RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3226/2005 **ATAS/1081/2006**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 4

du 29 novembre 2006

En la cause

Madame M_____, représentée par ASSISTA TCS SA	recourante

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHÔMAGE, sise rue de Montbrillant 40, GENEVE	intimée

Siégeant : Juliana BALDE, Présidente ; Doris WANGELER et Isabelle DUBOIS, Juges

EN FAIT

1. Le 1er août 2004, Madame M_____ a déposé une demande d'indemnités de chômage auprès de la Caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après la CCGC) et un délai-cadre d'indemnisation de deux ans a été ouvert en sa faveur dès cette date.

2. Le 16 août 2004, l'assurée a été engagée par la société X_____SA en qualité d'employée d'entretien remplaçante. Dans l'attestation de gain intermédiaire d'août 2004, l'employeur a mentionné que l'activité se poursuivrait probablement jusqu'au 30 novembre 2004.

3. Dans les attestations de gain intermédiaire de septembre et d'octobre 2004, X_____SA a indiqué que son employée avait résilié son contrat le 7 octobre pour le 31 octobre 2004 (puis pour le 26 octobre), car elle avait retrouvé un autre travail.

4. Par décision du 26 novembre 2004, la CCGC a prononcé à l'égard de l'assurée une suspension du droit à l'indemnité de 40 jours, ramenée à 16,8 jours, compte tenu de la prise en compte du gain intermédiaire. La CCGC a fait valoir que lors d'un entretien téléphonique du 15 novembre 2004 avec un collaborateur de la caisse, l'assurée avait déclaré avoir quitté son emploi car elle avait appris que la FSASD cherchait des employés. L'employeur avait quant à lui confirmé lors d'un entretien téléphonique du même jour qu'elle avait donné son congé de son plein gré. Il avait à cette occasion précisé que la prolongation du contrat de travail au 30 novembre 2004 dépendait de la date de reprise de l'employé que l'assurée avait remplacé.

5. Par courrier du 11 janvier 2005, l'assurée a formé opposition à cette décision, concluant à l'annulation de la suspension, à défaut d'une faute de sa part. En effet, elle avait mis fin à son contrat en raison des indications de l'employeur, qui lui avait affirmé que dès le 1er novembre 2004, il n'y aurait plus de travail pour elle au sein de la société.

6. Par décision du 19 juillet 2005, la CCGC a partiellement admis l'opposition, ramenant la suspension à 9,2 jours. Il ressortait du dossier que l'assurée avait démissionné parce qu'elle avait appris que la FSASD cherchait des employés et qu'elle souhaitait postuler. Elle avait de surcroît précisé au collaborateur de la CCGC que le travail qu'elle exerçait en gain intermédiaire était trop lourd et mal rémunéré. Ainsi, l'assurée avait fautivement résilié son contrat de travail et devait de ce fait être suspendue dans son droit à l'indemnité. Cependant, compte tenu du fait que son contrat avec X_____SA aurait certainement pris fin au 30 novembre 2004, il se justifiait de ramener la suspension à 22 jours, ce qui correspondait, compte tenu du gain intermédiaire, à 9,2 jours.

7. Par courrier du 13 septembre 2005, l'assurée a recouru auprès du Tribunal cantonal des assurances sociales, concluant à l'annulation de la suspension. Elle a fait valoir qu'en date du 7 octobre 2004, l'entreprise Y_____ SA l'avait informée qu'elle lui avait trouvé une remplaçante pour la fin du mois d'octobre 2004. Ainsi, la raison de la cessation des rapports de travail n'était pas un motif d'ordre personnel, mais l'attitude de l'employeur qui lui avait fait comprendre que le contrat de travail prendrait fin au 31 octobre 2004. Elle n'avait dès lors commis aucune faute et était en droit de percevoir l'intégralité de ses indemnités de chômage.

8. Dans sa réponse du 13 octobre 2005, la CCGC, concluant au rejet du recours, a relevé que la recourante ne pouvait prouver que son employeur lui aurait signifié la fin du contrat de travail au 31 octobre 2004. Ainsi, il convenait de tenir pour établi que l'assurée avait résilié son contrat fautivement, car elle avait envie de postuler auprès de la FSASD.

