

GE_GERICHTE A/816/2014 vom 16. Dezember 2014

GE Cour de justice, 2014-12-16, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_816_2014

FR: GE_GERICHTE A/816/2014 du 16 décembre 2014

IT: GE_GERICHTE A/816/2014 del 16 dicembre 2014

Erwägungen

E. 2

ème Chambre En la cause Madame A_____, domiciliée à CAROUGE recourante contre CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHOMAGE, sise rue de Montbrillant 40, GENÈVE intimée EN FAIT 1. Madame A_____ (ci-après : l'assurée ou la recourante), née en 1964, mariée à Monsieur A_____, s'est inscrite le 9 octobre 2013 auprès de la caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après : la CCGC ou l'intimée) et a sollicité le versement d'indemnités de chômage à compter du 2 septembre 2013. 2. Selon la demande d'indemnité de chômage signée le 14 octobre 2013, l'assurée avait travaillé auprès de B_____ Sàrl (ci-après : l'employeur ou la société) à plein temps du 1^{er} septembre 2006 au 20 septembre 2013. Le contrat avait été résilié le 20 septembre 2013 pour le jour-même. Il était également fait mention que ni l'assurée, ni son conjoint, n'avaient une participation financière dans l'entreprise ou étaient membres d'un organe supérieur de décision de l'entreprise (par exemple actionnaire, membre du conseil d'administration d'une S.A. ou associé, gérant d'une Sàrl, etc.). 3. Selon les données informatisées du Registre du commerce du canton de Genève (ci-après : le RC), le but de la société, inscrite le 16 mai 2006, était l'exploitation d'un salon de coiffure. Lors de l'inscription de la société au RC, l'assurée en était l'associée gérante avec signature collective à deux jusqu'au 2 janvier 2014, date à partir de laquelle elle a été associée, sans signature. Son époux a été associé gérant avec signature individuelle dès le 16 mai 2006. Il en résulte également que par jugement du Tribunal de première instance du 16 septembre 2013, la société a été dissoute selon l'art. 731b de la loi fédérale du 30 mars 1911, complétant le Code civil suisse (CO, Code des obligations - RS 220) et sa liquidation a été ordonnée selon les dispositions applicables à la faillite. Par jugement du Tribunal de première instance du 18 novembre 2013, la procédure de faillite a été suspendue faute d'actif, puis par jugement du 29 janvier 2014, la clôture de la faillite a été prononcée et la société a été radiée d'office le 12 mai 2014. 4. Selon l'attestation de l'employeur du 25 septembre 2013, les rapports de travail avec l'assurée, qui avait travaillé en qualité de coiffeuse à plein temps, avaient duré du 1^{er} septembre 2006 au 20 septembre 2013. Le contrat de travail avait été résilié le 20 septembre 2013 en raison de la faillite de la société et l'assurée n'avait pas pu travailler pendant le délai de congé en raison de cette faillite. L'employeur était affilié à la caisse de compensation Fer Ciam 106.1 (ci-après Fer Ciam 106.1) et les collaborateurs étaient affiliés conformément à la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 25 juin 1982 (LPP - RS 831.40) auprès de la CIEPP. Le dernier jour travaillé par l'assurée avait été le 20 septembre 2013 et son salaire avait été versé jusqu'à cette date. Le salaire mensuel était de CHF 3'300.- versé douze fois. L'assurée avait perçu le salaire convenu durant les deux dernières années précédant l'inscription au chômage, soit du 20 septembre 2011 au 20 septembre 2013, soit un total de CHF 79'200.-. Etaient joints un contrat de travail daté du 25

août 2006 prévoyant un salaire mensuel de CHF 3'300.- ainsi que les fiches de salaire d'août 2012 à septembre 2013 faisant état d'un salaire brut de CHF 3'300.-.!

5. Selon un courrier de l'employeur du 25 juillet 2013, non signé par l'assurée, la résiliation avait été donnée ce jour-là pour le 30 septembre 2013.!

6. Le 26 novembre 2013, la CCGC a demandé à l'assurée un certain nombre de documents, tels que la preuve du versement de son salaire sur un compte bancaire ou postal, un extrait de compte individuel des cotisations AVS/AC, la déclaration d'impôts 2012, etc.!

7. La CCGC a noté que les documents n'avaient pas été fournis, que le versement des salaires se faisait de la main à la main, qu'il n'y avait pas de déclaration d'impôts 2012, ni de fiduciaire pouvant attester les salaires versés. !

8. Le 3 décembre 2013, la CCGC a reçu un extrait de compte individuel AVS établi par la Fer Ciam 106.1 et concernant l'assurée, selon lequel des cotisations avaient été versées par l'employeur sur un salaire annuel de CHF 39'600.- de 2008 à 2012. !

9. Par décision du 6 décembre 2013, la CCGC a refusé de donner suite à la demande d'indemnité du 9 octobre 2013, au motif que l'assurée réunissait la double qualité d'employeur et d'employée, et que les décomptes de salaire et l'extrait de compte individuel de cotisations AVS pour l'année 2011-2012 n'étaient pas suffisants pour reconnaître le droit à l'indemnité de chômage individuel. !

