REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/488/2007 **ATAS/723/2007**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 5

du 20 juin 2007

En la cause

Madame W_____, domiciliée , PLAN-LES-OUATES	recourante

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHOMAGE, sis rue de Montbrillant 40, GENEVE	intimée

Siégeant : Maya CRAMER, Présidente; Christine BULLIARD MANGILI et Monique STOLLER FÜLLEMANN, Juges assesseurs

EN FAIT

1. Madame W_____, mère de deux enfants, nés le 2004 et le 2006, a travaillé en dernier lieu en tant que cuisinière à plein temps auprès de la société X_____ SA à partir du 22 février 2002.

2. Par courrier du 28 mai 2006, elle a résilié le contrat de travail avec effet au 21 juillet 2006, pour des raisons d'incompatibilité d'horaires après la naissance de son deuxième enfant.

3. Le 8 juin 2006, l'intéressée s'est inscrite auprès de l'OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI (ci-après : OCE), afin de bénéficier d'indemnités journalières de chômage dès le 21 juillet 2006. Sur sa demande d'indemnités, elle a indiqué comme motif de résiliation "incompatibilité d'horaires avec la vie familiale". Elle a par ailleurs mentionné avoir été en congé maternité du 31 mars au 20 juillet 2006.

4. Selon la note d'entretien de l'OCE avec l'employeur datée du 18 août 2006, celui-ci a indiqué que l'assurée a résilié le contrat en raison de la naissance de son deuxième enfant. Elle avait de la peine à concilier ses horaires, soit de 9 heures 30 à 14 heures et de 18 heures à 23 heures, avec sa vie familiale. Selon la note d'entretien de la même date avec l'assurée, celle-ci a confirmé que les horaires du soir n'étaient pas compatibles avec sa vie familiale, à la suite de la naissance de son deuxième enfant, et qu'elle cherchait un emploi à 100%, mais la journée.

5. Par décision du 21 août 2006, la CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHOMAGE (ci-après : la caisse, puis l'intimée) a prononcé à l'égard de l'assurée une suspension du droit à l'indemnité de 31 jours, au motif qu'elle a démissionné de son emploi de son plein gré.

6. Par courrier du 4 septembre 2006, l'assurée s'est opposée à cette décision, en faisant valoir qu'il lui avait été impossible de continuer son activité professionnelle pour des raisons indépendantes de sa volonté, dès lors qu'elle souffrait d'importants problèmes de santé, l'empêchant de travailler en soirée ou la nuit, et continuait également d'allaiter son fils cadet né le 31 mars 2006. A l'appui de ses dires, elle a joint une attestation du 29 août 2006 du Dr Jacques GAST, gynécologue, selon laquelle elle allaitait encore à cette date son bébé et qu'il serait nécessaire qu'elle ne travaillât pas le soir ou la nuit afin de pouvoir continuer l'allaitement.

7. A la demande de la caisse, l'assurée l'a informée, par courrier du 5 décembre 2006, qu'elle pensait concilier vie professionnelle et familiale en travaillant avec des horaires normaux, tout en laissant la garde de ses deux enfants à sa belle-mère qui était disposée à s'en occuper. Quant à ses problèmes de santé, elle a précisé que des troubles du sommeil, des insomnies, des vertiges, des nausées et des vomissements étaient survenus après la naissance de son deuxième enfant. Selon son médecin, un

temps de repos était adéquat et suffisant pour préserver sa santé, ce qui était incompatible avec un travail qui se terminait à minuit environ, tout en s'occupant d'un bébé de quinze semaines. Elle a également indiqué qu'elle devait terminer, dans son dernier emploi, le travail à 23 heures 10, sauf deux fois par semaine à 22 heures 25, puis se rendre en tram au terminus Bachet et prendre le bus D. Elle a également transmis copie de ses recherches d'emploi.

