RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/345/2022 **ATAS/851/2022**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 27 septembre 2022

15ème Chambre

En la cause

Madame A_____, domiciliée à PLAN-LES-OUATES, recourante
représentée par ADC, Association de défense des chômeur-se-s

contre

CAISSE DE CHÔMAGE SYNDICOM, sise Looslistrasse 15, BERNE intimée

Siégeant : Marine WYSSENBACH, Présidente; Saskia BERENS TOGNI et Pierre-Bernard PETITAT, Juges assesseurs

EN FAIT

A. **a.** Madame A_____ (ci-après : l'assurée), né en 1992, a été engagée par B_____ SA (ci-après : l'employeuse), le 26 avril 2021, en qualité d'assistante en pharmacie. Un temps d'essai de trois mois était convenu.

b. L'assurée a participé, à l'instar d'une partie de ses collègues, à deux formations internes les 22 et 24 juin 2021, la première de ces formations s'étant déroulée sur un de ses jours de congé et la seconde entre 20h et 21h45 par visioconférence.

c. En juillet 2021, l'assurée a perçu un bonus pour des ventes qu'elle avait réalisées sur des produits à vendre en priorité.

d. Après le temps d'essai, l'assurée a été confirmée dans sa fonction.

e. Le 17 septembre 2021, les parties ont conclu une convention de sortie dans le cadre de laquelle les rapports de travail étaient résiliés pour le 30 septembre 2021, soit sans tenir compte du délai de congé d'un mois pour la fin d'un mois, et l'employée libérée de l'obligation de travailler. Le congé a ensuite été prolongé au 31 octobre 2021 (attestation de l'employeur et feuille de salaire d'octobre 2021).

f. Un certificat de travail a été remis à l'assurée, le 8 octobre 2021. À teneur de ce document, l'assurée avait eu pour tâches principales, l'accueil, l'orientation et le conseil à la clientèle, la délivrance de médicaments sur ordonnance sous le contrôle du pharmacien et la dispensation de conseils à la clientèle, la préparation, la réception et le rangement des commandes. Elle avait rempli ses tâches à la satisfaction de son employeuse, laquelle ajoutait que l'assurée était une personne souriante et douce, douée d'un sens du soin à l'autre, qualités qui avaient été appréciées de ses collègues et des clients. L'assurée avait entretenu de bonnes relations avec l'ensemble de son entourage professionnel.

B. **a.** Le 17 novembre 2021, l'assurée a déposé auprès de la Caisse de chômage SYNDICOM (ci-après : la caisse) une demande d'indemnité de chômage compte tenu de la résiliation de son contrat de travail par son employeuse, dès le 1er novembre 2021.

b. Le 18 novembre 2021, la caisse a interrogé l'employeuse sur les motifs du licenciement.

c. Par courriel du 24 novembre 2021, l'employeuse a indiqué avoir licencié l'assurée pour engager une personne dont le profil correspondait mieux au poste de travail. L'assurée s'était vue reprocher un manque de proactivité et avait été encouragée à « sortir davantage du comptoir pour aller au-devant des clientes », à « être plus rapide pour éviter à ses collègues de prendre en charge la file d'attente », à « améliorer son conseil en personnalisant davantage » lors d'entretiens. Malgré des formations internes, aucune progression n'avait été remarquée, mais une absence de motivation à progresser avait été relevée.

d. Par décision du 26 novembre 2021, la caisse a sanctionné l'assurée de 35 jours de suspension de son droit à l'indemnité de chômage pour avoir été au chômage par sa faute.

e. Par acte du 14 décembre 2021, l'assurée s'est opposée à cette décision, surprise des motifs de son licenciement, tels qu'invoqués par son employeuse. Elle avait été licenciée sans avoir reçu d'avertissement préalable au retour de sa maladie le 17 septembre 2021 (absente du 26 août 2021 au 14 septembre 2021 pour maladie selon une attestation de son médecin traitant). Le médecin cantonal avait en outre prononcé une mesure à son endroit du 26 août 2021 au 5 septembre 2021. L'assurée avait suivi deux formations internes et sa motivation était toujours intacte.

f. Par lettre du 23 décembre 2021, la caisse a confirmé sa décision de sanction du 26 novembre 2021 pour la même motivation.

