

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4103/2023

ATAS/945/2024

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 14 novembre 2024

Chambre 3

En la cause

Monsieur A_____

recourant

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHÔMAGE

intimée

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

EN FAIT

- A. a.** B_____ en liquidation (ci-après : B_____) est une société à responsabilité limitée, inscrite au registre du commerce de Genève le 4 avril 2013 et radiée le 14 août 2024, suite à la clôture de la procédure de faillite. Son but était notamment l'exploitation d'un bar à chichas et toutes activités dans la restauration et le commerce, principalement celui du tabac.

Monsieur A_____ (ci-après : l'assuré), né en 1972, a été inscrit au registre du commerce en tant que gérant, avec signature individuelle, du 27 février 2015 au 6 juillet 2022.

Du 1^{er} mai 2014 au 30 mai 2022, date pour laquelle il a été licencié en raison de la fermeture de la société, l'assuré a travaillé pour B_____ en qualité de cadre en restauration, à raison de 18 heures par semaine selon le contrat de travail.

- b.** C_____ (ci-après : C_____) est une société à responsabilité limitée inscrite au registre du commerce de Genève le 5 juillet 2012, dont le but est notamment l'exploitation du restaurant D_____.

L'assuré a été inscrit au registre du commerce en qualité de directeur, avec signature collective à deux, du 29 septembre 2020 au 24 avril 2024.

Depuis le 1^{er} septembre 2020, il a également été lié à cette société par un contrat de travail en tant que directeur de restaurant.

- c.** E_____ (ci-après : E_____) est une société anonyme inscrite au registre du commerce de Genève le 9 août 2017, dont le but est le suivant : toutes activités liées au domaine de l'exploitation de restaurants et des métiers de l'hôtellerie, ainsi que le commerce de denrées alimentaires.

L'assuré a été inscrit au registre du commerce comme bénéficiaire de la procuration collective à deux du 20 septembre 2021 au 28 juillet 2023.

Du 15 décembre 2020 au 31 août 2023, l'assuré a également été lié à cette société par un contrat de travail, pour une activité de directeur d'exploitation de la cafétéria E_____, sise rue F_____, à Genève.

- B. a.** Le 3 juin 2022, l'assuré s'est annoncé auprès de la Caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après : la caisse) vu son licenciement, par B_____, pour le 30 mai 2022.

b. Après avoir recueilli les pièces pertinentes, notamment les fiches de salaire établies par les trois sociétés susmentionnées, les attestations d'employeur établies par C_____ et E_____, les avis de taxation pour les impôts cantonaux et communaux 2020 et pour l'impôt fédéral direct, ainsi que pour les impôts cantonaux et communaux 2021, la caisse a rejeté la demande de prestations, par décision du 18 juillet 2023, au motif que l'assuré ne remplissait pas les conditions

d'octroi de l'indemnité de chômage, dès lors qu'il n'avait pas prouvé la perception effective de salaires pour son activité effectuée auprès de B_____.

c. Par courrier du 26 juillet 2023, complété le 13 septembre 2023, l'assuré s'est opposé à cette décision en expliquant qu'il avait travaillé pour B_____ du 29 septembre 2017 au 31 mai 2022, pour un salaire mensuel de CHF 1'800.- et qu'il avait reçu environ CHF 32'000.- nets entre le 3 juin 2020 et le 2 juin 2022. Aucun salaire ne lui avait toutefois été versé par la société entre janvier et mai 2022. Bien que toujours inscrite au registre du commerce, la société n'avait plus d'adresse connue, ni d'activité. Quant aux associés gérants, ils étaient domiciliés en France. Malgré ses démarches, l'assuré n'avait pas été en mesure de parler avec Monsieur G_____, l'un des associés-gérants de la société, qui était par ailleurs son unique interlocuteur ; il n'avait dès lors pas pu obtenir les documents demandés. L'assuré disait avoir également travaillé pour E_____ du 15 décembre 2020 au 31 août 2023 pour un salaire mensuel de CHF 1'664.- et avoir reçu, entre le 3 juin 2020 et le 2 juin 2022, la somme de CHF 29'000.- nets environ. Depuis le 1^{er} septembre 2020, il travaillait pour C_____, pour un salaire mensuel de CHF 1'657.- et avait reçu la somme d'environ CHF 37'000.- nets entre le 3 juin 2020 et le 2 juin 2022. Il avait été engagé par ces trois sociétés, en tant qu'exploitant des établissements publics qu'elles géraient, et y travaillait environ 15 heures par semaine, ce qui correspondait à un taux d'occupation de 30%.

d. Par décision du 8 novembre 2023, la caisse a rejeté l'opposition. Elle a considéré que l'assuré n'avait pas démontré qu'il avait cotisé durant douze mois au moins. Il n'existait par ailleurs aucun motif de libération de l'obligation de cotiser.