10. Par pli du 17 janvier 2014, l'assurée a formé opposition à la décision. Elle avait conclu un contrat de travail avec la société le 25 août 2006, son salaire mensuel brut avait été de CHF 3'300.- et elle recevait son salaire net en mains propres chaque mois. Le congé donné le 20 septembre 2013 devait prendre effet le 30 novembre 2013 et l'assurée avait produit sa créance salariale le 11 novembre 2013 dans la faillite, comme l'attestait la pièce jointe à son courrier. Par ailleurs, l'assurée avait démontré qu'elle percevait effectivement un salaire mensuel brut de CHF 3'300.- dès lors que son contrat de travail, ses fiches de salaires, l'attestation de l'employeur, son extrait de compte individuel AVS/AC ainsi que les avis de taxation 2010/2011/2012 de l'administration fiscale qu'elle produisait, faisaient tous état d'un salaire mensuel de CHF 3'300.-, respectivement d'un salaire annuel brut de CHF 39'600.-. Elle offrait toutefois de le prouver également par d'autres moyens de preuve. Par ailleurs, elle avait été radiée du RC au début janvier 2014 et n'était donc plus gérante de la société. !

11. Le 3 février 2013, la CCGC a reçu de l'assurée une copie du jugement du Tribunal de première instance du 29 janvier 2014 prononçant la clôture de la liquidation de la faillite de la société.!

12. Par décision sur opposition du 18 février 2014, la CCGC a rejeté l'opposition. L'assurée avait déclaré que durant les deux ans qui avaient précédé son inscription, soit du 9 octobre 2011 au 8 octobre 2013, elle avait travaillé pour le compte de la société, dont elle était l'employée et l'associée-gérante. L'attestation de l'employeur versée au dossier confirmait que l'assurée avait travaillé en qualité de coiffeuse du 1^{er} septembre 2006 au 20 septembre 2013 et que la résiliation du rapport de travail était consécutive à la faillite de la société. Par ailleurs, selon la jurisprudence et les directives du Secrétariat d'Etat à l'économie (ci-après : le SECO), pour remplir la condition relative à la période de cotisation, il faut que l'assuré ait effectivement exercé une activité salariée soumise à cotisation et qu'il ait réellement perçu un salaire pour celle-ci. Si la perception effective d'un revenu ne constitue pas en soi une condition du droit à l'indemnité, elle n'en est pas moins déterminante pour reconnaître l'existence d'une activité soumise à cotisation. En règle générale, l'attestation de l'employeur ainsi que les décomptes de salaire suffisent à prouver le versement effectif du salaire, mais en cas de doute, l'assuré doit produire des justificatifs bancaires ou postaux. En cas de versement en espèces, une déclaration d'impôts

accompagnée de certificats de salaire obtenus auprès de l'administration fiscale, des quittances de salaire ou des extraits de livre de comptes certifiés par une fiduciaire corroborée par un extrait de compte AVS peuvent être acceptés à titre de preuve de versement du salaire. Si les montants figurant sur les documents divergent, le plus petit est déterminant pour le gain assuré. En l'occurrence, l'assurée n'avait pas pu justifier le versement du salaire par des moyens de preuve irréfutables. Alors que son contrat de travail faisait état d'une entrée en fonction le 1^{er} septembre 2006, l'assurée avait produit un extrait de compte individuel AVS justifiant les cotisations des années 2008 à 2012. Il s'ensuivait que les cotisations légales n'avaient pas été prélevées et versées durant les deux premières années du rapport de travail et il n'était pas exclu que les revenus n'aient pas été déclarés à l'administration fiscale pour 2006 et 2007. Au surplus, l'assurée possédait la double qualité d'employeur et d'employée, de sorte qu'elle n'avait pas droit à l'indemnité de chômage. L'employeur avait d'ailleurs déclaré que durant le délai de congé, l'assurée avait été empêchée de travailler du 20 septembre 2013 au 31 janvier 2014 en raison de la faillite de la société. Cette déclaration confirmait que l'assurée était bien concernée par la marche de l'entreprise de par sa qualité d'associée gérante ; elle occupait bien de ce fait une position d'employeur.

13. Par acte du 18 mars 2014, l'assurée a interjeté recours contre la décision. Elle a expliqué que sans son salaire, elle et son mari n'auraient pas pu vivre, puisque son mari ne percevait depuis 2010 qu'une rente de CHF 1'930.- par mois et son deuxième pilier avait été investi dans le salon de coiffure dont la faillite avait été prononcée le 29 janvier 2014. Ni elle, ni son mari n'avaient donc plus de fonction dirigeante. Les cotisations AVS avaient été payées depuis 2006 et si l'intimée les soupçonnait de ne pas les avoir payées, il lui suffisait de requérir un extrait de compte remontant à 2006. La fiduciaire avait toujours comptabilisé un salaire de CHF 3'300.- par mois depuis 2006, salaire qui avait été déclaré à l'AVS, aux impôts de la société, de même qu'à l'assureur accident, à l'assureur perte de gain et aux impôts du couple. Au vu de la situation financière difficile dès 2011, un délai avait été demandé aux impôts et la comptabilité n'était pas à jour. Si elle avait voulu tricher, elle aurait pu, avant la faillite, adresser un certificat médical de complaisance à son assurance perte de gain et toucher des indemnités. Si elle avait voulu tricher avec le chômage, elle aurait pu déclarer un salaire supérieur à CHF 4'000.-. Elle ne voulait pas être traitée de tricheuse, car durant les 50 ans de sa vie elle n'avait jamais triché.