C. **a.** Par acte du 27 janvier 2022, l'assurée a saisi la chambre des assurances sociales de la Cour de justice (ci-après : chambre des assurances sociales) d'un recours contre cette décision dont elle demandait, sous suite de dépens, l'annulation. Elle n'avait pas reçu d'avertissement préalablement à son licenciement, lequel lui avait été imposé à son retour de maladie, alors qu'elle avait été confirmée dans son emploi en juillet 2021, à l'issue de sa période d'essai. Son certificat de travail était élogieux et devait l'emporter sur les critiques invoquées par son employeuse dans sa réponse à la caisse. En tout état, lesdites critiques n'étaient pas propres à justifier une résiliation. Enfin, lors de son licenciement, aucune critique de son travail n'avait été prononcée. On lui avait uniquement indiqué que son poste serait alloué à une personne plus expérimentée qu'elle.

b. Par réponse du 7 mars 2022, la caisse s'en est remise à justice.

c. Le dossier transmis par la caisse à la chambre de céans ne contient pas d'avertissement ou de procès-verbal de séance entre l'assurée et son ex-employeuse. Il comprend en revanche un courriel de l'assurée (le 23 juillet 2021) et la réponse de la responsable des ressources humaines (le 9 août 2021). Dans son courriel, l'assurée demandait des informations sur les vacances, les pauses réglementaires et les heures supplémentaires. Elle souhaitait savoir, en particulier, si elle pouvait demander un congé ou si elle devait se charger de trouver un remplaçant pour pouvoir bénéficier de vacances (elle souhaitait prendre une semaine de vacances début septembre 2021). Elle voulait savoir si les 15 minutes de pause les matins et les après-midis étaient obligatoires et comment étaient compensées les heures supplémentaires. Dans la réponse du 9 août 2021, la responsable des ressources humaines répondait qu'il n'y avait pas de remplacement durant les vacances, mais une solidarité entre employés. L'assurée devait s'adresser à son gérant au sujet de ses vacances et les indiquer le plus tôt possible dans l'année. Il n'y avait pas d'obligation de prendre les pauses de 15 minutes par demi-journées et les équipes étaient, la plupart du temps, très

concernées et s'organisaient entre elles pour prendre une pause rapide si la présence des collègues et des clients le permettait. Enfin, les heures supplémentaires étaient possibles en cas de besoin de la pharmacie et l'employée devait en parler avec son gérant.

Le dossier contient également une lettre de l'assurée dans laquelle cette dernière a contesté la convention de sortie qu'elle avait signée le 17 septembre 2021, sans avoir eu le temps de la réflexion, et la réponse de l'employeuse qui rappelait avoir proposé un licenciement ordinaire à son employée ou une convention de sortie que cette dernière avait acceptée.

d. L'assurée n'a pas répliqué à la suite de la réponse de la caisse et de la mise à disposition du dossier, de sorte que la cause a pu être gardée 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 - E 2 05), la chambre des assurances sociales de la Cour de justice connaît, en instance unique, des contestations prévues à l'art. 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales, du 6 octobre 2000 (LPGA - RS 830.1) relatives à la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, du 25 juin 1982 (loi sur l'assurance-chômage, LACI - RS 837.0).

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

2. Interjeté en temps utile, le recours est recevable (art. 60 LPGA).

3.

3.1 Le litige porte sur le bien-fondé de la suspension du droit de la recourante à l'indemnité de chômage pour une période de 35 jours pour chômage fautif.

3.2 Selon l'art. 30 al. 1 let. a LACI, il convient de sanctionner par une suspension du droit à l'indemnité de chômage celui qui est sans travail par sa propre faute. Tel est notamment le cas de l'assuré qui, par son comportement, en particulier par la violation de ses obligations contractuelles de travail, a donné à son employeur un motif de résiliation du contrat de travail (art. 44 al. 1 let. a de l'ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité [OACI]). En d'autres termes, il n'est pas nécessaire que l'assuré ait violé ses obligations contractuelles de travail pour qu'une suspension de son droit à l'indemnité de chômage puisse lui être infligée (arrêt du Tribunal fédéral C 254/06 du 26 novembre 2007 consid. 4.2). Il suffit que le comportement à l'origine de la résiliation ait pu être évité si l'assuré avait fait preuve de la diligence voulue, en se comportant comme si l'assurance n'existait pas (ATF 112 V 242 consid. 1). Pour qu'une sanction se justifie, il faut que le comportement de l'assuré ait causé son chômage. Un tel lien fait défaut si la résiliation est fondée

