariat d'Etat à l'économie (ci-après: SECO) en sa qualité d'autorité de surveillance de l'assurance-chômage chargée d'assurer une application uniforme du droit (art. 110 LACI), notamment par le biais du Bulletin LACI IC.

6.

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 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).

La jurisprudence considère par ailleurs qu'un travailleur qui jouit d'une situation comparable à celle d'un employeur – ou son conjoint –, n'a pas droit à l'indemnité de chômage (art. 8ss LACI) lorsque, bien que licencié formellement par une entreprise, il continue à fixer les décisions de l'employeur ou à influencer celles-ci de manière déterminante. Dans le cas contraire, en effet, on détournerait par le biais des dispositions sur l'indemnité de chômage la réglementation en matière d'indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail, en particulier l'art. 31 al. 3 let. c LACI. Dans ce sens, il existe un étroit parallélisme entre le droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail et le droit à l'indemnité journalière de chômage (arrêt du Tribunal fédéral 8C_481/2010 du 15 février 2011 consid. 3.2).

Lorsque le salarié qui se trouve dans une position assimilable à celle d'un employeur quitte définitivement l'entreprise en raison de la fermeture de celle-ci, il n'y a pas de risque que les conditions posées par l'art. 31 al. 3 let. c LACI soient contournées. Il en va de même si l'entreprise continue d'exister, mais que l'assuré rompt définitivement tout lien avec elle après la résiliation des rapports de travail. Dans un cas comme dans l'autre, il peut en principe prétendre à des indemnités journalières de chômage. 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 (cf. 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, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, 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).

7.

7.1 Le principe inquisitoire, qui régit la procédure dans le domaine de l'assurance sociale (cf. art. 43 al. 1 et 61 let. c LPGA), exclut que la charge de l'apport de la preuve (« Beweisführungslast ») incombe aux parties, puisqu'il revient à l'administration, respectivement au juge, de réunir les preuves pour établir les faits pertinents. Dans le procès en matière d'assurances sociales, les parties ne supportent en règle générale le fardeau de la preuve que dans la mesure où la partie qui voulait déduire des droits de faits qui n'ont pas pu être prouvés en supporte l'échec. Cette règle de preuve ne s'applique toutefois que s'il n'est pas possible, dans les limites du principe inquisitoire, d'établir sur la base d'une appréciation des preuves un état de fait qui correspond, au degré de la vraisemblance prépondérante, à la réalité (ATF 128 V 218 consid. 6 ; ATF 117 V 261 consid. 3b ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_632/2012 du 10 janvier 2013 consid. 6.2.1).

7.2 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 ne revêtent une importance significative ou n'entrent raisonnablement en considération (ATF 139 V 176 consid. 5.3 et les références). Parmi tous les éléments de fait allégués ou envisageables, le juge doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables (ATF 126 V 360 consid. 5b ; 125 V 195 consid. 2 et les références ; cf. ATF 130 III 324 consid. 3.2 et 3.3). 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 322 consid. 5a).

8. En l'espèce, il est constant que le recourant a occupé la fonction d'associé-gérant de la société dès le rachat de toutes les parts de celle-ci, en 2016. Il est également établi que, malgré son auto-licenciement avec effet au 30 novembre 2020, le recourant a conservé son statut d'associé-gérant au-delà de la faillite de la société, prononcée le 23 novembre 2020, soit durant la phase de liquidation et jusqu'à la radiation de la société, le 2 mars 2021. Pour le surplus, même s'il concède qu'il n'a en principe pas droit à l'indemnité de chômage en tant que personne fixant les décisions que prend l'employeur, le recourant n'en soutient pas moins qu'après la faillite de la société, l'entrée en liquidation de cette dernière et la suspension de la faillite – faute d'actifs – devrait conduire à considérer qu'il n'avait aucune possibilité de gain, malgré le maintien de la qualité d'organe de la société jusqu'à la radiation de celle-ci du registre du commerce.

