

GE_GERICHTE ATAS/214/2022 vom 8. März 2022

GE Cour de justice, 2022-03-08, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_214_2022

FR: GE_GERICHTE ATAS/214/2022 du 8 mars 2022

IT: GE_GERICHTE ATAS/214/2022 del 8 marzo 2022

Erwägungen

E. 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.

E. 2

Interjeté dans la forme et le délai – de trente jours – prévus par la loi, l'acte de recours est recevable (art. 38 al. 4 let. b et 56 ss LPGA et 62 ss de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 [LPA - E 5 10]).

E. 3

Le litige porte sur le bien-fondé de la décision de l'intimée de nier le droit à l'indemnité de chômage du recourant dès le 2 octobre 2019 – dies a quo selon les conclusions de celui-ci –, au motif qu'il avait eu une position assimilable à celle d'un employeur.

E. 4

L'art. 8 LACI énumère les conditions d'octroi de l'indemnité de chômage. Conformément à l'art. 8 al. 1 LACI, l'assuré doit, pour bénéficier de cette prestation prévue par l'art. 7 al. 2 let. a LACI, être sans emploi ou partiellement sans emploi (let. a), avoir subi une perte de travail à prendre en considération (let. b), être domicilié en Suisse (let. c), avoir achevé sa scolarité obligatoire et n'avoir pas encore atteint l'âge donnant droit à une rente AVS et ne pas toucher de rente de vieillesse de l'AVS (let. d), remplir les conditions relatives à la période de cotisation ou en être libéré (let. e), être apte au placement (let. f) et satisfaire aux exigences de contrôle (let. g). Ces conditions sont cumulatives (ATF 124 V 215 consid. 2). Elles sont précisées par plusieurs dispositions de la LACI et de l'ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 31 août 1983 (OACI – RS 837.02), ainsi que - dans les limites d'admissibilité de telles directives

A/2798/2020 - 11/23 - administratives (ATF 144 V 202 ; ATF 144 V 195 ; ATAS/1191/2014 du 18 novembre 2014 consid. 4 et doctrine et jurisprudence citées) - par les instructions édictées par le Secrétariat d'Etat à l'économie (ci-après: SECO) en sa qualité d'autorité de surveillance de l'assurance-chômage chargée d'assurer une application uniforme du droit (art. 110 LACI), notamment par le biais du Bulletin LACI IC.

E. 5.1

Aux termes de l'art. 31 al. 3 LACI, n'ont pas droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail (ci-après: RHT) : les travailleurs dont la RHT ne peut être déterminée ou dont l'horaire de travail n'est pas suffisamment contrôlable (let. a) ; le conjoint de l'employeur, occupé dans l'entreprise de celui-ci (let. b) ; les personnes qui fixent les décisions que prend l'employeur - ou peuvent les influencer considérablement - en qualité d'associé, de membre d'un organe dirigeant de l'entreprise ou encore de détenteur d'une participation financière à l'entreprise; il en va de même des conjoints de ces personnes, qui sont occupés dans l'entreprise (let. c).

E. 5.2

Le Tribunal fédéral des assurances a jugé que les exclusions de l'art. 31 al. 3 LACI s'appliquent par analogie à l'octroi de l'indemnité de chômage (ATF 123 V 234 consid. 7b). D'après la jurisprudence, 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'indemnités en cas de RHT, en particulier l'art. 31 al. 3 let. c LACI. Selon cette disposition, n'ont pas droit à l'indemnité en cas de RHT, notamment, 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. Le Tribunal fédéral a identifié un risque de contournement de la clause d'exclusion de l'art. 31 al. 3 let. c LACI lorsque, dans un contexte économique difficile, ces personnes procèdent à leur propre licenciement et revendiquent l'indemnité de chômage tout en conservant leurs liens avec l'entreprise. Dans une telle configuration, en effet, il est toujours possible pour elles de se faire réengager dans l'entreprise ultérieurement et d'en reprendre les activités dans le cadre de son but social. Ce n'est pas l'abus avéré comme tel que la loi et la jurisprudence entendent sanctionner, mais le risque d'abus que représente le versement d'indemnités à un travailleur jouissant d'une situation comparable à celle d'un employeur; il suffit qu'une continuité des activités soit possible pour que le droit doive être nié en raison d'un risque de contournement de la loi (ATF 123 V 234 consid. 7b/bb; arrêts du Tribunal fédéral

A/2798/2020 - 12/23 - 8C_108/2021 du 9 juillet 2021 consid. 3 et 8C_384/2020 du 22 décembre 2020 consid. 3.1). Selon la même jurisprudence, la situation est en revanche différente quand le salarié qui se trouve dans une position assimilable à celle de l'employeur quitte définitivement l'entreprise en raison de la fermeture de celle-ci. Il en va de même lorsque l'entreprise continue d'exister mais que le salarié, par suite de la résiliation de son contrat, rompt définitivement tout lien avec la société. Dans un cas comme dans l'autre, l'intéressé peut en principe prétendre à une indemnité de chômage (ATF 123 V 234 consid. 7b/bb; arrêt du Tribunal fédéral 8C_384/2020 précité consid. 3.1).