À l'appui de son recours, la recourante a produit notamment le "compte 5200 salaires" de la société allant de juillet 2006 à juin 2007 et de juillet 2009 à juin 2010, mentionnant le versement d'un salaire de CHF 3'300.- à l'assurée (outre le versement d'un salaire à d'autres employées ou apprenties), le journal pour une partie du mois de juin 2008 et du mois de juin 2009, une copie du courrier du 17 mars 2014 adressé par la recourante et son conjoint à l'administration fiscale par lequel ils sollicitaient les déclarations d'impôts et les certificats de salaire de 2006 à 2012. La recourante a également produit un extrait de compte individuel AVS portant sur la période de juillet 2006 à septembre 2013 et attestant du versement par la société des cotisations sur un salaire mensuel de CHF 3'300.- (soit CHF 19'800.- de juillet à décembre 2006, CHF 39'600.- en 2007/2008/2009/2010/2011/2012 et CHF 29'700.- de janvier à septembre 2013).

14. Par courrier du 7 avril 2014, la recourante a produit les certificats de salaires et les déclarations d'impôts de 2006 à 2012 que lui avait transmis l'administration fiscale. Les certificats de salaires établis par la société pour les années 2007 à 2012 font état du versement en faveur de la recourante d'un salaire brut annuel de CHF 39'600.- et pour juillet à décembre 2006 de CHF 19'800.-, ainsi que du versement des cotisations à l'AVS/AC et au

2^{ème} pilier. Les certificats de salaires 2012 et 2011 mentionnaient par ailleurs que la recourante prenait ses repas sur son lieu de travail. Les déclarations fiscales de 2006 à 2012 font également état des salaires précités comme revenu de l'activité dépendante effectuée par la recourante pour la société.!

15. Par réponse du 15 avril 2014, l'intimée a conclu au rejet du recours. Lors de son inscription auprès des autorités de chômage, le 9 octobre 2013, la recourante jouissait d'une position analogue à celle d'un employeur de par son statut d'associée gérante selon l'inscription au RC. La société avait été dissoute le 16 septembre 2013 et la procédure de faillite avait été suspendue faute d'actifs par jugement le 18 novembre 2013. Selon l'intimée, malgré la suspension de la faillite faute d'actifs, il revenait à la recourante de démontrer qu'elle n'aurait pu reprendre son activité professionnelle. Au surplus, la société n'étant toujours pas radiée et la recourante étant toujours inscrite en tant qu'associée et conjointe de l'associé gérant, elle n'avait pas droit aux indemnités de chômage. Tout au plus, pouvait-elle ouvrir un droit dès le 29 janvier 2014 (soit la date de clôture de la faillite), pour autant que les autres conditions de la LACI soient réunies. À cet égard, et s'agissant de la preuve de l'exercice effectif d'une activité durant le délai-cadre de cotisations, la recourante avait fourni les fiches de salaires d'août 2012 à septembre 2013, son décompte individuel de cotisations 2006 à 2013, ses bordereaux de taxation 2010 à 2012 et ses déclarations fiscales et certificats de salaires de 2006 à 2012. Dans la mesure où les salaires avaient été versés de la main à la main, il était nécessaire, en application des directives du SECO, que la recourante produise une attestation de la fiduciaire de la société attestant du versement des salaires. La preuve qu'un salaire avait bel et bien été payé était un indice important en ce qui concernait la preuve de l'exercice effectif de l'activité exercée. Aucun élément au dossier ne permettait de palier ce document manquant. !

16. À la demande de la chambre de céans, le service des prestations complémentaires (ci-après : le SPC) a, par pli du 22 mai 2014, indiqué que la recourante et son conjoint étaient au bénéfice de prestations d'aide sociale depuis le 1^{er} février 2014.!

17. À la demande de la chambre de céans, la FER CIAM 106.1 a, par courrier du 6 juin 2014, confirmé que la société s'était acquittée des cotisations relatives aux salaires de la recourante, qu'elle avait également déclaré d'autres salariés entre 2006 et 2013 et pour lesquels la société avait versé les cotisations afférentes, étant précisé qu'il subsistait un petit solde de cotisations facturées au moment où la faillite de la société avait été prononcée et qui avait été produit auprès de l'office des faillites. !