9. En date du 12 avril 2006, s'est tenue devant le Tribunal de céans une audience de comparution personnelle des parties.

   La recourante a déclaré avoir pris un travail chez X_____SA pour remplacer une personne accidentée. Il s'agissait de travaux de nettoyage dans une école à raison de deux heures par jour, le soir. Aucun contrat n'avait été signé et la recourante ignorait combien de temps cette activité allait durer puisque cela dépendait du retour de la personne accidentée. Elle avait commencé cet emploi en août 2004 et en septembre 2004, un nouveau responsable était arrivé dans l'entreprise et lui avait affirmé qu'à fin octobre 2004, elle ne serait plus là. Elle n'avait pas donné son congé; c'était l'employeur qui le lui avait signifié. Il était par ailleurs exact qu'elle avait postulé auprès de la FSASD, mais il était inexact que le travail chez X_____SA était trop lourd pour elle. Il avait dû y avoir une confusion avec le travail qu'elle effectuait auparavant pour un autre employeur, qui était physiquement très pénible. Enfin, la recourante a précisé que son mari avait également travaillé chez X_____SA jusqu'au mois d'octobre 2005 et qu'il devait connaître le nom du responsable qui leur avait déclaré à tous deux, en début octobre 2004, ne pas pouvoir compter sur eux car s'ils partaient les deux en vacances en même temps, il fallait trouver deux remplaçants.

   Quant à l'intimée, elle a précisé que se trouvaient dans le dossier des résumés d'entretiens téléphoniques du 15 novembre 2004 entre l'un des collaborateurs de la caisse, l'employeur et la recourante. Elle a également souligné que X_____SA avait indiqué dans l'attestation de gain intermédiaire du mois d'octobre 2004 que c'était l'employée qui avait résilié les rapports de travail le 7 pour le 26 octobre 2004.

10. En date du 24 mai 2006, se sont tenues devant le Tribunal de céans des audiences d'enquêtes.

Monsieur N_____, chef de la section taxation à la CCGC, a été entendu à titre de témoin. Il a exposé avoir noté les termes de ses entretiens téléphoniques dans un rapport d'entretien, établi le 23 novembre 2004. L'assurée lui avait indiqué, à cette occasion, avoir démissionné de chez X_____SA et postulé auprès de la FSASD. Quant à l'employeur, il lui avait déclaré qu'il était possible que le contrat ne se soit pas prolongé au-delà du 30 novembre 2004, car il s'agissait d'un remplacement; ces renseignements lui avaient été donnés par Madame D_____, travaillant dans la société.

Monsieur M_____, époux de la recourante, a été entendu à titre de renseignements. Il a déclaré avoir également travaillé pour l'entreprise X_____SA. Monsieur P_____, employé de cette société, avait décidé à fin août - début septembre 2004 que son épouse ne devait plus venir dès la fin du mois, dès lors que si lui-même et son épouse s'absentaient ensemble, il y aurait deux personnes à remplacer. Il ignorait pourquoi la secrétaire de l'entreprise, Madame D_____, avait annoncé à l'assurance-chômage que c'était son épouse qui avait résilié son contrat parce qu'elle avait trouvé un autre travail.

Monsieur P_____ a été entendu à titre de témoin. Il a déclaré travailler pour l'entreprise X_____SA depuis le 1er mai 2004. Il n'engageait pas directement les employés mais donnait son opinion lors des engagements faits par Madame D_____ et Monsieur Y_____. Le 7 octobre 2004, la recourante avait annoncé au bureau qu'elle arrêterait au 31 octobre 2004, car elle avait trouvé un autre travail. Il était exact que si deux personnes travaillant sur le même site prenaient leurs vacances ensemble, cela pouvait poser des problèmes d'organisation. Cependant, il a contesté avoir déclaré à la recourante ou à son époux que le fait de travailler en couple était problématique et que le contrat de l'assurée prendrait fin au 31 octobre 2004. L'entreprise ne licenciait d'ailleurs qu'en cas de faute grave. Il ne savait en outre plus si c'était à lui ou à Madame D_____ que la recourante avait annoncé sa démission.