E. 5.3

Lorsqu'il s'agit de déterminer quelle est la possibilité effective d'un dirigeant d'influencer le processus de décision de l'entreprise, il convient de prendre en compte les rapports internes existant concrètement dans l'entreprise (ATF 145 V 200 consid. 4.2; ATF 122 V 270 consid. 3). Il n'est toutefois pas nécessaire – et c'est la seule exception – d'examiner les circonstances concrètes du cas d'espèce lorsque le pouvoir décisionnel du dirigeant ressort

de la loi. Tel est le cas des membres du conseil d'administration d'une société anonyme et des associés, respectivement des associés gérants lorsqu'il en a été désigné, d'une société à responsabilité limitée (cf. art. 716 à 716b et art. 804 ss CO), pour qui le droit aux prestations peut dès lors être exclu sans qu'il soit nécessaire de déterminer plus concrètement les responsabilités qu'ils exercent au sein de la société (ATF 145 V 200 consid. 4.2 ; ATF 123 V 234 consid. 7a ; ATF 122 V 270 consid. 3 ; arrêts du Tribunal fédéral 8C_384/2020 précité consid. 3.1 et 8C_776/2011 du 14 novembre 2012 consid. 3.2; Bulletin LACI IC, B17). Dans ce cas de figure, l'inscription au RC constitue en règle générale le critère de délimitation décisif (ATF 122 V 270 consid. 3; arrêts du Tribunal fédéral 8C_738/2015 du 14 septembre 2016 consid. 3.2 et C 17/06 du 1er mars 2007 consid. 3), étant donné que, normalement, les tiers n'apprennent de manière fiable que la personne occupant une position assimilable à celle d'un employeur a définitivement quitté l'entreprise ou abandonné sa position que lorsque la radiation de l'inscription au RC paraît dans la FOSC (arrêt du Tribunal fédéral C 110/03 du 8 juin 2004 consid. 2.1; Bulletin LACI IC, B28). La radiation de l'inscription permet d'admettre sans équivoque que l'assuré a quitté la société (cf. notamment arrêts du Tribunal fédéral 8C_738/2015 précité consid. 3.2, C 17/06 précité consid. 3 et C 175/04 du 29 novembre 2005 consid. 3.2) et ainsi d'écarter tout doute quant à son départ définitif (arrêt du Tribunal fédéral C 210/03 du 16 juin 2004 consid. 2). 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 en raison d'un risque de

A/2798/2020 - 13/23 - contournement de la loi (arrêt du Tribunal fédéral 8C_738/2015 précité consid. 3.2; Boris RUBIN, Assurance-chômage, 2e éd., 2006, p. 131), risque consistant notamment, de la part d'un assuré jouissant d'une situation comparable à un employeur, à décider à la fois de son licenciement et de son réengagement, ou à fixer le salaire déterminant le gain assuré (ATF 123 V 234 consid. 7b/bb; arrêt du Tribunal fédéral 8C_776/2011 précité consid. 3.3.2; Boris RUBIN, Assurance-chômage, p. 122). Cependant, selon le SECO, si les faits contredisent manifestement l'inscription au RC, la caisse doit alors s'appuyer sur ceux-ci; si elle peut établir, par exemple au moyen d'une décision de l'assemblée générale (départ du conseil d'administration) ou d'un acte notarié (transfert des parts sociales de la société à responsabilité limitée à un tiers), la date du départ réel, c'est cette date qui sera déterminante pour fixer celle du départ définitif (Bulletin LACI IC, B28). Le Tribunal fédéral a quant à lui considéré dans certains arrêts, en se référant à la jurisprudence relative à l'art. 52 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (LAVS - RS 831.10), que c'est le retrait réel, avec effet immédiat, du conseil d'administration – ou de la qualité d'associé gérant d'une société à responsabilité limitée –, en particulier par une lettre de démission, qui constitue la date du départ définitif de l'entreprise, plutôt que la radiation de l'inscription du RC qui peut prendre du retard (arrêts du Tribunal fédéral 8C_102/2018 du 21 mars 2018 consid. 6.3, 8C_245/2007 du 22 février 2006 consid. 3.2 et C 426/00 du 7 août 2001 consid. 3; Bulletin LACI IC, B28), mais ceci ne vaut que pour autant que la personne concernée ait fait suffisamment d'efforts pour accélérer la radiation de l'inscription du RC (arrêt du Tribunal fédéral C 278/05 du 15 mars 2006 consid. 2.2 et 2.3; Bulletin LACI IC, B28). À cet égard, concernant le droit du RC dans sa version en vigueur avant le 1er janvier 2021 – donc avant la radiation du nom de l'assuré des organes de la société au RC –, en vertu de l'art. 931a aCO, toute réquisition d'inscription au RC concernant une personne morale incombe à l'organe supérieur de gestion ou d'administration. Les dispositions particulières concernant les corporations et

