

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/503/2009

ATAS/1141/2009

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 4

du 9 septembre 2009

En la cause

Madame S _____, domiciliée à Genève

recourante

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHOMAGE, sise rue
de Montbrillant 40, Genève

intimée

**Siégeant : Juliana BALDE, Présidente; Christine LUZZATTO et Olivier LEVY, Juges
assesseurs**

EN FAIT

1. Madame S _____ a été employée en qualité de serveuse du 15 juin 2007 au 30 novembre 2008 par X _____. Le 26 août 2008, l'employeur a informé l'assurée de sa décision de vendre l'établissement, de sorte que son contrat se terminerait au 30 novembre 2008.
2. L'assurée a déposé une demande de prestations auprès de l'Office cantonal de l'emploi (ci-après : OCE) et a sollicité le versement d'indemnités de chômage dès le 1^{er} décembre 2008.
3. Lors d'un entretien au guichet de l'administration, le 25 novembre 2008, l'assurée a été avisée qu'elle devait être réengagée par le nouvel acquéreur du café et une copie de l'art. 333 du Code des obligations lui a été remis.
4. Par décision du 5 janvier 2009, la Caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après : la Caisse) a prononcé une suspension du droit à l'indemnité de chômage de quarante-cinq jours à l'encontre de l'assurée, au motif qu'après divers entretiens avec l'ancien employeur et l'actuel propriétaire de l'établissement, elle avait été avisée que le nouveau propriétaire lui avait proposé un poste de travail, qu'elle l'avait refusé. De plus, aucune démarche par devant la Juridiction des prud'hommes n'a été déposée, et ce malgré son affirmation de n'avoir jamais eu d'entretien avec le nouveau propriétaire du commerce. En renonçant à faire valoir ses prétentions salariales envers l'employeur au détriment de l'assurance-chômage, elle a commis une faute.
5. L'assurée a formé opposition en date du 8 janvier 2009, au motif qu'à aucun moment lors de la reprise de l'établissement, le nouveau propriétaire, Monsieur T _____ ne lui avait proposé un poste. Si tel avait été le cas, elle n'aurait pas refusé de continuer à travailler dans cet établissement. Elle alléguait que son frère avait aussi été licencié au même moment que les autres membres du personnel et que la décision concernant ses pénalités ne correspondait pas aux motifs indiqués dans celle qu'elle venait de recevoir.
6. Par décision du 30 janvier 2009, la Caisse a rejeté l'opposition de l'assurée, au motif que selon un fax reçu le 17 décembre 2008 de la part du nouvel employeur, un entretien aurait eu lieu au mois de novembre et qu'elle avait refusé spontanément l'offre d'emploi au sein de son restaurant. Elle a commis ainsi une faute grave, de sorte que la suspension du droit à l'indemnité de quarante-cinq jours est justifiée.
7. L'assurée interjette recours en date du 16 février 2009. Elle allègue que suite à la vente du restaurant de Châtelaine, la quasi-totalité du personnel a été licenciée et

remplacée par une nouvelle équipe. Lorsqu'elle est allée s'inscrire au chômage, on l'a informée que le nouveau propriétaire n'avait pas agi en accord avec les dispositions du Code des obligations. Suite à cela, son frère et elle se sont rendus auprès du nouveau propriétaire en exhibant ledit article. C'est alors qu'il leur a fait miroiter un poste de travail en disant qu'il allait étudier la chose et faire parvenir les contrats avec le cahier des charges. A aucun moment cependant, le nouvel employeur ne leur a fait une offre d'emploi concrète ou ferme, ce n'était que de vagues offres à étudier. La recourante conteste le contenu du fax du nouvel employeur et regrette de n'avoir pas pu compter sur le soutien de la Caisse pour obliger le nouveau propriétaire à l'engager. Elle conclut à l'annulation de la décision et, dans la mesure du possible, à ce que la Caisse examine comment contraindre le nouveau propriétaire à l'engager, en application des dispositions légales.