18. Le 17 juin 2014, la chambre de céans a entendu la recourante et son époux. La recourante a expliqué que dès le début de son activité au salon de coiffure, son salaire avait été versé de la main à la main, jamais sur un compte et il n'y avait jamais eu de quittance. Le salaire des autres employés du salon de coiffure était versé sur un compte. Le salon de coiffure avait eu d'autres salariés jusqu'à courant 2012 et avait cessé son exploitation en septembre 2013. La recourante procédait aux paiements du salon de coiffure et elle se payait son salaire avec ce qu'il restait, en liquide par prélèvement dans la caisse du salon. Elle ne disposait pas d'autres pièces permettant de prouver le montant du salaire, si ce n'est les pièces prouvant le paiement des cotisations AVS, LPP. La recette du salon était déposée sur le compte en banque du salon de coiffure, duquel les paiements étaient effectués. La raison pour laquelle elle ne payait pas son salaire de la même manière que les autres paiements, était qu'elle était la responsable et qu'elle s'occupait des autres avant elle. La comptabilité n'avait plus été tenue les trois dernières années, car ils n'avaient plus assez d'argent pour payer le comptable. Selon la marche des affaires, il y avait des mois où elle pouvait se payer le salaire prévu et d'autres où elle ne pouvait rien se verser. Les douze

derniers mois d'activité, elle n'avait pas pu se verser un salaire de CHF 3'600.- par mois, chaque mois. Elle se versait un salaire de CHF 2'700.-, CHF 2'900.-, parfois plus. Durant les six derniers mois, elle n'avait pas perçu la totalité de son salaire. Le conjoint de la recourante, entendu à titre de renseignements, a expliqué qu'il avait investi son 2^{ème} pilier, soit CHF 260'000.-, dans le salon de coiffure en 2006. Il était à la retraite depuis 2010 et le 1^{er} février 2014 il avait sollicité les prestations complémentaires. Un comptable s'était occupé de la comptabilité jusqu'en 2009, il n'avait ensuite plus été en mesure de le rémunérer et c'était lui-même qui s'était chargé de la comptabilité. Le salaire de son épouse était prélevé de la caisse, de même que celui des autres employés, qui étaient également payés de la main à la main, contre quittance. Son épouse avait également signé, chaque mois, une quittance. Il avait conservé les quittances signées par les autres employés et les cotisations AVS étaient prélevées chaque mois par LSV, puis un correctif était effectué sur la base de la déclaration des salaires AVS. Il ne disposait pas d'une comptabilité pour les deux dernières années, mais uniquement du compte bancaire de la société, qui ne reflétait cependant pas le paiement des salaires. Il a affirmé qu'il avait versé chaque mois, régulièrement, les douze derniers mois, le salaire net dû à son épouse. Il ne se souvenait pas du montant précis, mais c'était de l'ordre de CHF 2'800.- à CHF 2'900.-. Le montant était versé chaque mois, même si c'était parfois avec un peu de retard. Tous les salaires avaient toujours été payés depuis la création de la société. Enfin, ce qu'il entendait par "les quittances", étaient les fiches de salaires et c'était par erreur qu'il avait produit des fiches non signées. L'intimée a rappelé que la recourante avait une position d'employeur dans la société, que la faillite n'avait été clôturée qu'en janvier 2014, alors que l'inscription au chômage datait d'octobre 2013. À l'issue de l'audience, la chambre de céans a fixé un délai à la recourante pour produire les quittances de salaires signées pour l'ensemble des salariés, y compris elle-même, de 2010 à 2013. 19. Le 14 juillet 2014, la recourante a produit les fiches de salaires signées la concernant de juin 2007 à septembre 2013 ainsi que celles concernant d'autres employés, également signées. 20. Par pli du 12 août 2014, l'intimée a constaté que les fiches de salaire concernant la recourante ne faisaient pas mention de la date de réception du salaire pour les années 2012 et 2013 et qu'elles n'étaient pas identiques à celles versées dans un premier temps au dossier, non seulement quant au libellé, mais également s'agissant du montant des déductions sociales. Par ailleurs, la recourante avait déclaré qu'il n'y avait jamais eu de quittances. En outre, les fiches de salaires portaient sur un montant unique de CHF 3'300.-, alors que la recourante avait déclaré qu'il y avait des mois où elle pouvait se payer le salaire prévu et d'autres où elle ne pouvait rien se verser. Enfin, la recourante avait indiqué que le salaire des autres employés était versé sur un compte alors que l'époux avait affirmé que le salaire était payé de la main à la main. Par conséquent, les pièces n'emportaient pas la conviction et n'étaient pas suffisantes pour attester l'exercice effectif de l'activité concernée. Par conséquent, l'intimée persistait dans ses conclusions. 21. Après avoir adressé une copie de ce courrier à la recourante, la chambre de céans a gardé la cause à juger. 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; RS E 2 05) en vigueur dès le 1^{er} janvier 2011, 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. 1er 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. 3. Interjeté dans les formes et délais légaux, le recours est recevable (art. 56 et 60 LPGA). 4. Le litige porte sur la question de savoir si c'est à juste titre que l'intimée a nié le droit de la recourante à l'indemnité de chômage, au motif qu'elle ne remplit pas la condition relative à la période de cotisation et au motif que son statut au sein de la société fait obstacle au versement des indemnités de chômage. 5. a. En vertu de l'art. 8 al. 1 LACI, l'assuré a droit à l'indemnité de chômage s'il est sans emploi ou partiellement sans emploi (let. a), s'il a subi une perte de travail à prendre en considération (let. b), s'il est domicilié en Suisse (let. c), s'il a achevé sa scolarité obligatoire, qu'il n'a pas encore atteint l'âge donnant droit à une rente AVS et ne touche pas de rente de vieillesse de l'AVS (let. d), s'il remplit les conditions relatives à la période de cotisation ou en est libéré (let. e), s'il est apte au placement (let. f) et s'il satisfait aux exigences du contrôle (let. g). Ces conditions sont cumulatives (ATF 124 V 218 consid. 2). b. L'assuré a droit à l'indemnité de chômage notamment s'il remplit les conditions relatives à la période de cotisation ou en est libéré (art. 8 al. 1 let. e LACI, en liaison avec les art. 13 et 14 LACI). Celui qui, dans les limites du délai-cadre prévu à cet effet (art. 9 al. 3 LACI), a exercé durant douze mois au moins une activité soumise à cotisation remplit les conditions relatives à la période de cotisation (art. 13 al. 1 LACI). Le délai-cadre applicable à la période de cotisation commence à courir deux ans avant le premier jour où l'assuré remplit toutes les conditions dont dépend le droit à l'indemnité (art. 9 al. 3 en relation avec l'al. 2 LACI). En ce qui concerne la période de cotisation, le Tribunal fédéral des assurances a précisé que 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 (ATF 131 V 444). Aussi, la jurisprudence exposée dans l'arrêt ATF 128 V 189 (et les arrêts postérieurs) ne doit-elle pas être comprise en ce sens qu'un salaire doit en outre avoir été effectivement versé ; en revanche, la preuve qu'un salaire a bel et bien été payé est un indice important plaidant en faveur de l'exercice effectif de l'activité salariée (ATF 131 V 444 consid. 3). Cette relativisation de l'exigence de la preuve d'un salaire effectivement versé a été confirmée dans de nombreux arrêts subséquents (p. ex. arrêt du Tribunal fédéral 8C_663/2012 du 18 juin 2013 consid. 3, arrêt du Tribunal fédéral des assurances C.183/06 du 16 juillet 2007 consid. 3, arrêt du Tribunal fédéral des assurances C.72/06 du 16 avril 2007 consid. 5.1). Dans ce même arrêt (ATF 131 V 444), le Tribunal fédéral des assurances a également retenu que lorsque l'assuré ne parvient pas à prouver qu'il a effectivement perçu un salaire, notamment en l'absence de virement périodique d'une rémunération sur un compte bancaire ou postal à son nom, le droit à l'indemnité de chômage ne pourra lui être nié en application des articles 8 al. 1 let. e et 13 LACI que s'il est établi que l'intéressé a totalement renoncé à la rémunération pour le travail effectué (cf. consid. 3.3 premier paragraphe). Cette renonciation ne peut être admise à la légère. Cela s'explique en particulier par le fait qu'il n'existe pas de prescription de forme pour le paiement du salaire. Il est habituellement soit acquitté en espèces, soit versé sur un compte bancaire ou postal, dont le titulaire n'est pas nécessairement l'employé (cf. pour l'ensemble des motifs: consid. 3.3 deuxième paragraphe). L'absence de preuve d'un salaire versé devra cependant être prise en considération dans la fixation du gain assuré (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C.284/05 du 25 avril 2006 consid. 2.5). L'exercice d'une activité salariée pendant douze mois au moins est donc une condition à part entière pour la réalisation de la période de