C. a. Le 6 décembre 2023, l'assuré a interjeté recours auprès de la Cour de céans en reprenant les arguments précédemment avancés devant la caisse. En substance, il estime avoir fourni suffisamment de pièces pour démontrer le versement en espèces de son salaire.

b. Invitée à se déterminer, l'intimée, dans sa réponse du 9 février 2024, a admis, après réexamen du dossier, que le recourant remplissait les conditions relatives à la période de cotisation.

Cela étant, l'intimée fait valoir que, dès lors que le recourant était à la fois gérant avec signature individuelle de B_____ et exploitant d'un restaurant, il jouissait d'une position assimilable à celle d'un employeur, de sorte que son droit aux indemnités de chômage ne peut être reconnu qu'à compter du 7 juillet 2022, lendemain de la radiation de ses pouvoirs au registre du commerce, et non dès le 3 juin 2022, date de son inscription.

Pour le surplus, la caisse relève que le recourant n'était pas un employé quelconque de C_____ et de E_____, mais l'exploitant des établissements publics de ces sociétés. À ce titre, il occupait également une position assimilable à celle d'un employeur et, conformément aux directives en la matière, le versement

de son salaire en espèces devait être attesté de manière plus rigoureuse, par des pièces établies par des personnes externes aux sociétés. Relevant certaines contradictions concernant les montants allégués, l'intimée a sollicité la production d'un extrait actualisé du compte individuel du recourant et de l'avis de taxation concernant l'année 2022, afin de pouvoir procéder au calcul du gain assuré.

c. Après examen de ces pièces, l'intimée a reconnu le versement en espèces d'un salaire mensuel de CHF 1'993.80 par B_____, de juin à décembre 2021 (soit un montant total de CHF 13'956.60) et d'un salaire mensuel de CHF 1'863.35 par C_____ de juin à décembre 2021 également.

En revanche, l'intimée soutient que le versement en espèces, par E_____, d'un salaire mensuel de CHF 1'800.- n'a pas été rendu vraisemblable.

Selon l'intimée, le gain assuré s'élève dès lors à CHF 27'000.05 de juin 2021 à mai 2022 (soit 2'250.- CHF /mois). Les gains intermédiaires réalisés jusqu'au 30 avril 2023 auprès de C_____ (CHF 1'863.35) et de E_____ (CHF 1'800.-), étant supérieurs au gain assuré, l'intimée en tire la conclusion que le recourant n'a subi aucune perte de gain et qu'il n'a donc droit à aucune indemnité compensatoire.

L'intimée dit ne voir « aucune contradiction à tenir compte durant le délai-cadre d'indemnisation des gains intermédiaires réalisés auprès de C_____ et de E_____, qui [étaient] annoncés par le recourant (...) tout en refusant de tenir compte, dans le calcul du gain assuré, des revenus qu'il allègue avoir perçus de celle-ci entre juin 2021 et mai 2022 et de celle-là entre janvier et mai 2022. S'agissant du calcul du gain assuré, il [était] en effet patent qu'il n'a pas été à même d'établir la réalité de ces salaires ».

d. Les autres faits seront repris – en tant que de besoin – dans la partie « en droit » du présent arrêt.

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.

2.1 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 loi n'y déroge expressément.

2.2 Le délai de recours est de trente jours (art. 60 al. 1 LPGA ; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 [LPA - E 5 10]).

Interjeté dans la forme et le délai prévus par la loi, le recours est recevable.

3. Le litige porte sur le bien-fondé de la décision de l'intimée de nier au recourant le droit à une indemnité compensatoire, plus particulièrement sur le montant du gain assuré et celui du gain intermédiaire.

4.

4.1 L'indemnité de chômage est versée sous forme d'indemnités journalières : cinq indemnités journalières sont payées par semaine (art. 21 LACI).

L'indemnité journalière pleine et entière s'élève à 80% du gain assuré (art. 22 al. 1 1re phrase LACI), respectivement à 70% du gain assuré (art. 22 al. 2 LACI) pour les assurés qui n'ont pas d'obligation d'entretien envers des enfants de moins de 25 ans (let. a), bénéficient d'une indemnité journalière entière dont le montant dépasse 140 francs (let. b) ou ceux qui ne touchent pas une rente d'invalidité correspondant à un taux d'invalidité d'au moins 40% (let. c).

4.2

4.2.1 Est réputé gain assuré le salaire déterminant au sens de la législation sur l'AVS qui est 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 (art. 23 al. 1, 1re phrase, LACI).