Pour sa part, l'intimée constate qu'au 1er décembre 2020, date à partir de laquelle le recourant demande le versement des indemnités de l'assurance-chômage, l'intéressé était toujours associé-gérant de la société et qu'il l'est resté jusqu'à la radiation, ce moment marquant la rupture définitive des liens avec la société.

La Cour de céans constate pour sa part qu'en l'occurrence, il n'y a pas eu de liquidation ordinaire au sens des art. 739ss du Code des obligations (CO – RS 220), puisque la société a été mise en faillite par jugement (cf. arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 267/05 du 19 décembre 2006 consid. 4.3.3). Comme il ressort de l'extrait du registre du commerce pertinent, la faillite a été ouverte le 23 novembre 2020. La procédure de faillite a toutefois été suspendue le 15 janvier 2021, faute d'actifs. Lors d'une telle suspension de la faillite, il n'y a en général plus rien à liquider (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 267/04 du 3 avril 2006 consid. 4.2). En outre, en pareille situation, la société est radiée d'office du registre du commerce (cf. art. 159 al. 5 let. a de l'ordonnance sur le registre du commerce du 17 octobre 2020 dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2020 (ORC – RS 221.411). C'est ce qui s'est passé le 2 mars 2021 dans le cas présent.

En l'occurrence, le recourant réclame des indemnités de chômage à partir du 1er décembre 2020. À cette date, il était inscrit au registre du commerce dans une position similaire à celle d'un employeur. Toutefois, compte tenu de la radiation d'office de la société trois mois plus tard, aucun événement pertinent ne pouvait se produire durant ce laps de temps. En particulier, il n'était plus réellement envisageable que le recourant puisse se faire réengager par la société en liquidation et en tirer un revenu. Il n'y avait donc plus de risque d'abus, raison pour laquelle l'intimée ne peut tirer argument de la position du recourant, assimilable à celle d'un employeur jusqu'au 2 mars 2021, pour lui nier le droit à l'indemnité de chômage à partir du 1er décembre 2020 (cf. l'arrêt C 267/04 précité pour un cas et une appréciation similaire).

9. Cela étant, il reste à examiner si, dans les limites du délai-cadre de cotisation de deux ans précédant la date à partir de laquelle le recourant prétend l'indemnité (i.e. le 1er décembre 2020 ; art. 9 al. 3 LACI), soit du 1er décembre 2018 au 30 novembre 2020, l'assuré a exercé durant douze mois au moins une activité soumise à cotisation (art. 13 al. 1 LACI).

9.1 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. Aussi, la jurisprudence exposée au DTA 2001 p. 225ss ne doit-elle pas être comprise en ce sens qu'un salaire doit en outre avoir été effectivement versé; la preuve qu'un salaire a bel et bien été payé reste seulement un indice important en ce qui concerne la preuve de l'exercice effectif de l'activité salariée (ATF 131 V 444 consid. 3; arrêt du Tribunal fédéral C 267/05 du 19 décembre 2006 consid. 2.2.1). Dans ce même arrêt (ATF 131 V 444), le Tribunal fédéral a aussi indiqué que lorsque l'assuré ne parvient pas à prouver qu'il a effectivement reçu 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 articles 8 al. 1 let. e et 13 LACI que s'il est établi que celui-ci a totalement renoncé à la rémunération pour le travail effectué. 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 (arrêt C 267/05 précité, consid. 2.2.2 et la référence).