8. Dans sa réponse du 16 mars 2009, la Caisse relève que l'employeur a transféré son entreprise à un nouveau propriétaire qui devait reprendre les salariés. Par courrier du 17 décembre 2008, le nouvel acquéreur, Monsieur T_____ l'a informée qu'il avait eu un entretien avec la recourante et que cette dernière avait refusé l'emploi proposé. Par ailleurs, aucune demande n'a été déposée par devant la Juridiction des prud'hommes. Par conséquent, la recourante s'est vu infliger une suspension de son droit à l'indemnité de chômage de quarante-cinq jours. Cela étant, la Caisse a proposé au Tribunal de bien vouloir entendre le nouvel acquéreur. En l'état actuel du dossier, la sanction apparaît justifiée et la Caisse conclut au rejet du recours.
9. Le Tribunal a procédé à une comparution personnelle des parties en date du 6 mai 2009. La recourante a déclaré que lorsque son employeur lui avait écrit en date du 26 août 2008 pour l'informer qu'il avait pris la décision de vendre le restaurant, il ne lui avait donné aucune information quant au repreneur. Les sept employés du restaurant ont été licenciés en même temps. Une personne a été engagée par le nouvel employeur dès le 1^{er} décembre 2008, mais elle ignorait dans quelles conditions. De fin août à fin novembre 2008, la recourante soutient n'avoir eu aucun entretien avec le nouveau patron. Ce n'est qu'au mois de décembre que son frère et elle ont eu des entretiens à deux ou trois reprises. D'autre part, ce n'est que lorsqu'elle s'est inscrite au chômage qu'elle a appris, ainsi que son frère, que selon la loi, le nouvel employeur devait reprendre le personnel salarié. C'est après cette information qu'ils sont allés le voir, en décembre. Lors de ces discussions, il n'a pas été question d'un engagement, car il leur a dit qu'il avait déjà son personnel et qu'il n'engagerait personne. A sa connaissance, un ancien cuisinier a été également sanctionné par la Caisse. La recourante a confirmé qu'elle n'avait pas déposé de demande devant le Juridiction des prud'homme et qu'elle avait trouvé un travail depuis le 1^{er} mai 2009.

Le représentant de la Caisse a déclaré que le nouvel employeur lui a adressé un fax en date du 17 décembre 2008 l'informant qu'un entretien avait eu lieu en novembre et que tant la recourante que son frère avaient refusé un emploi. Il a proposé l'audition du nouvel employeur.

10. Le Tribunal a ordonné l'ouverture des enquêtes et a procédé à l'audition des témoins en date du 17 juin 2009.

Le témoin Madame U _____ a déclaré qu'elle avait travaillé depuis 2006 chez X _____ et qu'elle a été licenciée au mois de juin 2008 pour fin août 2008. Elle n'était donc plus au restaurant au moment de la reprise et n'était revenue que pour dépanner. Elle connaissait Monsieur T _____ et ce dernier lui a proposé de travailler pour lui lorsqu'il a su qu'elle était au chômage. Elle a travaillé jusqu'en décembre 2008, avant de se retrouver en arrêt maladie. Elle a compris qu'elle rencontrerait avec lui les mêmes problèmes qu'avec Monsieur V _____, raison pour laquelle elle n'était pas revenue. Elle ignorait par conséquent les circonstances de la reprise puisqu'elle n'était pas là. Elle a simplement compris, en discutant avec ses anciens collègues, que Monsieur T _____ ne souhaitait pas travailler avec Madame S _____.

Le témoin W _____ a expliqué qu'elle avait décidé de suivre Monsieur V _____ dans son nouvel établissement. Monsieur T _____ ne lui a jamais proposé de rester sous sa direction. Elle savait que Monsieur T _____ avait contacté Monsieur A _____. En revanche, elle ignorait s'il l'avait fait pour les autres membres du personnel, et plus particulièrement s'agissant de Monsieur et Madame S _____. Ce n'est qu'à la fin du mois de novembre, juste avant la reprise, que Monsieur V _____ lui a proposé de le suivre. Jusqu'alors, Monsieur T _____ ne lui avait fait aucune proposition.