essentiellement sur un autre motif que le comportement du travailleur. Il est par ailleurs indifférent que le contrat de travail ait été résilié de façon immédiate et pour de justes motifs ou à l'échéance du congé légal ou contractuel. Il suffit que le comportement à l'origine de la résiliation ait pu être évité si l'assuré avait fait preuve de la diligence voulue, comme si l'assurance n'existait pas. Le comportement reproché doit toutefois être clairement établi (ATF 112 V 242 consid. 1; arrêt du Tribunal fédéral 8C_370/2014 11 juin 2015 consid. 2.2; Thomas NUSSBAUMER, in Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Arbeitslosenversicherung, vol. XIV, 3ème éd. 2016, p. 2515 n. 837). En outre, il est nécessaire, en application de l'art. 20 let. b de la Convention n° 168 du 21 juin 1988 concernant la promotion de l'emploi et la protection contre le chômage (RS 0.822.726.8), que l'assuré ait délibérément contribué à son renvoi, c'est-à-dire qu'il ait au moins pu s'attendre à recevoir son congé et qu'il se soit ainsi rendu coupable d'un dol éventuel (arrêt du Tribunal fédéral 8C_268/2015 du 6 août 2015 consid. 4.2 et les références). Le dol simple entraîne a fortiori une sanction (cf. Boris RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, n. 24 ad art. 30 LACI). Il doit y avoir un lien de causalité juridiquement pertinent entre le motif de licenciement, c'est-à-dire le comportement fautif de l'assuré, et le chômage (Circulaire du SECO, D15).

3.3 L'art. 30 al. 3 LACI prévoit notamment que la durée de la suspension est proportionnelle à la gravité de la faute et ne peut excéder, par motif de suspension, soixante jours.

3.4 S'agissant de la quotité de la sanction, l'art. 45 al. 3 OACI prévoit trois catégories de fautes, soit les fautes légères, les fautes moyennes et les fautes graves, à sanctionner en principe d'une suspension du droit à l'indemnité de chômage pour une durée respectivement de 1 à 15 jours, de 16 à 30 jours et de 31 à 60 jours.

3.5 En tant qu'autorité de surveillance, le Secrétariat d'État à l'économie (ci-après : SECO) a adopté un barème indicatif à l'intention des organes d'exécution (Bulletin LACI IC). Un tel barème constitue un instrument précieux pour les organes d'exécution lors de la fixation de la sanction et contribue à une application plus égalitaire des sanctions dans les différents cantons. Cela ne dispense cependant pas les autorités décisionnelles d'apprécier le comportement de l'assuré compte tenu de toutes les circonstances – tant objectives que subjectives – du cas d'espèce et de fixer la sanction en fonction de la faute (arrêt du Tribunal fédéral 8C_425/2014 du 12 août 2014 consid. 5.1).

3.6 La durée de la suspension est fixée en tenant compte de toutes les circonstances du cas particulier, telles que le mobile, les circonstances personnelles (l'âge, l'état civil, l'état de santé, une dépendance éventuelle, l'environnement social, le niveau de formation, les connaissances linguistiques, etc.), des circonstances particulières (le comportement de l'employeur ou des collègues de travail, le climat de travail, etc.), de fausses hypothèses quant à l'état

de fait (par exemple quant à la certitude d'obtenir un nouvel emploi (Bulletin LACI IC, D64).

3.7 Une preuve absolue n'est pas requise en matière d'assurances sociales. L'administration et le juge fondent leur décision, sauf dispositions contraires de la loi, sur les faits qui, faute le cas échéant 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 ; 126 V 353 consid. 5b ; 125 V 193 consid. 2 et les références).

3.8 En l'espèce, il est établi et incontesté que la recourante a été confirmée dans son emploi après son temps d'essai, le 26 juillet 2021, et qu'elle a été avisée par son employeuse de sa volonté de la licencier le 17 septembre 2021, soit à l'issue d'un congé maladie (Covid-19) ayant duré du 26 août au 14 septembre 2021, selon une attestation médicale au dossier. L'assurée n'a jamais fait l'objet d'un avertissement formel quant à sa façon de travailler ni n'a été mise en garde contre un risque de licenciement, l'employeuse ne l'alléguant d'ailleurs pas. Enfin, l'assurée n'a pas violé ses obligations contractuelles vis-à-vis de son employeuse.