11. Par courrier du 9 juin 2006, la recourante a informé le Tribunal de céans qu'elle renonçait à l'audition de Madame D_____ en qualité de témoin.

12. Dans ses observations après enquêtes du 27 juillet 2006, l'intimée a persisté dans les termes et conclusions de sa décision du 19 juillet 2005. En effet, l'audition de Monsieur Q_____ avait permis de démontrer que c'était bien la recourante qui avait pris la décision de quitter son employeur et non l'inverse. En outre, il ressortait également du rapport d'entretien téléphonique du 23 novembre 2004 que la recourante avait démissionné parce qu'elle voulait postuler auprès d'un tiers.

13. Dans ses observations après enquêtes du 21 août 2006, la recourante a exposé que les déclarations de son mari confirmaient les siennes. En outre, Monsieur Q_____ avait bien relevé que si deux personnes travaillant sur le même site

prenaient leurs vacances en même temps, cela pouvait poser des problèmes d'organisation. Ce Monsieur avait également déclaré être dans l'ignorance des motifs du congé et ne plus savoir si l'assurée avait annoncé son congé à Madame D_____ ou à lui-même. Il était dès lors difficile d'accorder du crédit à son témoignage.

14. Par courriers du 22 août 2006, les parties ont été informé que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 (LOJ) a été modifiée et a institué, dès le 1er août 2003, un Tribunal cantonal des assurances sociales, composé de 5 juges, dont un président et un vice-président, 5 suppléants et 16 juges assesseurs (art. 1 let. r et 56 T LOJ).

   Suite à l'annulation de l'élection des 16 juges assesseurs, par le Tribunal fédéral le 27 janvier 2004 (ATF 130 I 106), le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février, une disposition transitoire urgente permettant au Tribunal cantonal des assurances sociales de siéger sans assesseurs à 3 juges titulaires, ce, dans l'attente de l'élection de nouveaux juges assesseurs.

2. Conformément à l'art. 56 V al. 1 let. a ch. 8 LOJ, le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations prévues à l'art. 56 LPGA qui sont relatives à la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982 (LACI).

   Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

3. a) Aux termes de l'art. 30 al. 1 let. a LACI, le droit de l'assuré à l'indemnité est suspendu lorsqu'il est établi que celui-ci est sans travail par sa propre faute. Est notamment réputé sans travail par sa propre faute l'assuré qui a résilié lui-même le contrat de travail, sans avoir été préalablement assuré d'obtenir un autre emploi, sauf s'il ne pouvait être exigé de lui qu'il conservât son ancien emploi (art. 44 al. 1 let. b OACI). Dans le cas où l'assuré a été en réalité contraint de donner son congé par son employeur ou par l'évolution des rapports de travail, il n'est pas réputé avoir quitté volontairement son emploi. Il ne saurait non plus être sanctionné s'il existe des motifs légitimes à l'abandon de l'emploi (ATF 124 V 238 consid. 4b/aa; ATFA non publié du 4 septembre 2001, C 378/00, consid. 2).

   La durée de la suspension est proportionnelle à la gravité de la faute de l'assuré et ne peut excéder, par motif de suspension, 60 jours (art. 30 al. 3 LACI). Selon l'art. 45 al. 2 de l'ordonnance fédérale sur l'assurance-chômage du 31 août 1983 (OACI), la durée de la suspension est de 1 à 15 jours en cas de faute légère, de 16 à 30 jours en cas de faute de gravité moyenne et de 31 à 60 jours en cas de faute grave. Elle

est fixée en tenant compte de toutes les circonstances du cas particulier tel que le mobile, les circonstances personnelles (âge, état civil, état de santé, dépendance éventuelle, environnement social, niveau de formation, connaissances linguistiques etc.) et les circonstances particulières (comportement de l'employeur ou des collègues de travail, climat de travail).

b) Selon le principe de la libre appréciation des preuves, qui s'applique aussi bien en procédure administrative qu'en procédure de recours de droit administratif, l'administration ou le juge apprécie librement les preuves, sans être lié par des règles formelles, en procédant à une appréciation complète et rigoureuse des preuves. Dès lors, le juge doit examiner de manière objective tous les moyens de preuve, quelle qu'en soit la provenance, puis décider si les documents à disposition permettent de porter un jugement valable sur le droit litigieux.