Selon l'art. 37 OACI, le gain assuré est calculé sur la base du salaire moyen des six derniers mois de cotisation (al. 1), respectivement 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 (al. 2). Le montant maximum du gain assuré (art. 18 LPGA) correspond à celui de l'assurance-accidents obligatoire (art. 23 al. 1, 2e phrase, LACI), lequel se monte à CHF 148'200.- par an (art. 22 al. 1 OLAA) depuis le 1^{er} janvier 2016, soit à CHF 12'350.- par mois.

Est en principe déterminante pour le gain assuré la rémunération touchée effectivement par l'assuré. L'assuré supporte le fardeau de la preuve à cet égard (ATF 131 V 444 consid. 3).

En lien avec le versement effectif d'un salaire, le Tribunal fédéral a relevé que 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 et la référence). Les moyens de preuve pour attester du paiement effectif du salaire prétendu sont en principe des extraits bancaires ou postaux, ou des quittances de salaire. À défaut de telles pièces, le versement du salaire n'est pas réputé prouvé au degré de vraisemblance prépondérante (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 30/04 du 24 septembre 2004 consid. 3.1 ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 127/02 du 28 février 2003 consid. 2.2, in DTA 2004 p. 117 ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 35/04 du 15 février 2006 consid. 6.2). Des bulletins de salaire sur lesquels figure la signature de l'assuré et la mention « reçu en cash » ne suffisent pas non plus à établir que le salaire a effectivement été versé à l'assuré (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 353/05 du 4 octobre 2006 consid. 3). Cela étant, les attestations de l'employeur, les décomptes de salaire et les déclarations d'impôts signés par le travailleur ainsi que les inscriptions sur le compte individuel peuvent constituer des indices de paiement effectif du salaire (ATF 131 V 444 consid. 1.2).

4.2.2 En sa qualité d'autorité de surveillance de l'assurance-chômage chargée d'assurer une application uniforme du droit (art. 110 LACI), le Secrétariat d'État à l'économie (ci-après : SECO) a édicté des instructions notamment par le biais du Bulletin relatif à l'indemnité de chômage (ci-après : Bulletin LACI IC).

Est déterminant, en règle générale, le salaire convenu contractuellement pour autant que l'assuré l'ait effectivement touché. La preuve de la perception effective du salaire est déterminante pour établir l'existence d'une période de cotisation et pour fixer le gain assuré. Sans elle, le calcul du gain assuré ne serait pas possible. La preuve du versement effectif du salaire doit être établie selon B144 ss (Bulletin LACI n° C2).

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 par contre 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 (Bulletin LACI n° B145).

Pour les assurés occupant une position assimilable à celle d'un employeur et pour leur conjoint ou partenaire enregistré, la caisse doit, concernant le versement des salaires, procéder à des vérifications plus approfondies (Bulletin LACI n° B146). 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 (Bulletin LACI n° B147).

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. Si les justificatifs présentés ne permettent pas d'établir clairement les salaires effectivement versés pendant la période en cause, c'est à l'assuré de supporter les conséquences de l'absence de preuves et le droit à l'indemnité de chômage doit lui être nié faute de période de cotisation. La preuve de la perception effective du salaire est déterminante pour établir l'existence d'une période de cotisation et pour fixer le gain assuré. Sans elle, le calcul du gain assuré ne serait pas possible (Bulletin LACI n° B148).

4.2.3 La notion de « position assimilable à celle d'un employeur » a été développée en lien avec l'art. 31 al. 3 let. c LACI, lequel exclut notamment du droit à l'indemnité, en cas de réduction de l'horaire de travail, 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 d'un détenteur d'une participation financière à l'entreprise (arrêt du Tribunal fédéral C 163/04 du 29 août 2005).

Les membres des organes de direction de l'entreprise, qui disposent, en vertu de la loi et de façon contraignante d'un pouvoir de décision déterminant, sont considérés comme occupant une position comparable à celle d'un employeur et, partant d'emblée exclus du droit à l'indemnité de chômage. Tel est le cas des membres du conseil d'administration d'une SA, des associés-gérants d'une Sàrl, des membres de l'administration ou d'un comité d'une coopérative, des membres de la direction d'une association. En revanche, dans une Sàrl, les associés qui ne sont pas gérants ne sont pas d'emblée exclus du droit. Il en va de même des directeurs d'entreprise non membres d'un organe dirigeant. Dans de tels cas, un examen de leur pouvoir effectif d'influencer les décisions est nécessaire (Boris RUBIN, Assurance-chômage et service public de l'emploi, 2019, n° 87 p. 17 et 18 et note de bas de page 55 p. 18, et les références jurisprudentielles citées). Lorsqu'il s'agit de déterminer la possibilité effective d'influencer le processus de décision, il convient de prendre en compte les rapports internes existant dans

l'entreprise, en fonction des circonstances concrètes (RUBIN, op. cit., n° 86 p. 17).

