

## **GE\_GERICHTE ATAS/361/2023 vom 4. Mai 2023**

GE Cour de justice, 2023-05-04, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_361\\_2023](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_361_2023)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/361/2023 du 4 mai 2023

IT: GE\_GERICHTE ATAS/361/2023 del 4 maggio 2023

### **Erwägungen**

#### **E. 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

A/2667/2021 - 9/15 - 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 LPG), 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

A/2667/2021 - 10/15 - 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).

A/2667/2021 - 11/15 - 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

A/2667/2021 - 12/15 - 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

A/2667/2021 - 13/15 - 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.

A/2667/2021 - 14/15 - 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).

\*\*\*\*\*

A/2667/2021 - 15/15 - PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant À la forme :

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.