8. Par décision sur opposition du 11 janvier 2007, la caisse a rejeté celle-ci. Ce faisant, elle a considéré que les motifs invoqués dans la lettre de congé de l'assurée et lors de l'entretien téléphonique ne constituaient pas des raisons valables pour rompre le contrat de travail. Par ailleurs, ces raisons étaient totalement incompatibles et contradictoires avec ses démarches effectuées depuis le 3 juillet 2006, date de sa première recherche d'emploi. En effet, elle avait continué à chercher un emploi de cuisinière à plein temps, soit pour une activité en tout point identique à la précédente. A cette égard, la caisse a relevé qu'il était établi que l'activité de cuisinière à plein temps nécessitait une préparation et une présence aux heures de repas de midi et du soir, de sorte qu'une telle activité ne pouvait se terminer à 18 heures et nécessitait obligatoirement une présence en cuisine au moins jusqu'à 22 heures, ce qui correspondait à un horaire à plein temps dans cette branche. Ainsi, son désir de reprendre une activité de cuisinière avec des horaires "normaux" semblait totalement irréalisable et ne pouvait être considéré comme pertinent pour justifier le bien fondé de sa démission. De surcroît, les attestations de son médecin traitant et de son gynécologue semblaient n'avoir aucun lien avec les réels motifs de sa décision. En ce qui concerne le temps de repos adéquat préconisé par son médecin traitant, la caisse a relevé que l'ex-employeur avait souscrit une assurance perte de gain pour maladie dont elle aurait pu bénéficier.

9. Par courrier du 4 février 2007, l'assurée recourt contre cette décision, en concluant à son annulation. Elle estime qu'il ne pouvait être exigé qu'elle conservât son ancien emploi, de sorte qu'il ne peut lui être reproché d'avoir résilié le contrat de travail. Elle n'a par ailleurs jamais déclaré être exclusivement à la recherche d'une activité de cuisinière à plein temps. Le conseiller en personnel conseillait en outre aux demandeurs d'emplois de chercher un travail correspondant à la dernière activité professionnelle exercée, sous peine de se voir infliger des pénalités. Son conseiller en personnel ne lui a jamais demandé d'arrêter de faire des recherches dans la restauration et de les faire dans un autre domaine d'activité, ce qu'elle aurait été tout à fait disposée à faire si on le lui avait demandé. Il est par ailleurs inexact que l'activité de cuisinière nécessite obligatoirement une présence en cuisine jusqu'à au moins 22 heures. En effet, l'horaire flexible est pratiqué dans de nombreux restaurants. Elle persiste à affirmer que sa décision de ne plus travailler le soir et la nuit a été prise pour des raisons médicales uniquement. Cependant, dès lors que son désir était de retrouver un emploi avec des horaires normaux, elle n'a pas voulu profiter des prestations de l'assurance perte de gain.

10. Dans sa détermination du 16 mars 2007, l'intimée conclut au rejet du recours, tout en se référant à sa décision sur opposition, en ce qui concerne la motivation.

11. Le 23 mai 2007, le Tribunal de céans entend la recourante. Celle-ci déclare alors ce qui suit :

> "Je n'ai toujours pas trouvé de travail en tant que cuisinière. Je sais que Y_____ engage des cuisiniers à plein temps avec un horaire uniquement pendant la journée.
>
> J'aimerais changer d'activité professionnelle, dans la mesure où il est difficile de trouver une place de cuisinière à plein temps avec des horaires pendant la journée. Toutefois, l'assurance chômage a refusé de me payer des cours. J'ai aussi cherché du travail à mi-temps, sans succès.
>
> Ma santé va actuellement bien et ne constitue pas un obstacle au travail pendant la soirée. Cependant, il n'est pas compatible avec la vie familiale d'exercer une activité lucrative le soir et la nuit.
>
> Mon mari fait beaucoup "d'extras", de sorte qu'il est très fatigué le soir. S'occuper des enfants en plus, constituerait une charge trop lourde pour lui."

12. A l'issue de cette audience, la cause est gardée à juger.

EN DROIT

1. En vertu de l'art. 56 V al. 1 let. a, ch. 8 de la loi genevoise sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 (LOJ), le Tribunal cantonal des assurances sociales 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) 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.

2. Interjeté dans les délai et forme prévus par la loi, le recours doit être déclaré recevable (art. 60 et 61 LPGA, par renvoi de l'art. 1 al. 1 de loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982, LACI, et art. 89B de la loi genevoise sur la procédure administrative du 12 septembre 1985, LPA).

3. Est litigieuse en l'occurrence la question de savoir s'il pouvait être exigé de la recourante qu'elle conservât son ancien emploi et, dans l'affirmative, l'appréciation

de sa faute, afin de déterminer la durée de la suspension du droit aux indemnités journalières de chômage.

4. A teneur 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. Tel est notamment le cas de l'employé 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 de l'ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 31 août 1983 - OACI).