L'autorité administrative ou le juge ne doivent considérer un fait comme prouvé que lorsqu'ils sont convaincus de sa réalité (KUMMER, Grundriss des Zivilprozessrechts, 4ème édition Berne 1984, p. 136 ; GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2ème édition, p. 278 ch. 5). Dans le domaine des assurances sociales, le juge fonde sa décision, sauf dispositions contraires de la loi, sur les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent comme les plus vraisemblables, c'est-à-dire qui présentent un degré de vraisemblance prépondérante. Il ne suffit donc pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible. Parmi tous les éléments de fait allégués ou envisageables, le juge doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables (ATF 126 V 360 consid. 5 let. b, 125 V 195 consid. ch. 2 et les références).

Dans le domaine des assurances sociales, quand bien même la procédure est régie par le principe inquisitoire, ce principe est limité par le devoir de collaborer des parties, lequel comprend l'obligation de ces dernières d'apporter, dans la mesure où cela est raisonnablement exigible d'elles, les preuves commandées par la nature du litige et des faits invoqués, faute de quoi elles risquent de devoir supporter les conséquences de l'absence de preuves (ATF 125 V 195 consid. 2 et les références); en effet, si le principe inquisitoire dispense les parties de l'obligation de prouver, il ne les libère pas pour autant du fardeau de la preuve, en ce sens qu'en cas d'absence de preuve, la décision sera défavorable à la partie qui voulait déduire un droit de l'état de fait non prouvé.

4. En l'occurrence, il s'agit de déterminer si la recourante a mis fin à son contrat de travail avec X_____SA, de manière fautive, et le cas échéant, si la suspension opérée est justifiée.

La recourante fait valoir avoir mis fin à son contrat, le 7 octobre 2004, sur la base des déclarations de son employeur, qui lui aurait dit qu'à fin octobre 2004, il n'y avait plus de place pour elle au sein de la société.

Les seules pièces relatives à la fin des rapports de travail sont les attestations de gain intermédiaire des mois de septembre et d'octobre 2004, dans lesquelles X_____SA a indiqué que son employée avait résilié son contrat le 7 pour le 31 octobre 2004 (puis pour le 26 octobre 2004), car elle avait retrouvé un autre travail.

La recourante a cependant essayé de prouver par témoin sa version des faits. Son mari, entendu à titre de renseignements en raison du lien qui l'unit à la recourante, expose au Tribunal de céans que Monsieur P_____ était venu le voir en septembre 2004 et lui avait déclaré, en présence de son épouse, que l'entreprise n'avait plus besoin de cette dernière à la fin du mois car il n'y avait plus de travail pour elle. Selon Monsieur M_____, Monsieur P_____ avait également affirmé que cela posait des problèmes si lui-même et son épouse étaient en congé en même temps car il y aurait deux personnes à remplacer.

Cependant, ces déclarations ne sont pas confirmées par Monsieur P_____, entendu à titre de témoin. En effet, ce dernier conteste, d'une part, avoir dit aux époux M_____ qu'ils posaient des problèmes d'organisation car en leur absence, il faudrait trouver deux personnes pour les remplacer, et, d'autre part, que l'entreprise aurait licencié la recourante. Il expose au contraire que c'est bien l'assurée qui a mis un terme à son contrat et que dans l'entreprise, les licenciements ne sont signifiés qu'en cas de faute grave.

Par ailleurs, Monsieur N_____, également entendu comme témoin, a confirmé avoir noté les termes de son entretien téléphonique du 23 novembre 2004, lors duquel, la recourante a affirmé avoir démissionné pour postuler à la FSASD.

Au vu de ce qui précède, il convient de constater que la recourante n'a pas réussi à prouver que son employeur l'aurait licenciée et il y a lieu de tenir pour établi que c'est bien elle qui a mis un terme à son contrat.