établissements de droit public sont réservées (al. 1). La réquisition doit être signée par deux membres de l'organe supérieur de gestion ou d'administration ou par un membre autorisé à représenter la personne morale par sa signature individuelle. Elle doit être signée à l'office du RC ou être déposée munie des signatures dûment légalisées (al. 2). Conformément à l'art. 932 aCO, la date de l'inscription sur le RC est celle de la mention faite sur le journal (al. 1). L'inscription n'est opposable aux tiers que dès le jour ouvrable qui suit celui dont la date figure sur le numéro de la FOSC où est publiée l'inscription. Ce jour ouvrable est aussi le point de départ du délai qui commence à courir avec la publication de l'inscription (al. 2). Par ailleurs, à teneur de l'art. 938b aCO, intitulé "organes et pouvoirs de représentation", lorsque des personnes inscrites au RC en tant qu'organe cessent l'exercice de leurs fonctions, la personne morale concernée requiert sans retard

A/2798/2020 - 14/23 - leur radiation (al. 1). Les personnes qui quittent leurs fonctions peuvent aussi requérir elles-mêmes leur radiation – ce qui est rappelé par l'art. 17 al. 2 let. a de l'ordonnance sur le registre du commerce du 17 octobre 2007 (ORC - RS 221.411) dans sa version en vigueur avant le 1er janvier 2021 –. Le préposé au RC communique sans retard la radiation à la personne morale (al. 2). Ces dispositions sont également applicables à la radiation des pouvoirs de représentation (al. 3).

E. 5.4

Par ailleurs, pour les personnes licenciées qui ne font pas formellement partie d'un organe dirigeant mais qui disposent encore d'une part sociale, leur droit ne pourra être exclu que si leur part est importante (en principe au moins 30 %) ou si la possibilité d'influencer les décisions est considérable pour d'autres motifs, par exemple en cas de liens de parenté avec d'autres personnes jouissant d'un pouvoir décisionnel important (arrêts du Tribunal fédéral 8C_1044/2008 du 13 février 2009, C 61/05 du 10 avril 2006 et C 45/04 du 27 janvier 2005; ATAS/857/2020 du 13 octobre 2020 consid. 5b). Le seul fait que l'assuré dispose d'une participation au capital social de l'entreprise qui l'employait ne suffit pas, à lui seul, à considérer qu'il se trouve dans une position assimilable à celle d'un employeur (arrêts du Tribunal fédéral 8C_1044/2008 précité consid. 3.2.1 et C 45/04 précité); d'autre part, la seule démission formelle du conseil d'administration – respectivement de la qualité d'associé d'une société à responsabilité limitée – n'exclut pas forcément que l'assuré conserve un statut assimilable à celui d'un employeur au sein de cette société, par exemple en conservant une participation importante au capital social (arrêts du Tribunal fédéral 8C_1044/2008 précité consid. 3.2.1 et C 61/05 précité). Le critère déterminant est celui de la capacité de l'assuré à influencer concrètement et de manière importante les décisions de la société (arrêt du Tribunal fédéral 8C_1044/2008 précité consid. 3.2.1).

E. 6

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).

E. 7.1

En l'espèce, à teneur du RC, le recourant a été depuis septembre 2013, et sauf apparement durant quelques mois en 2017, le seul organe de la société figurant au RC, en qualité d'associé gérant avec signature individuelle, pour 200 parts de CHF 100.- chacune, correspondant à l'entier du capital social de CHF 20'000.- de

A/2798/2020 - 15/23 - la société, ce qui a duré jusqu'au _____ octobre 2020, date de la radiation de son nom du RC selon publication dans la FOOSC. Ainsi, d'après la jurisprudence, en dépit de la résiliation de ses rapports de travail (que ce soit par démission ou licenciement ou d'un commun accord) avec effet au 1er juillet 2019, il aurait eu en principe jusqu'au _____ octobre 2020, de par sa seule qualité d'associé gérant inscrit au RC, une position assimilable à celle de l'employeur, avec donc exclusion du droit à l'indemnité de chômage en application de l'art. 31 al. 3 let. c LACI. La fin d'une position assimilable à celle de l'employeur ne pourrait être retenue à une date antérieure à celle du _____ octobre 2020 que si les faits contredisaient manifestement cette date de radiation du RC, en ce sens que la date réelle du départ définitif de l'entreprise devrait être, sur la base d'éléments de fait concrets et probants, considérée comme antérieure, mais ceci ne serait envisageable que pour autant que l'intéressé ait fait suffisamment d'efforts pour accélérer la radiation de l'inscription de son nom du RC.