cotisation, tandis que le versement d'un salaire effectif n'est pas forcément exigé, mais permet au besoin de rapporter la preuve de cette activité. Le versement déclaré comme salaire par un employeur ne fonde cependant pas, à lui seul, la présomption de fait qu'une activité salariée soumise à cotisation a été exercée. Par activité soumise à cotisation, il faut entendre toute activité de l'assuré destinée à l'obtention d'un revenu soumis à cotisation pendant la durée d'un rapport de travail. Cela suppose l'exercice effectif d'une activité salariée suffisamment contrôlable (ATF 133 V 515 consid. 2.3 et 2.4). 6. a. Il convient également de se pencher sur le contenu de la circulaire relative à l'indemnité chômage (IC) de janvier 2014 du SECO, à laquelle se réfère l'intimée. Le chiffre B144 précise, s'agissant de la période de cotisation, que non seulement l'assuré doit avoir exercé une activité soumise à cotisation, mais qu'il faut encore que le salaire convenu lui ait effectivement été versé. Si la perception d'un salaire ne constitue pas en soi une condition du droit à l'indemnité, elle n'en est pas moins déterminante pour reconnaître l'existence d'une activité soumise à cotisation. S'agissant des personnes qui occupent une position comparable à celle d'un employeur, le chiffre B148 de la circulaire précise que 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. b. S'agissant de la portée des indications contenues dans cette circulaire, il y a lieu de relever ce qui suit. Conformément à l'art. 110 LACI, le SECO, en tant qu'autorité de surveillance chargée d'assurer l'application uniforme du droit, est autorisé à donner des instructions aux organes d'exécution. Destinée à servir de guide aux caisses de chômage dans la manière dont elles vont appliquer la loi, cette circulaire fait partie des ordonnances administratives dites interprétatives (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C.206/04 du 18 janvier 2006 consid. 3.4). Bien que de telles ordonnances exercent, de par leur fonction, une influence indirecte sur les droits et les obligations des administrés, elles n'en ont pas pour autant force de loi. En particulier, elles ne lient ni les administrés, ni le juge, ni même l'administration dans la mesure où elles ne dispensent pas cette dernière de l'examen de chaque situation individuelle. Par ailleurs, elles ne peuvent créer de nouvelles règles de droit, ni contraindre les administrés à adopter un certain comportement, actif ou passif. En substance, elles ne peuvent sortir du cadre de l'application de la loi et prévoir autre chose que ce qui découle de la législation ou de la jurisprudence (ATF 127 V 57 consid. 3a; ATF 125 V 377 consid. 1c). 7. Le juge des assurances sociales fonde sa décision, sauf dispositions contraires de la loi, sur les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent comme les plus vraisemblables, c'est-à-dire qui présentent un degré de vraisemblance prépondérante. Il ne suffit donc pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible. Parmi tous les éléments de fait allégués ou envisageables, le juge doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables (ATF 130 III 321 consid. 3.2 et 3.3; ATF 126 V 353 consid. 5b; ATF 125 V 193 consid. 2 et les références). Aussi n'existe-t-il pas, en droit des assurances sociales, un principe selon