9.2 Selon l'art. 23 al. 1 LACI, est réputé gain assuré le salaire déterminant au sens de la législation sur l'AVS obtenu normalement au cours d'un ou de plusieurs rapports de travail durant une période de référence, y compris les allocations régulièrement versées et convenues contractuellement, dans la mesure où elles ne sont pas des indemnités pour inconvénients liés à l'exécution du travail. Le montant maximum du gain assuré correspond à celui de l'assurance-accidents obligatoire ; le gain n'est pas réputé assuré lorsqu'il n'atteint pas un montant minimum, qui est de CHF 500.- par mois, étant précisé que les gains résultant de plusieurs rapports de travail s'additionnent (art. 40 de l'ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 31 août 1983 ; OACI - RS 837.02) et qu'en cas de fluctuation des gains durant la période de référence, c'est la moyenne qui fait foi, même si la limite des CHF 500.- n'a pas été atteinte durant certains mois (Boris RUBIN, op. cit., p. 253, n. 18 ; Bulletin LACI IC, ch. C12 ss et C23a). Le gain assuré est calculé sur la base du salaire moyen des six derniers mois de cotisation qui précèdent le délai-cadre d'indemnisation (art. 37 al. 1 OACI) ; il est déterminé sur la base du salaire moyen des douze derniers mois de cotisation précédant le délai-cadre

d'indemnisation si ce salaire est plus élevé que le salaire moyen visé à l'al. 1 (art. 37 al. 2 OACI ; Bulletin LACI IC, ch. C15).

9.3 Dans la mesure où l'exercice effectif d'une activité salariée a été prouvé, mais que le salaire exact versé n'est pas clair, une correction doit être effectuée sur le gain assuré (ATF 131 V 444 consid. 3.2.3 ; arrêts du Tribunal fédéral 8C_749/2018 du 28 février 2019 consid. 3.2 ; 8C_75/2013 du 25 juin 2013 consid. 2.2 et les références). Ainsi, lorsque l'exercice d'une activité soumise à cotisation est établi à satisfaction de droit, mais que le montant exact du salaire versé ne l'est pas clairement, il y a lieu de réduire le gain assuré au niveau du salaire effectivement versé (ATF 131 V 44 consid. 3.2.3 ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 83/06 du 18 août 2006 consid. 2.2). Dans ce contexte, l'impossibilité de déterminer le montant du salaire a pour conséquence qu'un gain assuré au sens de l'art. 23 al. 1 LACI, en relation avec l'art. 40 OACI, ne peut être établi, ce qui peut entraîner en définitive la négation du droit à l'indemnité de chômage (arrêt du Tribunal fédéral 8C_472/2019 du 20 novembre 2019 consid. 4.1). Dans le cas d'une Sàrl unipersonnelle, les exigences en matière de preuve sont particulièrement élevées. Il convient notamment d'exiger, dans ce cas, que les transactions (y compris le paiement des salaires) entre la société et l'associé soient clairement documentées et traitées sans équivoque sur le plan comptable (arrêt 8C_472/2019 précité, consid. 4.2 et la référence). Dans un arrêt du 15 avril 2005, concernant un chômeur ayant cumulé les fonctions de directeur général, administrateur et actionnaire unique d'une SA, le Tribunal fédéral des assurances a rappelé que l'exercice effectif d'une activité soumise à cotisation implique également qu'un salaire ait été réellement versé au travailleur. Il n'y a pas d'activité soumise à cotisation en l'absence de preuves de la rémunération du travailleur, telles que des extraits bancaires ou postaux ou des quittances de salaire. La déclaration d'impôts et le formulaire de salaire signé par l'assuré et destiné à l'AVS ne constituent pas des preuves suffisantes du versement du salaire. Il en va de même de la créance correspondant à six mois de salaire produite dans la faillite de la société (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 199/04 du 15 avril 2005 consid. 2.2 et 3.2). La preuve du versement effectif du salaire, même si elle ne constitue pas une condition du droit à part entière (cf. ci-dessus : consid. 9.1), devrait néanmoins être exigée des personnes qui ont occupé une position assimilable à celle d'un employeur durant le délai-cadre de cotisation (cf. Boris RUBIN, Assurance-chômage, Traité, 2ème éd. 2006, p. 178).

9.4 En l'occurrence, il existe certes des indices en faveur de l'exercice d'une activité soumise à cotisation durant le délai-cadre du 1er décembre 2018 au 30 novembre 2020 : les bulletins de salaire, dont les montants (CHF 2'000.- en décembre 2018, CHF 7'000.- de janvier à juin 2019 et CHF 12'000.- dès juillet 2019) se recoupent non seulement avec la rémunération prévue par les contrats de travail successifs, les déclarations de salaire et les

inscriptions portées au CI pour 2018 et 2019, mais aussi avec les déclarations fiscales et les avis de taxation versés au dossier.