E. 7.2

Il est tout d'abord indubitable – et non contesté – que le recourant – malgré son incapacité de travail, entière puis partielle, pour cause de maladie dès le

E. 7.3

Il convient dès lors, tout d'abord, d'examiner la situation de l'intéressé dès le 1er juillet 2019 et jusqu'au 25 février 2020 – veille de la seconde réquisition de modification au RC – à tout le moins.

A/2798/2020 - 16/23 -

E. 7.3.1

Dans son recours, l'assuré a allégué avoir déposé, dans le délai imparti, au guichet de la caisse, les documents requis le 23 octobre 2019 par celle-ci, offrant pour preuve son audition. Toutefois, selon les explications fournies par l'intimée lors de l'audience du 24 août 2021, l'inscription à l'assurance-chômage du recourant auprès de l'OCE était datée du 26 juin 2019, mais elle n'avait été déposée auprès de la caisse que le

E. 7.3.2

Par surabondance, une absence de droit du recourant pour la période du 2 octobre 2019 au 15 janvier 2020, et même jusqu'au 25 février 2020, s'impose également au vu de ce qui suit. Certes, il ressort des allégations du recourant ainsi que des déclarations, convergentes sur ce point, de MM. D _____ et C _____ qu'à partir du 1er juillet 2019, l'intéressé n'a plus joué un rôle de gérant ou de responsable, ni même d'employé au service de la société, si ce n'est qu'il a répondu à quelques questions que lui posaient MM. C _____ ou E _____ concernant certains dossiers dont il avait connaissance et qu'il a rempli, en collaboration avec le second puis signé, à cause du fait qu'il était encore seul titulaire de la signature à teneur du RC, les formulaires "Questionnaire n° 3 à compléter par l'assuré(e) en cas de démission et à retourner à votre caisse de chômage" et "Questionnaire n° 4 à compléter par l'employeur en cas de démission et à retourner à votre ex-employé(e)" le

E. 7.3.3

En définitive, tant en raison de la déchéance de l'éventuel droit de l'assuré à l'indemnité de chômage pour non-réaction à la suite de la demande de documents par la caisse que d'une position assimilable à celle d'un employeur, c'est conformément au droit que celle-là a exclu le droit à ladite indemnité jusqu'au 25 février 2020.

E. 7.4

Pour ce qui est de la période commençant le 26 février 2020, il est vrai que le recourant n'a été radié du RC en tant qu'organe de la société qu'à la suite de la publication dans la FOSC le _____ octobre 2020 et que c'est en principe cette date qui devrait tenir lieu de cessation de la position assimilable à un employeur, conformément à la jurisprudence. Cependant, il ressort des déclarations concordantes du recourant et de M. C. _____ en audience, de même que des pièces du dossier, en particulier du "contrat de cession des parts sociales" signé le 25 février 2020 entre l'intéressé et M. C. _____, du procès-verbal de de l'assemblée générale extraordinaire des associés de la société du même jour et de la réquisition de modification déposée le lendemain au RC, que les 200 parts sociales à CHF 100.- étaient transférées de l'assuré à M. C. _____, l'intéressé n'était plus gérant-associé et sa signature était radiée, M. C. _____ étant nommé nouveau gérant-associé avec signature individuelle. Cette perte définitive par l'intéressé de toute fonction et position au sein de la société au 26 février 2020 a correspondu à la réalité, ce que l'intimée ne conteste du reste pas. Par ailleurs, le recourant, selon le témoignage de M. C. _____, a beaucoup aidé celui-ci en février 2020 pour les démarches auprès du RC, notamment pour les rendez-vous avec cette institution, auxquels il était présent; dès mars 2020, il a essayé d'avoir des contacts avec le RC afin que son nom soit radié le plus vite possible. Mais c'était très difficile d'obtenir quoi que ce soit jusqu'en juin 2020 à cause du "lockdown dû à la COVID-19"; à partir de juillet 2020, l'intéressé a continué à avoir des contacts avec le RC et avec MM. C. _____ et E. _____ afin que cette procédure de modification soit finalisée; à partir de juillet 2020, il a