lequel l'administration ou le juge devrait statuer, dans le doute, en faveur de l'assuré (ATF 126 V 319 consid. 5a).⁸ En l'espèce, l'intimée a nié le droit de la recourante à l'indemnité de chômage au motif qu'elle n'a pas démontré que le salaire avait été effectivement perçu. S'il est vrai que des doutes sur le montant du salaire réellement perçu par la recourante sont permis, dans la mesure où aucun relevé de compte bancaire ou postal n'atteste de sa quotité, toutefois, conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral citée plus haut, on ne saurait voir dans l'éventuel défaut de preuve du versement effectif du revenu, un élément suffisant pour nier le droit à des indemnités de chômage. En effet, il ne s'agit là que d'un indice permettant de conclure à l'existence d'une activité soumise à cotisation, qui peut être rapportée par d'autres preuves. À la lecture de l'ensemble des pièces versées à la procédure, la chambre de céans est d'avis que l'exercice d'une activité soumise à cotisation d'une durée d'au moins douze mois est établi au degré de la vraisemblance prépondérante. En effet, force est de constater que tous les documents fournis par l'administration fiscale et versés à la procédure le 9 avril 2014, à savoir les certificats de salaire et les déclarations d'impôts, font état de l'exercice ininterrompu d'une activité salariée par la recourante auprès de la société depuis le 1^{er} juillet 2006 jusqu'au 31 décembre 2012 en tout cas, et du versement des cotisations afférentes à ses revenus à l'AVS/AC et au 2^{ème} pilier. On relèvera en outre que ces pièces ont toutes été établies avant que la recourante ne soit en litige avec l'intimée. Par ailleurs, il est établi que les cotisations paritaires, prélevées sur le salaire mensuel de CHF 3'300.-, fixé par contrat de travail du 25 août 2006, ont été comptabilisées sur le compte AVS de la recourante, comme cela ressort de l'extrait de compte individuel du 17 mars 2013 de la Fer Ciam 106.1 et qui atteste par ailleurs que la recourante a la qualité de salariée de la société depuis juillet 2006 à septembre 2013. Or, comme l'a rappelé le Tribunal fédéral des assurances, la qualité de travailleur doit en principe être définie en matière d'assurance-chômage selon le statut de cotisant à l'AVS (cf. art. 2 al. 1 let. a LACI; arrêt du Tribunal fédéral des assurances C_72/06 du 16 avril 2007 consid. 6.5). La chambre de céans constate par conséquent que l'exercice effectif d'une activité soumise à cotisation est non seulement attesté par les certificats de salaires de 2006 à 2012, mais également par les déclarations d'impôts de 2006 à 2012 et, de surcroît, corroboré par l'extrait de compte individuel AVS de la recourante de juillet 2006 à septembre 2013. Par ailleurs, aucun élément au dossier ne permet de mettre en doute la qualité de salariée de la recourante pour la période courant de juillet 2006 à septembre 2013, telle qu'elle ressort de ces pièces. L'intimée fait valoir qu'en l'absence de preuve d'un salaire effectivement payé en faveur de la recourante, la preuve de l'exercice effectif d'une activité soumise à cotisation n'a pas été rapportée. On rappellera que la preuve qu'un salaire a bel et bien été versé n'est pas décisive en ce qui concerne la preuve de l'exercice effectif de l'activité salariée, mais n'en constitue qu'un indice. En outre, on ne saurait déduire de l'inexistence de relevés bancaires ou postaux qu'aucun salaire n'a effectivement été versé pour cette activité. Une telle conclusion ne s'impose que lorsqu'il est établi que l'assuré a totalement renoncé à sa rémunération. Or, aucun élément au dossier ne permet de conclure à la renonciation par la recourante à son salaire. On ajoutera encore que le contenu précité de la circulaire du SECO, que l'intimée invoque à l'appui de sa décision, ne suffit pas à justifier sa position. De telles circulaires ne peuvent excéder le cadre légal et jurisprudentiel et ne doivent en particulier pas créer de nouvelles règles de droit. À cet égard, dans un arrêt du 31 mai 2010 (ATAS/623/2010), le Tribunal cantonal des assurances sociales, alors compétent, a estimé qu'en exigeant qu'un salaire soit effectivement versé à l'assuré et en subordonnant la reconnaissance de l'exercice d'une