Monsieur B _____ a expliqué qu'il continuait à travailler dans l'établissement aux mêmes conditions que précédemment et que le nouveau repreneur, Monsieur T _____, avait pris contact avec lui au mois de novembre pour lui faire une proposition. Il a entendu dire que Monsieur T _____ avait également fait une proposition à Monsieur et Madame S _____ et qu'ils auraient refusé, mais il n'en savait pas plus. Il tenait cette information de Monsieur et Madame S _____ eux-mêmes.

Le témoin C _____ explique que lorsqu'il a appris que le restaurant allait être repris, il a pris ses vacances et qu'il avait trouvé un restaurant disposé à l'employer à compter du 1^{er} octobre 2008. Il n'était donc plus là au moment de la reprise. Monsieur T _____ n'a jamais pris contact avec lui puisqu'il avait déjà retrouvé un emploi.

Le témoin A _____ a expliqué que Monsieur T _____ lui avait demandé de continuer avec lui. La question du salaire n'a cependant pas été abordée, car il a des

problèmes de santé. Il peut difficilement marcher, raison pour laquelle il a indiqué qu'il souhaitait d'abord consulter un médecin, lequel a confirmé que dans son état, il lui serait difficile de continuer à travailler. Il a été mis en arrêt de travail à compter du 5 octobre 2008, jusqu'à ce jour. Dans ces conditions, il a décliné l'offre de Monsieur T_____ en précisant que si son état de santé devait s'améliorer, il serait évidemment intéressé à travailler pour lui. Il croyait savoir que Monsieur T_____ avait proposé à Monsieur S_____ de le suivre.

Le témoin T_____ a déclaré que lorsqu'il avait repris l'établissement, il n'avait avec lui en tout et pour tout qu'une seule employée. Il avait donc pris contact avec certains des employés de Monsieur V_____, dont plusieurs ont décliné son offre. S'agissant de Monsieur S_____, il a indiqué qu'il voulait quitter la restauration. Quant à Madame S_____, il ne lui a pas proposé de continuer avec lui car il avait entendu dire qu'elle ne le souhaitait pas. Ils avaient déjà travaillé ensemble par le passé, en 2008. Le témoin a expliqué qu'il fermait le lundi seulement, qu'il avait proposé à Monsieur S_____, avec qui il avait déjà travaillé par le passé et qu'il apprécie, un salaire de 5'000 fr. par mois et le cas échéant, de pouvoir prendre congé parfois le dimanche, lorsqu'il en avait vraiment besoin. Celui-ci lui a toutefois répondu qu'il était fatigué de la restauration. Monsieur S_____ est revenu ensuite vers lui pour lui dire qu'il était d'accord de continuer avec lui, mais entretemps, il avait trouvé quelqu'un d'autre, moins cher. Il n'a finalement réengagé que Monsieur B_____, au même salaire qu'auparavant, et avec un jour et demi de congé par semaine. Selon le témoin, Monsieur A_____ lui a dit qu'il était trop âgé pour continuer, Madame W_____ a suivi Monsieur V_____, Monsieur C_____ n'était déjà plus là et Madame U_____ n'a travaillé avec lui qu'un mois ou deux avant de se mettre en arrêt maladie. En fin de compte, il avait repris deux salariés. Il a admis qu'il n'avait pas proposé de contrat écrit à Monsieur S_____, mais comme il le connaissait depuis longtemps pour avoir travaillé plusieurs années avec lui, la parole lui suffisait. Il lui a donc simplement proposé de continuer à travailler avec lui aux mêmes conditions qu'auparavant.