A/2798/2020 - 22/23 - rappelé souvent à M. C. _____ les démarches qu'il fallait effectuer, un contact à ce sujet ayant lieu toutes les une ou deux semaines; auparavant, de mars 2020 à juin 2020, l'assuré s'était aussi adressé par des contacts à M. C. _____ à ce sujet, avec des discussions, mais c'était moins fréquent que dès juillet 2020 car il se rendaient compte alors qu'il n'y avait pas d'avancement à cause du "lockdown". Aucun élément ne permet de mettre en doute ces déclarations, qui démontrent des efforts suffisants de la part de l'assuré pour accélérer la radiation de l'inscription du RC. Il s'ensuit qu'une position du recourant assimilable à celle d'un employeur doit être niée à partir du 26 février 2020, de sorte qu'à partir de cette date, son droit à l'indemnité de chômage ne peut plus être exclu pour ce motif. 8. Pour le reste, contrairement à ce que demande le recourant, l'examen des autres conditions posées à l'octroi de l'indemnité de chômage à compter dudit 26 février 2020 ne saurait être effectué par la chambre de céans. En effet, ces conditions, qui concernent à tout le moins notamment la question du paiement du salaire de la société à l'assuré durant la période pendant laquelle il y était engagé ainsi que la question de l'éventuelle tardiveté de la transmission du formulaire IPA pour les mois de mai à juillet 2020, n'ont pas fait l'objet de la décision sur opposition attaquée. Au surplus, même par souci d'économie de procédure, de telles conditions ne sont pas susceptibles d'être tranchées actuellement, dans la mesure où elles devraient encore nécessiter des analyses approfondies. 9. En conséquence, le recours sera partiellement admis, la décision sur opposition querellée sera réformée en ce sens que le droit du recourant à l'indemnité de chômage ne peut pas être exclu à compter du

26 février 2020 au motif d'une position assimilable à celle d'un employeur, la cause étant renvoyée à l'intimée pour examen et décision sur les autres conditions posées à l'octroi d'une telle indemnité à partir de la même date. 10. Le recourant, qui obtient partiellement gain de cause et est représenté par un avocat, a droit à une indemnité de dépens réduite qui sera fixée à CHF 1'500.- (art. 61 let. g LPGA ; art. 6 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en matière administrative du 30 juillet 1986 [RFPA - E 5 10.03]). Par ailleurs, la procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA, applicable ratione temporis vu l'art. 83 LPGA). * * * * *

A/2798/2020 - 23/23 - PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant À la forme :

E. 9

mars 2018 et jusqu'au 31 juillet 2019 – a eu une position assimilable à celle de l'employeur au sein de la société à tout le moins jusqu'au 30 juin 2019, échéance du délai de résiliation de ses rapports de travail. En particulier, les allégations, les pièces produites et les enquêtes ont montré que l'intéressé a concrètement assumé la gestion de la société jusqu'au 30 juin 2019 au moins, s'occupant notamment, d'après ses propres déclarations, des contacts avec l'association internationale de transport d'animaux, ainsi que des devis, du suivi du travail et de la facturation, et ayant la signature à la banque. Ceci vaut bien que, d'une part, le recourant a pour l'essentiel été absent de son lieu de travail pour cause de maladie depuis le 9 mars 2018 et que, d'autre part, comme cela ressort de manière crédible des auditions du recourant et des témoins ainsi que des conventions de fiducie produites le 22 novembre 2021 par M. C_____ qui montrent que 90 % de la société (180 parts sociales sur 200) était détenu par des tiers et 10 % (20 parts sociales) par l'assuré, M. C_____ a en réalité été son supérieur, le vrai "patron" de la société mais de manière non publiée au RC et non connue des tiers extérieurs à la société, supérieur que l'intéressé ne consultait pas pour toutes les décisions, mais pour celles qui étaient les plus importantes, par exemple l'achat d'un véhicule.

E. 14

octobre 2019; après réception de sa demande en octobre 2019, la caisse lui avait demandé des documents, mais il ne les avait pas fournis, ni ne s'était manifesté, de sorte que sa demande avait été archivée en décembre 2019 comme annoncé dans son courrier du 23 octobre 2019; l'assuré avait déposé une nouvelle demande en janvier 2020, et c'était cette dernière demande qui avait fait l'objet de la décision sur opposition attaquée. L'intéressé n'a pas contesté ces explications. Il a simplement déclaré : "Je précise, suite à ce qu'a dit la représentante de la caisse, que juste après mon inscription du 26 juin 2019 auprès de l'OCE je suis allé au guichet de la caisse, où l'on m'a dit que cela ne servait à rien de déposer ma demande tant que je n'étais pas radié du RC". De surcroît, les pièces sollicitées le 23 octobre 2019 par l'intimée n'ont pas été présentées par le recourant avant le dépôt de sa nouvelle demande le 20 janvier 2020 auprès d'elle. Or, aux termes de l'art. 29 al. 1 aOACI dans sa version en vigueur avant le 1er juillet 2021 – et qui se réfère aux art. 40 LPGA ainsi que 20 al. 1 et 2 LACI –, pour la première période de contrôle pendant le délai-cadre et chaque fois que l'assuré se retrouve en situation de chômage après une interruption de six mois au moins, il fait valoir son droit en remettant à la caisse: sa demande d'indemnités dûment remplie (let. a); le double de la demande d'emploi (formule officielle; let. b); les attestations de travail concernant les deux dernières années (let. c); la formule IPA (let. d); les autres