Cependant, en tant qu'elles se rapportent à une période durant laquelle le recourant occupait une fonction assimilable à celle d'un employeur, les pièces précitées renferment le risque de n'être que des attestations de complaisance, si bien que l'apparence d'une période de cotisation qu'elles créent ne constitue pas une preuve suffisante du versement du salaire qu'elles mentionnent, en particulier à la lumière des explications données le 25 août 2022 par la fiduciaire, dont il ressort qu'elle a établi la comptabilité et les déclarations fiscales 2018, 2019 et 2020 sur la base des documents, informations et chiffres que le recourant lui a annoncés.

Qui plus est, le premier contrat de travail, prévoyant une entrée en fonction le 1er avril 2018 et un salaire de CHF 2'000.-, a été daté et signé le 9 janvier 2019 par le recourant (pièce 4 intimée). En revanche, un autre contrat de travail, prévoyant également une entrée en fonction le 1er avril 2018, a été daté et signé le 1er avril 2018 et fait mention d'un salaire de CHF 12'000.- (pièce 25 intimée et pièce 4 recourant).

Force est également de constater que l'inscription portée au CI pour la période de janvier à juillet 2020 (CHF 76'420.-) ne correspond pas au salaire contractuel de CHF 12'000.- mais à une moyenne de CHF 10'917.- par mois. A propos de la différence de CHF 1'083.- par mois qui en résulte, le recourant a donné des explications qui ont varié entre le moment de son audition, le 16 août 2022, et le 14 septembre 2022, sans qu'aucune des deux versions alléguées – qu'il s'agisse du versement partiel du salaire de juillet 2020 ou de la mise au bénéfice d'indemnités pour RHT en avril et mai 2020 – ne soit documentée par la moindre pièce.

Quant aux comptes de pertes et profits 2018 et 2019, ils comportent certes un poste intitulé « salaire & cotisations » pour des montants s'élevant à CHF 20'112.95, respectivement CHF 124'248.-. Sachant toutefois que ces chiffres reposent uniquement sur les informations que le recourant a communiquées à sa fiduciaire, et que celle-ci a précisé le 25 août 2022 qu'elle ne s'était occupée ni de la caisse, ni du compte bancaire de la société, ni du versement des salaires. C'était donc au recourant qu'il incombait d'alléguer l'ensemble des faits et moyens de preuves nécessaires à établir le versement effectif des salaires durant le délai-cadre de cotisation – par exemple, par des extraits de son compte personnel et/ou du compte de la société, complétés, le cas échéant, par des explications sur les mouvements bancaires enregistrés –, d'autant que la décision (initiale) du 16 février 2021 constatait déjà – à juste titre – l'absence de justificatifs permettant d'établir clairement les salaires effectivement versés.

Dès lors qu'il a manqué à son devoir d'allégation et laissé de surcroît entendre, dès le 15 janvier 2021, qu'il ne produirait pas de justificatif de perception des salaires, le recourant doit en supporter les conséquences, étant précisé que la maxime inquisitoire ne saurait exiger de l'autorité saisie qu'elle examine d'office toutes les hypothèses envisageables ou qu'elle interpelle la partie recourante pour qu'elle complète son recours sur un point précis (ATF 140 V 399 consid. 5.5 ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances 9C_632/2014 du 20 janvier 2015 consid. 3.3). Il s'ensuit qu'en l'absence de preuve d'une rémunération effectivement touchée, le recourant ne remplit pas les conditions relatives à la période de cotisation pour pouvoir prétendre l'indemnité de chômage à partir du 1er décembre 2020.

10. Au vu de ce qui précède, le recours est rejeté.

Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. fbis LPGA a contrario).

*****

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
Christine RAVIER	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