Le témoin V_____ a déclaré qu'il employait six personnes dans son établissement et que lors de la reprise de celui-ci, rien n'avait été convenu avec le repreneur concernant son personnel salarié. Il a prévenu son personnel trois mois à l'avance, laissant ainsi le choix au repreneur de continuer à les occuper ou non. Il ignorait que le repreneur avait l'obligation de reprendre le personnel. Il ne savait pas non plus s'il avait déjà son personnel. Le repreneur est venu travailler avec lui un mois avant la reprise, afin de voir comment cela se passait. Il était là presque tous les jours et il pense qu'il a dû proposer à l'un ou à l'autre des employés de continuer à travailler avec lui. S'agissant de Madame S_____, le repreneur lui a demandé si elle souhaitait continuer à travailler pour lui. Il croyait savoir qu'elle avait déjà travaillé auparavant avec lui et que leurs rapports n'étaient pas très cordiaux. Il a donc interrogé Madame S_____ qui s'est étonnée que le

repreneur ne lui pose pas directement la question. Madame S_____ ne lui a donné ni réponse négative, ni réponse positive. S'agissant de Monsieur S_____, le témoin a déclaré qu'il a entendu le entrepreneur lui proposer de continuer à travailler pour lui. Il croyait savoir que Monsieur S_____ avait décliné l'offre parce qu'il avait quelque chose d'autre. Ces faits remontent à quelque temps avant la reprise.

11. A l'issue de l'audience, chacune des parties a persisté dans ses conclusions et renoncé à déposer d'autres conclusions.
12. Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 56V al. 1 let. a ch. 8 de la loi genevoise sur l'organisation judiciaire, du 22 novembre 1941 (LOJ ; RS E 2 05), le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations prévues à l'article 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA ; RS 830.1) qui sont 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. La LPGA est applicable au cas d'espèce, dès lors que les faits juridiquement déterminants se sont déroulés postérieurement à son entrée en vigueur (cf. ATF 130 V 446 sv. consid. 1, 129 V 4 consid. 1.2).
3. L'objet du litige consiste à déterminer c'est à bon droit que l'intimée a prononcé à l'encontre de la recourante une suspension de son droit à l'indemnité de quarante-cinq jours.
4. Selon l'art. 30 al. 1 LACI, le droit de l'assuré à l'indemnité est suspendu notamment lorsqu'il est établi qu'il est sans travail par sa propre faute (let. a), a renoncé à faire valoir des prétentions de salaire ou d'indemnisation envers son dernier employeur, ce au détriment de l'assurance (let. b) ou qu'il n'observe pas les prescriptions de contrôle du chômage ou les instructions de l'autorité compétente, notamment refuse un travail convenable (let. d).

Les éléments constitutifs d'un refus de travail convenable sont réunis également lorsque le chômeur ne se donne pas la peine d'entrer en pourparlers avec l'employeur ou qu'il ne déclare pas expressément, lors de l'entrevue avec le futur employeur, accepter l'emploi bien que, selon les circonstances, il eût pu faire cette

déclaration (ATF 122 V 38 consid. 3b et les références; DTA 1999 no 33 p. 196 consid. 2).

Aux termes de l'art. 30 al. 3 LACI, la durée de la suspension est proportionnelle à la gravité de la faute. En vertu de l'art. 45 al. 2 de l'Ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, du 31 août 1983 - Ordonnance sur l'assurance-chômage, OACI ; RS 837.02), 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.

Il y a faute grave, notamment, lorsque l'assuré refuse un emploi réputé convenable sans motif valable (art. 45 al. 3 OACI) ; demeurent toutefois réservées des circonstances particulières faisant apparaître, dans le cas concret, la faute comme plus légère (ATF 130 V 125; SVR 2006 ALV no 5 p. 15 [C 128/04]). Dans sa jurisprudence, le Tribunal fédéral a jugé en effet que l'art. 45 al. 3 OACI pose une règle dont l'administration et le juge peuvent s'écarter lorsque des circonstances particulières le justifient (eu égard, notamment, au type d'activité proposé, au salaire offert ou à l'horaire de travail) et que, dans ce sens, leur pouvoir d'appréciation n'est pas limité par la durée minimum de suspension fixée par cette disposition pour les cas de faute grave (DTA 2000 no 9 p. 49 sv. consid. 4b/aa; arrêt C 20/06 du 30 octobre 2006 consid. 4.3 et 4.4).