documents que la caisse exige pour établir le droit à l'indemnité (let. e). En vertu de l'art. 20 LACI, le chômeur exerce son droit à l'indemnité auprès d'une caisse qu'il choisit librement. Dans les limites du délai- cadre applicable à la période d'indemnisation (art. 9 al. 2), un changement de caisse n'est pas autorisé. Le Conseil fédéral règle les dérogations (al. 1). Le chômeur est tenu de présenter à la caisse une attestation de travail délivrée par son dernier employeur. Celui-ci la lui remet lorsqu'il quitte ses services. Lorsque l'assuré ne se trouve au chômage qu'ultérieurement, l'employeur est tenu de la lui remettre, sur sa demande, dans le délai d'une semaine (al. 2). Le droit s'éteint s'il n'est pas exercé dans les trois mois suivant la fin de la période de contrôle à laquelle il se rapporte. Les indemnités qui n'ont pas été perçues sont périmées trois ans après la fin de ladite période (al. 3). D'après la jurisprudence, pour exercer son droit à l'indemnité, l'assuré doit remettre à la caisse de chômage les documents énumérés à l'article 29 OACI.

A/2798/2020 - 17/23 - L'art. 29 al. 3 OACI prévoit qu'au besoin, la caisse lui impartit un délai convenable pour compléter les documents et le rend attentif aux conséquences d'une négligence. Ce délai ne peut et ne doit être accordé que pour compléter les premiers documents et non pour pallier à leur absence (arrêts du Tribunal fédéral 8C_840/2009 du 27 novembre 2009 consid. 3.2 et C 7/03 du 31 août 2004 consid. 5.3.2; Boris RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, n. 12 ad art. 20 LACI). Si l'assuré ne respecte pas le délai impartit par la caisse en vertu de l'art. 29 al. 3 OACI, celle-ci se prononcera sur la base du dossier à disposition et, si les documents ne lui permettent pas de le faire, elle constatera la déchéance du droit pour la période de contrôle en cause (Boris RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, n. 13 ad art. 20 LACI). Le 23 octobre 2019, la caisse a demandé à l'assuré des documents au sens de l'art. 29 al. 1 aOACI, en particulier l'équivalent des attestations de travail concernant les deux dernières années (let. c) et les autres documents que la caisse exige pour établir le droit à l'indemnité (let. e), ce dans le cadre de la fixation d'un délai convenable – d'un mois – selon l'art. 29 al. 3 OACI, en l'informant d'emblée que sa demande d'indemnité de chômage ne serait acceptée et traitée que sur la base d'un dossier complet et en précisant finalement que sans nouvelles de l'assuré dans le délai impartit, son dossier serait archivé. Les différents documents requis par l'intimée étaient indubitablement pertinents et nécessaires pour l'établissement de son droit au sens de l'art. 29 al. 1 let. c et e aOACI, vu notamment la mention que l'intéressé avait faite de sa démission ainsi que de la nécessité de disposer de décomptes – ou fiches – de salaire et de formulaires remplis par l'employeur. L'intéressé n'a pas réagi dans le délai impartit, sans formuler non plus de motifs ou de demande de restitution de délai ou toutes explications relatives à d'éventuelles difficultés à fournir les documents sollicités, et sans que l'on se trouve, au surplus, dans un cas envisagé par l'art. 29 al. 4 OACI à teneur duquel, si l'assuré ne peut prouver, par des attestations, des faits permettant de juger du droit à l'indemnité, la caisse peut exceptionnellement prendre en considération une déclaration signée de l'assuré, lorsque celle-ci paraît plausible. Sans réaction de la part du recourant dans le délai impartit au 23 novembre 2019, l'intimée était en droit – et même dans l'obligation – de ne pas traiter la demande d'indemnités de chômage de celui-là et de l'archiver, conformément aussi à l'art. 40 al. 2 LPGA qui dispose que, si l'assureur fixe un délai pour une action déterminée, il indique en même temps les conséquences d'un retard, et que celui-ci ne peut avoir d'autres conséquences que celles mentionnées dans l'avertissement. Il est précisé ici que la question des conséquences de l'absence de réponse du recourant à la demande de documents formulée le 23 octobre 2019 par l'intimée n'est pas exorbitante aux questions litigieuses, quand bien même celles-ci portent principalement

sur la question de la position assimilable ou non à celle de l'employeur. En effet, dans sa décision initiale et sa décision sur opposition