La situation est en revanche différente quand la personne salariée qui se trouve dans une position assimilable à celle d'un employeur quitte définitivement l'entreprise en raison de la fermeture de celle-ci, car il n'y a alors 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 la personne assurée, par suite de la résiliation de son contrat, rompt définitivement tout lien avec la société et n'est donc plus en mesure d'influencer les décisions de l'employeur. Dans un cas comme dans l'autre, il peut en principe prétendre au versement d'indemnités journalières de chômage (ATF 123 V 234 ; arrêts du Tribunal fédéral 8C_384/2020 consid. 3.1 et 8C_811/2019 consid. 3.1.2 précités).

Lorsque la personne salariée 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). Autrement, en effet, la possibilité demeure que celle-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 en raison d'un risque de contournement de la loi. Cependant, si malgré le maintien de l'inscription au Registre du commerce, la personne assurée prouve qu'elle ne possède effectivement plus ce pouvoir, il n'y a pas détournement de la loi. C'est le moment de la démission effective du conseil d'administration qui est déterminant s'agissant de l'effectivité de la sortie du cercle des personnes ayant une influence considérable sur la marche de l'entreprise et non, en cas de contradiction, la date de la radiation de l'inscription au Registre du commerce ou celle de la publication dans la Feuille officielle suisse du commerce (ATF 126 V 134 consid. 5b ; arrêts du Tribunal fédéral 8C_102/2018 du 21 mars 2018 consid. 6.3 et 8C_1016/2012 du 19 août 2013 consid. 4.3 et les références).

4.3 Pendant la période d'indemnisation, l'assuré peut être amené à exercer une activité lucrative et à en tirer un gain intermédiaire. Dans ce cas de figure, l'indemnité chômage se calcule, conformément à l'art. 24 al. 1 LACI, selon le principe de la perte de gain, en soustrayant du montant de l'indemnité pleine tel que défini selon l'art. 22 LACI, le gain réalisé grâce à l'activité intermédiaire (ATAS/657/2011 du 28 juin 2011 consid. 4).

4.3.1 Selon l'art. 24 al. 1 LACI, est réputé intermédiaire tout gain que le chômeur retire d'une activité salariée ou indépendante durant une période de contrôle. L'assuré qui perçoit un gain intermédiaire a droit à la compensation de la perte de gain. Est réputée perte de gain la différence entre le gain assuré et le gain intermédiaire, ce dernier devant être conforme, pour le travail effectué, aux usages professionnels et locaux (art. 24 al. 3 LACI). Selon l'art. 41a al. 1 OACI, lorsque l'assuré réalise un revenu inférieur à son indemnité de chômage, il a droit à des indemnités compensatoires pendant le délai-cadre d'indemnisation. À noter que

cette disposition a été reconnue conforme à la loi (ATF 127 V 479 ; voir également SVR 1999 ALV n° 8 consid. 2c).

Pour déterminer si la limite de 70% ou 80% du gain assuré est atteinte, il faut prendre en compte les revenus de tous les rapports de travail (ATF 150 V 44 consid. 5.3).

Une prétention aux indemnités compensatoires n'existe que si le revenu global de la personne assurée demeure inférieur à l'indemnité de chômage à laquelle elle pourrait prétendre. Il s'ensuit qu'une perte de gain ne dépassant pas 20 ou 30% du gain assuré n'ouvre pas droit à l'indemnité puisqu'elle reste dans les normes du travail convenable selon l'art. 16 LACI (ATF 150 V 44 consid. 5.3, voir également l'ATF 127 V 479 = DTA 2002 p. 118). En effet, à teneur de la disposition précitée, en règle générale, l'assuré doit accepter immédiatement tout travail en vue de diminuer le dommage. Toutefois, selon l'art. 16 al. 2 let. i LACI, n'est pas réputé convenable tout travail qui procure à l'assuré une rémunération qui est inférieure à 70% du gain assuré, sauf si l'assuré touche des indemnités compensatoires conformément à l'art. 24 (gain intermédiaire) (...), étant précisé que selon la jurisprudence, tant qu'un assuré a droit à des indemnités compensatoires en vertu de l'art. 24 al. 4 LACI, le seuil du travail convenable se situe à 70% ou 80% du gain assuré (selon le taux d'indemnisation applicable) (ATF 150 V 444 consid. 5.3).