Encore faut-il se demander si le comportement de l'assurée est néanmoins à l'origine du licenciement, si le comportement reproché est dans le cas d'espèce clairement établi et, enfin, faut-il se demander si l'assurée a pu s'en rendre compte et a refusé fautivement d'y remédier, de sorte à délibérément contribuer à son renvoi.

À cet égard, le comportement reproché à la recourante ne ressort pas de la convention de licenciement ou d'avertissements préalables écrits. La recourante conteste en outre avoir eu un comportement qui aurait justifié son licenciement, ainsi que les reproches formulés par son employeuse au moment où cette dernière était interrogée par la caisse intimée sur les motifs du licenciement. L'assurée avait été confirmée dans son emploi à l'issue du temps d'essai, ce qui démontrait que son travail satisfaisait l'employeuse. Lors de l'entretien du 17 septembre 2021, son employeuse lui avait indiqué que la raison de son licenciement tenait au fait que cette dernière voulait engager une personne plus expérimentée qu'elle. Aucun reproche ne lui avait été par ailleurs fait à cette occasion ou au préalable et son certificat de travail confirmait qu'elle avait donné satisfaction dans son travail.

Force est en outre de constater que les reproches ou objectifs non remplis sur lesquels l'employeuse a justifié le licenciement auprès de la caisse intimée – lesquels sont contestés et non établis – n'apparaissent en tout état de cause pas particulièrement graves ni suffisants pour considérer, comme la caisse intimée l'a

fait, que l'assurée aurait par son comportement fautif été à l'origine de son licenciement.

Quant au motif du licenciement, l'on constate que tant l'assurée et que l'employeuse ont indiqué qu'il était justifié par la volonté de l'employeuse d'engager une personne plus expérimentée que l'assurée à son poste. Ce motif n'apparaît pas suffisant pour faire grief à l'assurée d'avoir perdu son emploi de manière fautive.

L'on constate également que dans un échange de courriels entre l'assurée (le 23 juillet 2021) et la responsable des ressources humaines (le 9 août 2021), alors que l'assurée s'interrogeait sur ses droits de travailleuse, sa responsable des ressources humaines répondait à ses questions de façon lacunaire, voire contraire à la loi sur le travail, en renvoyant l'assurée à son gérant. Sans pouvoir retenir que cette demande de l'assurée ou son absence pour cause de maladie sont à l'origine de son licenciement, il est néanmoins permis de douter de la réalité des motifs invoqués par l'employeuse une fois interrogée par la caisse.

Eu égard à ce qui précède, il n'est pas établi au degré de vraisemblance suffisant que le comportement reproché à l'assurée serait à l'origine du licenciement. Ce comportement ne saurait, par ailleurs et en tout état de cause, suffire pour considérer que la résiliation imposée à la recourante l'aurait été de par sa faute.

Quant à la question de savoir si la recourante a été avisée ou devait se douter des reproches (manque de proactivité), ou attentes (« sortir davantage du comptoir pour aller au-devant des clientes », « être plus rapide pour éviter à ses collègues de prendre en charge la file d'attente », « améliorer son conseil en personnalisant davantage ») et à la question de savoir si elle a dès lors délibérément décidé de les ignorer de sorte à conduire à son licenciement, il faut constater qu'il n'est pas établi que ces éléments auraient été expliqués à l'assurée avant le jour de son licenciement, étant précisé que l'assurée s'est vue notifier son congé sans avoir eu l'occasion de s'exprimer sur cette décision unilatérale de l'employeuse ayant pris la forme d' « une convention de sortie », de sorte que l'on ne saurait reprocher à l'assurée de ne pas avoir voulu modifier son comportement.

Dans ces circonstances, l'on ne saurait reprocher à la recourante d'avoir fautivement donné un motif de licenciement à son employeuse.

En conséquence, la recourante n'aurait pas dû être sanctionnée.

La décision de sanction étant infondée, le recours sera admis.

La recourante qui obtient gain de cause a droit à des dépens arrêtés à CHF 1'000.- à la charge de l'intimé.

En l'absence de loi spéciale prévoyant des frais judiciaires, la procédure est gratuite (art. 61 let. fbis LPGA en lien avec l'art. 1 al. 1 LACI).

PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

À la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet.
3. Annule la décision du 23 décembre 2021.
4. Alloue à la recourante une indemnité de CHF 1'000.- à titre de dépens à la charge de l'intimé.
5. Dit que la procédure est gratuite.
6. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110); le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière	La présidente
Nathalie LOCHER	Marine WYSSENBACH

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