activité soumise à cotisation, cette circulaire prévoit une condition qui ne figure pas dans la loi et dont le Tribunal fédéral a, à plusieurs reprises, rappelé qu'elle n'était pas essentielle pour ouvrir le droit à des indemnités de chômage, comme cela ressort des arrêts cités ci-avant. Il n'y a donc pas lieu de retenir les éléments de cette circulaire invoqués par l'intimé, en tant qu'ils ne sont conformes ni à la loi, ni à la jurisprudence. Enfin, s'il est vrai qu'il existe des contradictions dans les déclarations faites par la recourante et son conjoint quant au montant du salaire perçu pendant les six derniers mois, on rappellera que la question du montant exact reçu par l'assuré concerne la question du montant du gain assuré déterminant, lequel ne fait pas l'objet du présent litige (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C.183/06 du 16 juillet 2007 consid. 4.4). 9. Compte tenu de ce qui précède, il y a lieu de retenir qu'il est établi, au degré de la vraisemblance prépondérante, que la recourante a exercé une activité soumise à cotisations d'une durée de douze mois au moins durant les deux années qui ont précédé son inscription le 9 octobre 2013. 10. L'intimée n'était donc pas fondée à nier le droit de la recourante à l'indemnité de chômage au motif qu'elle ne remplissait pas la condition relative à la période de cotisation au sens de l'art. 13 al. 1 LACI. 11. Reste à examiner si le statut de la recourante au sein de la société fait obstacle au versement des indemnités. 12. a. L'art. 31 al. 3 let. c LACI prévoit que n'ont pas 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 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 (art. 31 al. 3 let. b LACI). Le Tribunal fédéral a jugé que l'art. 31 al. 3 LACI s'applique par analogie à l'octroi de l'indemnité de chômage, dès lors qu'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 de chômage (ATF 123 V 234 consid. 7b/bb). Ainsi, un travailleur qui jouit d'une situation professionnelle comparable à celle d'un employeur n'a pas droit à l'indemnité de chômage lorsque, bien que licencié formellement par une entreprise, il continue de fixer les décisions de l'employeur ou à influencer celles-ci de manière déterminante. Dans le cas contraire, en effet, on détournerait par le biais d'une disposition sur l'indemnité de chômage la réglementation en matière d'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, en particulier l'art. 31 al. 3 let. c LACI. Le fait de subordonner, pour un travailleur jouissant d'une position analogue à celle d'un employeur, le versement des indemnités de chômage à la rupture de tout lien avec la société qui l'employait peut certes paraître rigoureux selon les circonstances du cas d'espèce. Il ne faut néanmoins pas perdre de vue les motifs qui ont présidé à cette exigence. Il s'est agi avant tout de permettre le contrôle de la perte de travail du demandeur d'emploi, qui est une des conditions mises au droit à l'indemnité de chômage. Or, si un tel contrôle est facilement exécutable s'agissant d'un employé qui perd son travail ne serait-ce que partiellement, il n'en va pas de même des personnes occupant une fonction dirigeante qui, bien que formellement licenciées, poursuivent une activité pour le compte de la société dans laquelle elles travaillaient. De par leur position particulière, ces personnes peuvent en effet exercer une influence sur la perte de travail qu'elles subissent, ce qui rend justement leur chômage difficilement contrôlable (ATF 123 V 234 consid. 7b/bb ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 65/04 du 29 juin 2004 consid. 2). La jurisprudence étend l'exclusion du conjoint du droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail au droit à l'indemnité de chômage (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C.123/99 du 26 juillet 1999). Les conjoints peuvent en effet exercer

une influence sur la perte de travail qu'ils subissent, ce qui rend leur chômage difficilement contrôlable. En outre, aussi longtemps que cette influence subsiste, il existe une possibilité de réengagement. Dans ce cas également, il s'agit de ne pas détourner la réglementation en matière d'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail par le biais d'une disposition sur l'indemnité de chômage (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C.50/04 du 26 juillet 2005 consid. 3.2).