A/2798/2020 - 18/23 - attaquée, la caisse s'est prononcée en référence seulement à la seconde inscription de l'assuré à l'assurance-chômage, le 16 janvier 2020, et non à la première inscription du 24 juin 2019 contrairement à ce qu'a demandé l'intéressé dans son opposition, et la nouvelle inscription du 16 janvier 2020 apparaît avoir constitué une reprise de la sollicitation de prestations de l'assurance-chômage de la part du recourant à la suite de son absence de réaction à la demande de l'intimée du 23 octobre 2019. L'absence de réaction sus-décrite de la part de l'assuré a correspondu à une déchéance de son éventuel droit à l'indemnité de chômage jusqu'à tout le moins sa nouvelle inscription à l'assurance-chômage, avec production de certains des documents requis par la caisse, le 16 janvier 2020, de sorte que, pour ce motif déjà, ses conclusions pour la période entre le 2 octobre 2019 – date du dépôt de la réquisition de modification au RC en lien avec M. D_____ – et le 15 janvier 2020 doivent être rejetées.

E. 18

décembre 2019 ainsi que "Attestation de l'employeur" du SECO le 20 janvier 2020. Toutefois, l'intéressé est demeuré inscrit au RC en qualité d'associé gérant, car la réquisition de modification déposée le 2 octobre 2019 auprès du RC n'a pas abouti étant donné que, d'après le témoignage de M. D_____, ledit registre avait refusé cette requête car il n'y avait pas eu de réponse de la part de M. E_____, responsable alors des démarches au RC, pour authentifier les signatures de l'intéressé et de M. D_____. En audience du 19 octobre 2021, le recourant a déclaré : "(...) en réalité, en septembre 2019, je suis allé avec M. D_____ au [RC] avec la réquisition de modification, que ledit registre a reçue le 2 octobre 2019 en mains propres. J'ai cru alors que ma radiation allait être effectuée rapidement du [RC]. Or, contrairement à ce qu'a indiqué M. C_____ dans son témoignage, cette modification n'a pas été effectuée au [RC]. C'est pour cette

A/2798/2020 - 19/23 - raison qu'environ 2 mois après, j'ai commencé à m'inquiéter du fait que je n'étais pas radié à teneur du [RC]. J'ai alors appelé moi-même le [RC], qui m'a répondu qu'une lettre avait été envoyée à [la société], avec des demandes d'explications à fournir d'après ce que j'ai compris. J'ai alors appelé M. E_____ pour savoir si quelqu'un avait reçu ou traité cette lettre du [RC]. M. E_____ m'a répondu que non et qu'il allait se renseigner. A la même époque, M. E_____ m'a dit que M. D_____ n'entraît plus dans les plans de [la société] et qu'il allait voir avec M. C_____ qui serait le nouvel associé-gérant. J'ai relancé plusieurs fois (autour de 2 fois par mois) M. E_____ à ce sujet, car n'ayant pas d'argent et étant pris à la gorge, jusqu'à ce qu'en février 2020, ils ont décidé que ça serait M. C_____ qui serait associé-gérant de [la société]". Ces efforts de la part de l'assuré n'ont été commencés que deux mois après le dépôt de réquisition de modification au RC, donc en début décembre 2019, et n'ont consisté qu'en un appel téléphonique audit registre puis à M. E_____, qu'il a encore rappelé entre quatre et six fois jusqu'en février 2020, mais il n'a pas exigé de la part de celui-ci un engagement à ce qu'il soit radié sans délai du RC, ni n'a demandé directement au RC sa radiation. Ces démarches n'apparaissent donc pas avoir constitué des efforts suffisants pour accélérer la radiation de l'inscription du RC, condition posée par la jurisprudence du Tribunal fédéral. Cette conclusion s'impose d'autant plus que, selon ses souvenirs, l'intéressé n'a pas été convoqué à une "assemblée générale" de la société, en réalité une assemblée des associés, et il ne ressort pas du dossier qu'il en ait convoqué une, entre le 1er juillet 2019 et le 24 février 2020, veille de "l'assemblée générale

extraordinaire" du 25 février 2020. Il est vrai qu'à teneur des conventions de fiducie, l'intéressé n'aurait disposé pour lui-même et son propre compte que de 20 parts sociales d'une valeur nominale de CHF 100.- chacune – montant minimal selon l'art. 774 CO –, contre 180 parts sociales pour les autres personnes susmentionnées, fiduciaires, dont il devait – théoriquement, selon les conventions de fiducie – respecter les instructions écrites dans le cadre des assemblées des associés. Il n'en demeure pas moins que même avec ces seules 20 parts sociales, soit 10 % du total – pourcentage insuffisant pour exclure à lui seul le droit à l'indemnité de chômage –, il était en droit de participer à toute décision concernant la société et l'avenir de cette dernière. Il est à cet égard relevé que l'assuré était officiellement le seul associé, donc en principe la seule personne habilitée à participer à l'assemblée des associés (art. 16 ss des statuts), ce quand bien même, d'après ses déclarations en audience, tous les propriétaires de parts sociales, y compris les fiduciaires, participaient en fait aux assemblées. Selon les statuts, l'assemblée des associés était l'organe suprême de la société (art. 16 al. 1) et avait le droit intransmissible de, notamment, modifier les statuts, nommer et révoquer les gérants, dissoudre la société, prendre les décisions sur les objets que la loi ou les statuts lui réservaient, ou que les gérants lui soumettaient (art. 16 al. 2 ch. 1, 2, 12 et 13), ladite assemblée nommant en outre les directeurs, les fondés de procuration et les mandataires commerciaux