4.3.2 En résumé, lorsque pendant la période d'indemnisation, l'assuré exerce une activité lucrative et en tire un revenu inférieur à son indemnité de chômage, il a droit à des indemnités compensatoires (art. 41a. al. 1 OACI) se montant à 70 ou 80% de la perte de gain, selon le taux d'indemnisation auquel il a droit (cf. art. 24 al. 1 LACI 3^e phrase et art. 22 LACI).

Une perte de gain ne dépassant pas 20 ou 30% du gain assuré n'ouvre donc pas droit à l'indemnité puisqu'elle reste dans les normes du travail convenable selon l'art. 16 LACI (Bulletin LACI IC B94 ; ATF 150 V 44 consid. 5.3 dernier §).

Selon ce système, l'assuré qui bénéficie d'un gain intermédiaire touchera dans tous les cas un montant supérieur ou égal à son indemnité de chômage, ce qui lui permettra d'augmenter son revenu. Toutefois, si l'assuré exerce une activité lucrative qui lui procure un revenu correspondant au moins à celui de l'indemnité de chômage, on ne se trouve plus en présence d'un gain intermédiaire indemnifiable au sens de l'art. 24 LACI (ATF 121 V 353 et références citées).

4.3.3 Si une personne assurée a perdu l'un de ses emplois à temps partiel et continue d'exercer une ou plusieurs autre(s) activité(s) à temps partiel, il convient, pour déterminer si elle a droit à l'indemnisation de sa perte de gain, de comparer le revenu mensuel brut qu'elle réalise malgré son chômage partiel (revenu provenant d'une ou de plusieurs autres activités à temps partiel) avec l'indemnité de chômage à laquelle elle aurait droit si elle n'était pas au chômage partiel mais si elle était totalement sans emploi (ATF 150 V 44 consid. 5.4). Dans un tel cas, le(s)

revenu(s) de(s) (l') emploi(s) restant(s) est (sont) considéré(s) comme un (des) gain(s) intermédiaire(s) (cf. Directive LACI IC n° C124).

4.4 Les notions de gain assuré (art. 23 LACI) et de gain intermédiaire (art. 24 LACI) sont distinctes l'une de l'autre, mais étroitement liées. En effet, le gain réalisé par le chômeur durant une période de contrôle (art. 24 al. 1 LACI) réduit le manque à gagner résultant du chômage (art. 11 al. 1 LACI), de sorte que l'assurance-chômage n'indemnise que la différence entre le gain assuré et le gain intermédiaire (art. 24 al. 2 et 3 LACI) ; effectuer une telle comparaison nécessite d'en définir les termes selon des critères analogues. Il convient par ailleurs d'éviter, autant que possible, qu'un assuré se voie imputer un gain intermédiaire réalisé pendant un délai-cadre d'indemnisation et que ce revenu ne soit pas ensuite pris en considération pour déterminer son gain assuré (et inversement), lors de l'ouverture d'un deuxième délai-cadre d'indemnisation (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 45/01 du 14 novembre 2001 consid. 4).

Aussi, en règle générale, le Tribunal fédéral détermine le gain intermédiaire selon les mêmes règles qu'il applique au calcul du gain assuré. Ainsi en va-t-il, par exemple, du principe d'après lequel un revenu est réputé avoir été réalisé au moment où l'assuré a fourni la prestation de travail rémunératoire (cf. ATF 122 V 371 consid. 5b), ou du régime applicable aux indemnités de vacances versées avec le salaire, sous forme de pourcentage (cf. DTA 2000 no 7 p. 33 consid. 2). La jurisprudence n'exclut toutefois pas d'examiner, dans certains cas, le droit d'un assuré à des indemnités compensatoires selon des critères propres, en raison des particularités inhérentes au système régi par l'art. 24 LACI (cf. SVR 2000 AIV no 22 p. 63 consid. 3) ; la loi le prévoit parfois expressément, notamment à l'art. 24 al. 3 LACI, qui prescrit de prendre en considération un gain intermédiaire conforme aux usages professionnels et locaux.

5.

5.1 La procédure est régie par la maxime inquisitoire, selon laquelle les faits pertinents de la cause doivent être constatés d'office par le juge, mais ce principe n'est pas absolu, sa portée est restreinte par le devoir des parties de collaborer à l'instruction de l'affaire (art. 61 let. c LPGA). Celui-ci comprend en particulier l'obligation des parties d'apporter, dans la mesure où cela peut être raisonnablement exigé d'elles, les preuves commandées par la nature du litige et des faits invoqués, faute de quoi elles risquent de devoir supporter les conséquences de l'absence de preuves (ATF 125 V 195 consid. 2 et les références ; cf. ATF 130 I 183 consid. 3.2). Le devoir du juge de constater les faits pertinents ne dispense donc pas les parties de collaborer à l'administration des preuves en donnant des indications sur les faits de la cause ou en désignant des moyens de preuve (ATF 130 I 184 consid. 3.2, 128 III 411 consid. 3.2).