5. Il convient maintenant d'examiner si la quotité de la suspension, 22 jours, ramenés à 9,2 jours compte tenu du gain intermédiaire, est justifiée.

Le Tribunal fédéral des assurances a rappelé que conformément aux termes de l'art. 30 al. 3, 3ème phrase LACI, la gravité de la faute constitue en principe le seul critère pour fixer la durée de la suspension du droit à l'indemnité de chômage (ATFA non publié du 28 décembre 2005, cause C 73/03). En outre, dans les cas de suspension pour le motif prévu à l'art. 44 al. 1 let. b OACI (lorsque l'assuré a résilié lui-même le contrat, sans avoir été préalablement assuré d'obtenir un autre emploi), l'art. 45 al. 3 OACI - selon lequel il y a faute grave lorsque l'assuré abandonne un emploi,

sans être assuré d'obtenir un nouvel emploi - ne constitue qu'un principe dont l'administration et le juge des assurances peuvent s'écarter lorsque les circonstances particulières du cas d'espèce le justifient. Dans ce sens, le pouvoir d'appréciation de l'une et de l'autre n'est pas limité à la durée minimum de suspension fixée pour les cas de faute grave. Aussi bien l'administration que le juge ont la possibilité d'infliger une sanction moins sévère (RJJ 1999 p. 54; DTA 2000 n° 8 p. 42 consid. 2c).

En l'espèce, la recourante a certes mis fautivement fin à son contrat de travail, ceci dans des circonstances peu claires, soit qu'elle ait voulu postuler ailleurs, soit que le travail ne lui convenait pas, soit pour une autre raison, qui importe peu. Il convient cependant de prendre en considération le fait que cet emploi n'était que temporaire et n'aurait probablement pas duré, selon l'employeur, au-delà du 30 novembre 2004. Partant, il y a lieu de considérer que la faute commise, soit avoir résilié son contrat sans s'être assuré d'un nouvel emploi, ne peut, au regard de cette circonstance qu'être considérée comme légère. Compte tenu de la courte durée encore prévisible du contrat de travail, mais du comportement relativement grave de l'assurée, qui a résilié son contrat sans s'être assurée d'en avoir un nouveau, il convient de retenir qu'une suspension de quotité moyenne dans la faute légère se justifie. Ainsi, le Tribunal de céans considère que la faute commise justifie une suspension dans le droit à l'indemnité de 9 jours.

6. Au vu de ce qui précède, le Tribunal de céans constate que seule une suspension de 9 jours se justifie. Le recours sera donc partiellement admis dans le sens des considérants et la recourante, qui obtient partiellement gain de cause, aura droit à des dépens.

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Statuant

(conformément à la disposition transitoire de l'art. 162 LOJ)

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet partiellement dans le sens des considérants.

3. Annule la décision de l'intimée du 19 juillet 2005.

4. Dit que la recourante doit être suspendue dans son droit à l'indemnité de 9 jours.

5. Condamne l'intimée à verser à la recourante une indemnité de 800 fr. à titre de dépens.

6. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification par plis recommandé adressé au Tribunal fédéral des assurances, Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE, en trois exemplaires. Le délai ne peut être prolongé. Le mémoire doit : a) indiquer exactement quelle décision le recourant désire obtenir en lieu et place de la décision attaquée; b) exposer pour quels motifs il estime pouvoir demander cette autre décision; c) porter sa signature ou celle de son représentant. Si le mémoire ne contient pas les trois éléments énumérés sous lettres a) b) et c) ci-dessus, le Tribunal fédéral des assurances ne pourra pas entrer en matière sur le recours qu'il devra déclarer irrecevable. Le mémoire de recours mentionnera encore les moyens de preuve, qui seront joints, ainsi que la décision attaquée et l'enveloppe dans laquelle elle a été expédiée au recourant (art. 132, 106 et 108 OJ).

Le greffier	La Présidente :
Walid BEN AMER	Juliana BALDE

La secrétaire-juriste : Frédérique GLAUSER

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties et au Secrétariat d'Etat à l'économie par le greffe le