A/2798/2020 - 20/23 - (art. 16 al. 3), étant précisé que ledit art. 16 des statuts correspond pour l'essentiel à l'art. 804 CO. Au surplus, s'agissant du transfert des parts, l'art. 7 des statuts prévoyait que la cession de parts sociales et l'obligation d'en céder devaient revêtir la forme écrite (al. 1); la cession requérait l'approbation de l'assemblée des associés, qui pouvait refuser son approbation sans indiquer de motifs (al. 2); si la société refusait son approbation, le droit de l'associé de sortir de la société pour un juste motif était réservé (al. 3). Il découle de ce qui précède que, s'il ne voulait plus apparaître dans aucune position au sein de la société à partir du 1er juillet 2019 ou du 2 octobre 2019, le recourant avait, de par les statuts (art. 7) et la loi (cf. notamment art. 785 CO), le droit de céder ses 20 parts sociales aux fiduciaires ou, avec ou sans l'autorisation de ceux-ci, à des tiers, et même ensuite le devoir, conformément à la loi, en particulier l'art. 938b aCO, de requérir, de sa propre initiative et même sans intervention des fiduciaires, la radiation de sa titularité desdites parts sociales dans le registre des parts sociales de la société (cf. art. 790 CO) ainsi que la radiation de son nom et de sa qualité d'associé gérant dans le RC (cf. art. 791 CO). Il est au demeurant relevé que l'art. 790a CO contient des prescriptions si un titulaire de part sociales agit pour le compte d'une personne physique tierce (ayant droit économique) et que l'art. 815 al. 1 CO dispose que l'assemblée des associés peut révoquer à tout moment un gérant qu'elle a nommé. De surcroît, en sa qualité de seul gérant officiellement reconnu, l'assuré avait, en vertu de l'art. 814 CO, le pouvoir de représenter la société. Certes, selon l'assuré, ses connaissances administratives étaient très faibles et il ne connaissait alors pas les tenants et les aboutissants en matière de RC et de manière plus globale de gérer une société. Cette allégation, si tant est qu'elle puisse être pertinente, n'apparaît pas crédible, dans la mesure où il a réellement géré la société depuis 2013 et jusqu'au 30 juin 2019, sous réserve de périodes d'incapacité de travail totale puis partielle, s'occupant notamment, d'après ses propres déclarations, des contacts avec l'association internationale de transport d'animaux, ainsi que des devis, du suivi du travail et de la facturation ainsi que du rattrapage de "l'administratif" par rapport aux anciens dossiers, et ayant la signature à la banque. Quoi qu'il en soit, le recourant ne peut pas invoquer une prétendue ignorance des règles légales entourant la gestion de la société, y compris en matière de RC, mais doit assumer les

conséquences d'avoir accepté dès 2013 d'en être associé gérant, avec tous les droits et devoirs que cela impliquait. Vu ces circonstances, il n'aurait pas été impossible au recourant, après le 30 juin 2019, et même après le 2 octobre 2019, que ce soit avant ou après l'échec de l'inscription au RC de M. D_____ comme gérant, et à tout le moins jusqu'au 25 février 2020, de se faire réengager par M. C_____ pour s'occuper de la gestion courante de la société. Certes, celui-ci a déclaré en audience que M. D_____ y avait exercé les tâches de gérant, mais seulement de juillet à octobre 2019, et un

A/2798/2020 - 21/23 - réengagement de l'assuré n'aurait pas posé des difficultés particulières aux plans légal et pratique, puisqu'il était toujours inscrit en tant qu'associé gérant au RC, qu'il disposait de 10 % des parts sociales de la société et que les conventions de fiducie n'avaient pas été résiliées ou modifiées. De surcroît, l'intéressé n'a pas accompli des efforts suffisants pour accélérer la radiation de son inscription du RC, étant au surplus rappelé qu'il a recouvré une capacité entière de travail à compter du 1er août 2019. Partant, à tout le moins jusqu'au 25 février 2020, l'assuré a gardé une position assimilable à celle de l'employeur, ce qui excluait le droit à l'indemnité de chômage.

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