Autrement dit, si la maxime inquisitoire dispense les parties de l'obligation de prouver, elle ne les libère pas du fardeau de la preuve. En cas d'absence de preuve,

c'est à la partie qui voulait en déduire un droit d'en supporter les conséquences (ATF 117 V 264 consid. 3), sauf si l'impossibilité de prouver un fait peut être imputée à son adverse partie (ATF 124 V 375 consid. 3).

5.2 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. 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).

6.

6.1 En l'espèce, dans la décision litigieuse, l'intimée a nié à l'assuré le droit à l'indemnité de chômage faute de pouvoir justifier d'une période de cotisation suffisante : il n'avait pas rendu vraisemblable l'exercice d'une activité soumise à cotisation.

Cela étant, l'intimée, au cours de la présente procédure, a reconnu l'exercice d'une activité soumise à cotisation ouvrant droit aux indemnités de chômage dès le 7 juillet 2022, pour autant que les autres conditions du droit soient réalisées.

Si elle nie toujours au recourant le droit à l'indemnité de chômage, c'est désormais au motif que les gains intermédiaires réalisés durant la période d'indemnisation sont supérieurs à l'indemnité de chômage qui lui aurait été versée s'il avait été au chômage complet.

6.2 En premier lieu, il convient de vérifier la date à partir de laquelle le recourant peut potentiellement prétendre des indemnités de chômage. En effet, dès lors qu'il a été inscrit au registre du commerce en tant que gérant d'B_____, avec signature individuelle, du 27 février 2015 au 6 juillet 2022, la question de savoir s'il occupait une position comparable à celle d'un employeur se pose, comme l'a relevé à juste titre l'intimée. Celle-ci soutient que tel est le cas, et que le recourant doit dès lors d'emblée être exclu du cercle des ayants-droit à l'indemnité de chômage jusqu'à la radiation de ses pouvoirs le 6 juillet 2022. Le droit à d'éventuelles prestations ne pourrait donc lui être reconnu qu'à compter du 7 juillet 2022 et non dès son inscription au chômage.

Comme indiqué précédemment, selon la jurisprudence, seuls les associés-gérants d'une Sàrl sont d'emblée exclus du droit à l'indemnité de chômage (cf. DTA 2018 p. 101 consid. 5.1 p. 103, arrêt du Tribunal fédéral 8C_171/2012).

Le recourant apparaît certes au registre du commerce en tant que gérant d'B_____ mais non en tant qu'associé-gérant. Il n'est donc pas d'emblée exclu

du cercle des bénéficiaires potentiels et un examen de son pouvoir effectif d'influencer les décisions de la société est nécessaire.

On notera à cet égard qu'il ressort du dossier que le recourant a bénéficié des allocations pour perte de gain Covid de février à mai 2021. Dès lors que de telles allocations avaient pour objectif de dédommager les employés occupant une position comparable à celle d'un employeur (cf. art. 2 al. 3 et 3bis de l'ordonnance sur les mesures en cas de perte de gain en lien avec le coronavirus [ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 ; RS 830.31]), il peut être présumé qu'à tout le moins durant cette période, le recourant a occupé une telle position. Certes, la période pertinente pour déterminer le gain assuré – qui débute le 1^{er} juin 2021 – est postérieure. Toutefois, en l'absence d'éléments démontrant le contraire, il peut être considéré que le pouvoir de décision du recourant n'a pas été modifié et qu'il a persisté au-delà du 31 mai 2021.

Il est dès lors bien fondé de considérer que le recourant a occupé une position assimilable à celle d'un employeur jusqu'au 6 juillet 2022, date à laquelle ses pouvoirs ont été radiés du registre du commerce, de sorte qu'un droit éventuel aux indemnités de chômage ne peut naître qu'à compter du 7 juillet 2022, pour autant que les autres conditions soient réalisées.

6.3 Il convient à présent de vérifier s'il y a ou non perte de gain.

L'intimée soutient que tel n'est pas le cas, puisque les gains intermédiaires réalisés par le recourant ont dépassé le gain assuré.

Selon l'intimée, le gain assuré, calculé sur douze mois, s'élève à CHF 27'000.05, ce qui correspond aux salaires versés par B_____ (CHF 13'956.60) et C_____ (CHF 13'043.45) entre juin et décembre 2021 uniquement. En effet, s'agissant de la période de janvier à mai 2022, l'intimée considère que le recourant n'a pas rendu vraisemblable le versement effectif de salaires.