   La question de savoir si l'on pouvait exiger d'un assuré qu'il conservât son ancien emploi dépend de l'ensemble des circonstances du cas concret. L'exigibilité est présumée. Cette présomption peut toutefois être renversée par l'assuré. A cet égard, il ne faut pas se montrer trop strict quant à la preuve qui lui incombe et il appartient plutôt à l'administration d'instruire d'office le cas, lorsque les éléments du dossier pourraient faire apparaître comme non exigible la continuation des rapports de travail (DTA 1999 numéro 8, p. 39, consid. 7b).

   Un emploi qui répondait à tous les critères d'un travail convenable à un moment donné peut perdre cette qualité à la suite d'un changement de circonstances. Dans cette éventualité, il ne peut être exigé d'un salarié qu'il conserve son emploi sans être préalablement assuré d'en avoir obtenu un autre, de sorte qu'il ne sera pas réputé sans travail par sa propre faute. Il y a lieu de s'inspirer dans ce contexte des règles de l'art. 16 al. 2 LACI qui énumère les situations dans lesquelles un travail n'est pas réputé convenable (arrêt du Tribunal fédéral des assurances sociales non publié C 258/03 du 27 janvier 2004 p. 4 s consid. 6).

   Selon la let. c de cette dernière disposition, n'est pas réputé convenable tout travail qui ne convient notamment pas à la situation personnelle de l'assuré ou à l'état de santé.

5. En l'espèce, il ne fait pas de doute qu'il n'est de loin pas idéal pour une femme avec des enfants en bas âge de travailler en soirée. Ainsi, il peut être admis avec la recourante qu'il serait préférable qu'elle exerce une activité à plein temps pendant les horaires de la journée. A cet égard, il convient de relever que de tels emplois existent, notamment dans les restaurants des grands magasins et les cantines d'entreprises, même si ceux-ci ne constituent assurément pas la majorité des emplois disponibles dans la profession de cuisinier. Ainsi, il ne peut être retenu à l'encontre de la recourante qu'elle a adopté un comportement contradictoire, en continuant à chercher un travail à plein temps en tant que cuisinière, alors même qu'elle n'est pas prête à travailler le soir.

   Néanmoins, dans la mesure où la recourante n'élève pas seule ses enfants, il pouvait être attendu de sa part que, même après la naissance de son deuxième enfant, elle

continuât à travailler pour son ancien employeur. En effet, son mari aurait pu assurer la garde des enfants. Le cas échéant, il lui aurait appartenu de renoncer à faire des heures supplémentaires, afin de permettre à sa femme d'exercer une activité lucrative.

Certes, la recourante fait également valoir qu'elle a quitté son ancien emploi pour des raisons de santé. Toutefois, si cela était le seul motif, elle aurait alors pu se faire prescrire par ses médecins traitants un congé maladie pendant le temps supplémentaire nécessaire à sa récupération. Il est cependant vraisemblable que, dès lors que la recourante n'avait plus l'intention de travailler pendant la soirée, elle a préféré donner son congé immédiatement.

Partant, le Tribunal de céans est de l'avis qu'il pouvait en l'occurrence être attendu de la recourante qu'elle conservât son ancien emploi, en attendant d'en trouver un autre.

6. Reste à apprécier la faute.

a) La durée de la suspension est déterminée en fonction de la gravité de la faute, conformément à l'art. 45 al. 2 OACI. Elle 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. Selon l'art. 45 al. 3 OACI, il y a notamment faute grave, lorsque l'assuré abandonne un emploi réputé convenable, sans être assuré d'obtenir un nouvel emploi.

b) Comme constaté ci-dessus, le travail de la recourante auprès de son dernier employeur doit être considéré comme convenable au sens de la loi. Partant, en application de l'art. 45 al. 3 OACI précité, il y a lieu de qualifier l'abandon de cet emploi de faute grave. Il est à cet égard également à relever que la recourante avait certes des raisons valables, dictées par sa situation familiale, pour ne plus travailler pendant la soirée. Cependant, elle devait savoir qu'il existe dans sa branche très peu d'emplois avec un horaire pendant la journée et qu'elle s'exposait dès lors à un chômage d'une longue durée en résiliant son contrat de travail.

En fixant la durée de la suspension au minimum légal pour une faute grave, il y a lieu d'admettre que l'intimée a tenu compte des circonstances particulières du cas d'espèce. Par conséquent, sa décision s'avère conforme au droit.

7. Au vu de ce qui précède, le recours sera rejeté.

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Statuant

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. Le rejette.

3. Dit que la procédure est gratuite.

4. 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); 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 :
Claire CHAVANNES	Maya CRAMER

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