b. La situation est en revanche différente quand le salarié, se trouvant dans une position assimilable à celle de l'employeur, quitte définitivement l'entreprise en raison de la fermeture de celle-ci ou rompt définitivement tout lien avec une entreprise qui continue d'exister, car en pareilles circonstances, on ne saurait parler d'un comportement visant à éluder la loi. Dans un cas comme dans l'autre, l'intéressé peut en principe prétendre des indemnités de chômage (ATF 123 V 234 consid. 7.1). La fin d'une Sàrl nécessite en priorité de procéder à sa dissolution (cf. arrêts du Tribunal fédéral des assurances C.267/05 du 19 décembre 2006 et C.37/02 du 22 novembre 2002), laquelle peut notamment intervenir par l'ouverture de la faillite (art. 820 al. 1 ch. 3 CO). La société dissoute entre en liquidation, sauf en cas de fusion, de division ou de transfert de son patrimoine à une corporation de droit public (art. 738 CO). Pendant la liquidation, les organes sociaux conservent leurs pouvoirs légaux et statutaires, bien que restreints aux actes nécessaires à cette opération et qui, de par leur nature, ne sont pas du ressort des liquidateurs (cf. art. 739 al. 2 CO). En fait notamment partie, le choix de la poursuite des activités de l'entreprise jusqu'à sa vente ou sa radiation (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C.72/06 du 16 avril 2007 consid. 7.2 et les références). Cette situation exclut le droit à l'indemnité de chômage de l'assuré (cf. DTA 2002 p. 183 consid. 3b p. 185). Dans un arrêt du 3 avril 2006 (C.267/04), le Tribunal fédéral des assurances a précisé sa jurisprudence. Il a jugé que le principe selon lequel les travailleurs jouissant d'une position analogue à celle d'un employeur, qui agissent en qualité de liquidateurs après l'ouverture de la faillite, n'ont pas droit à l'indemnité de chômage n'est pas applicable en cas de suspension de la procédure de la faillite, faute d'actifs. En effet, dans une telle situation, il n'existe la plupart du temps rien à liquider et la société est radiée du registre du commerce d'office trois mois plus tard, si bien que le risque d'abus est écarté (consid. 4.3). En d'autres termes, la jurisprudence publiée au DTA 2002 p. 183 ne peut pas s'appliquer par analogie lorsque la faillite d'une société est suspendue faute d'actif. Dans l'arrêt précité C.267/04, l'assuré s'était inscrit au chômage le 18 décembre 2003. Il avait cependant joui d'une position analogue à celle d'un employeur jusqu'au 16 avril 2004. À cette date, la société à responsabilité limitée qui l'employait avait été radiée d'office à la suite de la suspension de la procédure de faillite faute d'actif survenue le 6 janvier 2004. La société ayant été radiée d'office du registre du commerce, le Tribunal fédéral des assurances a estimé qu'aucun événement déterminant ne pouvait se produire durant ce laps de temps. En particulier, il était peu vraisemblable que l'assuré eût pu à nouveau rentrer dans la société et y réaliser un gain. Ainsi, il n'existait plus de risque d'abus, si bien que le droit à l'indemnité de chômage ne pouvait être nié à l'assuré pour le motif qu'il avait joui d'une position analogue à celle d'un employeur jusqu'au 16 avril 2004. Dans un arrêt du 16 avril 2007 (C.72/06), le Tribunal fédéral des assurances a également jugé le cas d'une Sàrl, qui n'avait pas été liquidée en application des articles 739 ss CO, qui avait été mise en faillite par décision judiciaire du 8 avril 2005, dont la procédure avait été suspendue pour défaut d'actifs et l'intéressé n'avait pas participé à sa liquidation. Le Tribunal fédéral des assurances a estimé qu'il n'existait en l'occurrence pas de risque d'abus à tout le moins à partir de la date de l'ouverture de la procédure de faillite, soit le 8 avril 2005. Le déroulement de la procédure de faillite et en particulier la suspension de celle-ci faute d'actif

rendaient en effet tout à fait improbable une éventuelle reprise par l'intéressé de son activité professionnelle au sein de la société et la réalisation d'un gain. Le droit à l'indemnité de chômage ne pouvait donc lui être nié à partir du 8 avril 2005 pour le motif qu'il bénéficiait encore d'une position analogue à celle d'un employeur (consid. 7.4). 13. En l'occurrence, il apparaît que la société a été mise en faillite par décision judiciaire du 16 septembre 2013. La procédure de faillite a été suspendue pour défaut d'actifs par jugement du 18 novembre 2013 et la société a été radiée d'office le 12 mai 2014. En outre, il n'apparaît pas que la recourante ou son conjoint ait participé d'une quelconque manière à sa liquidation. Il n'existait donc pas de risque d'abus, à tout le moins à partir de la date de l'ouverture de la procédure de faillite, soit le 16 septembre 2013. Le déroulement de la faillite et en particulier la suspension de celle-ci faute d'actifs rendaient en effet tout à fait improbable une éventuelle reprise par la recourante de son activité professionnelle au sein de la société et la réalisation d'un gain. Dans ces circonstances, le droit à l'indemnité de chômage ne saurait lui être nié pour le motif qu'elle ou son conjoint bénéficiaient encore d'une position analogue à celle d'un employeur au moment de son inscription au chômage le 9 octobre 2013. 14. Par conséquent, c'est à tort que l'intimée a nié le droit de la recourante à l'indemnité de chômage au motif qu'elle bénéficiait d'une position analogue à celle d'un employeur au moment de son inscription au chômage. 15. Le recours sera par conséquent admis, la décision sur opposition du 18 février 2014 annulée et la cause renvoyée à l'intimée pour qu'elle vérifie si les autres conditions du droit à l'indemnité de chômage sont remplies et rende ensuite une nouvelle décision. 16. La procédure est gratuite. PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant A la forme :

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