Entre juin 2022 et avril 2023 inclus, le recourant a réalisé un gain intermédiaire auprès de C_____ (CHF 1'863.35) et E_____ (CHF 1'800.-).

De la comparaison des montant précités, l'intimée conclut que les gains intermédiaires étant supérieurs au gain assuré, le recourant n'a subi aucune perte de gain susceptible d'être indemnisée.

6.3.1 À titre liminaire, la Cour de céans rappelle qu'il convient d'éviter, autant que possible, qu'un assuré se voie imputer un gain intermédiaire réalisé pendant un délai-cadre d'indemnisation et que ce revenu ne soit pas ensuite pris en considération pour déterminer son gain assuré (et inversement), lors de l'ouverture d'un deuxième délai-cadre d'indemnisation (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 45/01 du 14 novembre 2001 consid. 4).

En d'autres termes, un gain intermédiaire ne peut être retenu que si ce même gain peut par la suite être pris en considération dans le gain assuré et inversement. Cela a pour conséquence que les deux types de gain doivent être déterminés selon des

critères analogues, sauf exception (cf. arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 45/01 du 14 novembre 2001 consid. 4).

6.3.2 Pour pouvoir être pris en considération à titre de gain assuré, un salaire doit avoir été effectivement versé. Les preuves requises pour le démontrer diffèrent selon la position de l'assuré dans la société (position comparable à celle d'un employeur ou non).

Ainsi, pour pouvoir calculer le gain assuré, il convient de déterminer dans un premier temps, pour chacune des trois sociétés pour lesquelles le recourant a exercé une activité (B_____, C_____ et E_____), s'il occupait une position comparable à celle d'un employeur. En particulier, il convient de se demander s'il était membre d'un organe de direction et, dans la négative, s'il avait malgré tout la possibilité effective d'influencer le processus de décision, en prenant en considération les rapports internes, en fonction des circonstances concrètes (arrêt du Tribunal fédéral 8C_529/2016 du 26 octobre 2016 consid. 5.2). Selon la réponse, les exigences de preuve quant au versement effectif du salaire seront plus ou moins strictes.

6.3.3 S'agissant tout d'abord d'B_____, il a été constaté ci-dessus que le recourant occupait une position assimilable à celle d'un employeur, dès lors qu'il a bénéficié des allocations pour perte de gain coronavirus prévues pour de tels cas (cf. consid. 8.2 *supra*). La même conclusion s'applique en ce qui concerne son activité pour C_____, étant donné qu'à tout le moins en avril 2021, le recourant a bénéficié des allocations pour perte de gain coronavirus.

Comme le recourant occupait une position assimilable à celle d'un employeur au sein d'B_____ et de C_____, le versement effectif du salaire en espèces doit être corroboré par d'autres pièces que les fiches de salaire et le contrat de travail.

Au dossier figure tout d'abord l'extrait du compte individuel du recourant (état au 8 juin 2023 et au 22 février 2024), dont il ressort qu'B_____ a annoncé un revenu annuel de CHF 24'050.- pour 2021 et C_____, un revenu de CHF 22'360.- pour 2021, 2022 et 2023. Au dossier figurent également deux avis de taxation, selon lesquels le recourant a déclaré des revenus bruts de CHF 23'919.- et CHF 2'778.- en 2020 et de CHF 24'050.- et CHF 16'144.- en 2021. Enfin, le dossier comprend l'avis de taxation d'office concernant l'année 2022, dont il ressort qu'un revenu de CHF 24'500.- a été pris en considération par l'administration fiscale cantonale.

Comme le relève à juste titre la caisse intimée, ces pièces constituent des indices rendant vraisemblable le versement d'un salaire mensuel de CHF 1'993.80 de juin à décembre 2021 par B_____ et de CHF 1'863.35 par C_____ durant la même période. En revanche, pour celle de janvier à mai 2022, aucun salaire n'a été versé par B_____, comme cela ressort de l'extrait du compte individuel et comme cela a été admis par le recourant dans son écriture du 13 septembre 2023. La position de l'intimée s'agissant des salaires versés par C_____ en 2022 ne saurait en

revanche être suivie. En effet, la position de l'intimée est contradictoire, dès lors qu'elle retient, sur la base des mêmes pièces, que le recourant n'a pas rendu vraisemblable le versement, par C_____, d'un salaire pour les mois de janvier à mai 2022, tout en admettant le versement de ce salaire pour les mois de juin à décembre 2022.