Une suspension du droit à l'indemnité ne peut cependant être infligée à l'assuré que si le comportement reproché à celui-ci est clairement établi. Lorsqu'un différend oppose l'assuré à son employeur, les seules affirmations de ce dernier ne suffisent pas à établir une faute contestée par l'assuré et non confirmée par d'autres preuves ou indices aptes à convaincre l'administration ou le juge (ATF 112 V 245 consid. 1 et les arrêts cités; arrêt G. du 14 avril 2005, C 48/04; Gerhard Gerhards, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz, n. 10 ss ad art. 30).

5. En l'espèce, on ne peut reprocher à la recourante d'avoir renoncé à des prétentions contre son ex-employeur au sens de l'art. 30 al. 1 let. b LACI, dès lors que ce dernier a de toute évidence respecté le délai légal de résiliation. Par conséquent, la recourante ne pouvait élever aucune prétention à l'encontre de l'ex-employeur du fait de la résiliation du contrat de travail. En cas de transfert d'entreprise au sens de l'art. 333 al. 1 CO, c'est en effet le nouvel employeur qui est tenu de reprendre les salariés, à certaines conditions (ATF 132 III 32 consid. 4.2.1 p. 38; 129 III 335 consid. 5.1 p. 341; 127 V 183 consid. 4d p. 187; 123 III 466 consid. 3b p. 468). De même, l'on ne saurait considérer qu'elle est au chômage par sa propre faute au sens de l'art. 30 al. 1 let. a LACI, dès lors que c'est l'employeur qui a résilié le contrat de travail.

Reste en revanche à déterminer si la recourante a refusé un emploi convenable, sans motif valable (art. 30 al. 1 let. d LACI) ; art. 45 al. 3 OACI).

La recourante soutient que le repreneur de l'établissement ne lui a fait aucune offre d'emploi durant le délai de résiliation et que le premier entretien n'a eu lieu qu'au mois de décembre 2008, lorsqu'elle est venue le voir, munie des renseignements communiqués par le chômage. L'intimée, quant à elle, se fonde sur le courrier que lui a adressé le repreneur par télécopie en date du 17 décembre 2008, aux termes duquel un entretien avait eu lieu en novembre 2008 concernant une offre d'emploi au sein du restaurant, refusée par la recourante, spontanément sur place.

Entendu par le Tribunal de céans, le repreneur a toutefois déclaré qu'il ne lui avait pas proposé de continuer de travailler, car il l'avait entendu dire qu'elle ne le souhaitait pas. Selon un témoin, il apparaît que c'est le nouvel employeur qui ne souhaitait pas travailler avec la recourante.

Le Tribunal de céans constate dès lors que le nouvel employeur n'a pas confirmé la teneur de son courrier du 17 décembre 2008. Quand aux autres témoignages recueillis, ils ne permettent pas d'établir à satisfaction de droit que le nouvel employeur aurait fait à un quelconque moment une proposition d'emploi à la recourante, qu'elle aurait refusé.

Il résulte de ce qui précède que la sanction prononcée à l'encontre de la recourante est injustifiée et qu'elle doit être annulée.

6. Le recours, bien fondé, est admis.

**PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :**

Statuant

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet.
3. Annule la décision sur opposition du 30 janvier 2009 ainsi que celle du 5 janvier 2009.
4. Dit que la procédure est gratuite.
5. 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

Isabelle CASTILLO

Juliana BALDE

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