Or, tant l'extrait du compte individuel du recourant que l'avis de taxation pour l'année 2022 – quand bien même celle-ci a eu lieu d'office – concernent le salaire versé pour toute l'année 2022 : juridiquement, les salaires de janvier à mai 2022 entrent dans la notion de gain assuré, alors que ceux versés entre juin et décembre 2022 doivent être considérés comme du gain intermédiaire. De deux choses l'une, soit les pièces précitées suffisent à démontrer le versement effectif d'un salaire durant toute l'année 2022, soit tel n'est pas le cas.

Or, dès lors que la caisse a admis que le recourant a rendu vraisemblable, par indices, avoir réalisé un gain intermédiaire auprès de C_____ entre juin et décembre 2022, le même raisonnement doit être appliqué au revenu réalisé auprès de C_____ entre janvier et mai 2022.

La décision sur opposition querellée doit donc être réformée sur ce point.

6.3.4 La situation est moins claire concernant l'activité réellement exercée au sein de E_____ et le pouvoir du recourant d'influencer la formation de la volonté de cette société.

Selon les pièces du dossier, le recourant a été simple employé de l'entreprise. En effet, à teneur des données résultant du registre du commerce, il n'a pas exercé de fonction comme membre du conseil d'administration ou d'un autre organe supérieur de direction de cette société, mais il a bénéficié d'une procuration l'habilitant à engager cette dernière collectivement à deux. Dans ces conditions, on ne saurait simplement présumer que le recourant occupait au sein de E_____ une position décisionnelle assimilable à celle d'un employeur. L'intimée aurait dû procéder à un examen du pouvoir de décision du recourant au sein de la société précitée, afin de déterminer s'il exerçait une influence considérable sur les décisions de l'employeur (cf. ATAS/647/2016 du 23 août 2016 consid. 4a), ce qu'elle n'a pas fait.

Le dossier soumis à la Cour de céans ne permet pas de se prononcer sur le pouvoir réel du recourant. En effet, si celui-ci doit être considéré comme un simple employé, sans pouvoir de décision, le versement effectif d'un salaire, à prendre en considération dans le gain assuré, puis à titre de gain intermédiaire, semble de prime abord avoir été rendu vraisemblable sur la base de l'attestation de E_____ du 15 juin 2023 (cf. pce 25 int.). En revanche, si le recourant occupait une position assimilable à celle d'un employeur, une telle attestation ne saurait être suffisante, dès lors qu'il ne peut être exclu qu'elle soit une attestation de complaisance. Les autres pièces du dossier, à savoir l'extrait du compte individuel et les avis d'imposition relatifs aux années pertinentes ne sont d'aucune aide, dès

lors qu'ils ne font pas état d'un salaire versé par E_____ entre 2020 et 2023. Dans cette seconde hypothèse, le versement effectif d'un salaire n'aurait, de prime abord, pas été rendu vraisemblable par le recourant.

En l'état du dossier, il n'est pas possible à la Cour de céans de se prononcer, au degré de la vraisemblance prépondérante, sur les pouvoirs effectifs du recourant au sein de E_____.

Dès lors que la caisse intimée ne s'est pas prononcée au regard des critères pertinents, mais essentiellement sur la base d'une présomption inapplicable, le dossier lui sera renvoyé pour instruction complémentaire. À cet égard, il sied encore de préciser que l'ATAS/312/2015 du 17 avril 2015 sur lequel la caisse intimée s'est fondée pour reconnaître au recourant une position assimilable à un employeur ne saurait être appliqué par analogie en l'espèce. En effet, dans la procédure ayant mené à l'arrêt précité, le recourant était gérant avec signature collective à deux, alors qu'en l'espèce, le recourant possède uniquement la procuration collective à deux. De plus, le dossier comportait de toute évidence les autorisations d'exploiter les restaurants, pièces qui font défaut dans le cas présent.

Ainsi, ce n'est qu'au terme d'une instruction complémentaire que la caisse intimée pourra statuer sur le pouvoir de décision du recourant au sein de E_____, puis se prononcer sur le versement effectif d'un salaire.

7. Eu égard à ce qui précède, le recours est admis partiellement et la décision querellée annulée.

La cause est renvoyée à la caisse intimée pour instruction complémentaire et nouvelle décision.

Agissant en personne, le recourant n'a pas droit à des dépens (art. 61 let. g LPGA *a contrario*).

Pour le surplus, la procédure est gratuite.

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

Statuant

À la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet partiellement et annule la décision sur opposition du 8 novembre 2023.
3. Renvoie la cause à la caisse intimée pour instruction complémentaire au sens des considérants et nouvelle décision.
4. Dit que la procédure est gratuite.
5. 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