RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1080/2006 **ATAS/520/2006**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 6

du 29 mai 2006

En la cause

Monsieur P_____, domicilié CAROUGE recourant

contre

CAISSE DE CHOMAGE DU SIT, sise rue des Chaudronniers 16, case postale 3287, 1211 GENEVE 3 intimée

Siégeant : Madame Valérie MONTANI, Présidente, Mesdames Juliana BALDE et Maya CRAMER, Juges

EN FAIT

1. M. P_____, né le 1974, travaillait comme plongeur au restaurant le X_____ (l'employeur), sis à Carouge, depuis le 1er juin 2004.

2. Suite au changement de statut de l'employeur (création d'une société anonyme) au 1er juillet 2005, soit le X_____ SA, un nouveau contrat de travail a été proposé à l'assuré dont l'art. 1 prévoyait qu'il était engagé en qualité de plongeur "et tous autres travaux éventuels imposés par les circonstances (urgences, maladie, vacances, etc)".

3. Par courrier du 29 septembre 2005, l'assuré a refusé de signer le contrat précité au motif qu'il imposait une modification de sa fonction et requis une réponse de la part de son employeur.

4. Le 30 septembre 2005, l'employeur a résilié le contrat de travail de l'assuré avec effet au 31 octobre 2005.

5. Par courrier du 12 octobre 2005, l'assuré a requis que lui soient communiqués les motifs de son congé et relevé que le licenciement intervenait directement suite à sa protestation concernant sa nouvelle fonction et sa demande de revoir son salaire, vu l'augmentation des responsabilités et des fonctions que le nouveau contrat prévoyait. Il estimait que le congé était abusif.

6. Le 19 octobre 2005, l'employeur a répondu qu'aucune clause du contrat de travail n'avait été modifiée. Il était erroné de prétendre que le nouveau contrat prévoyait une augmentation des responsabilités et des fonctions. Dans ces conditions, il était préférable de mettre un terme à la collaboration.

7. Le 31 octobre 2005, l'assuré a derechef demandé les motifs écrits de son congé.

8. Le 8 novembre 2005, l'employeur s'est référé à son précédent courrier.

9. Le 23 novembre 2005, l'assuré s'est inscrit à l'Office cantonal de l'emploi (OCE), et a sollicité l'indemnité de chômage dès le 1er novembre 2005. Il a indiqué qu'il avait refusé un nouveau contrat de travail car celui-ci augmentait son travail pour le même salaire que précédemment.

10. L'attestation de l'employeur pour l'assurance-chômage mentionne sous "motif de la résiliation" que l'assuré a refusé de signer son contrat de travail suite au changement de statut du restaurant.

11. Par décision du 10 janvier 2006, la caisse de chômage du SIT (ci-après : la caisse) a reconnu le droit à l'indemnité de l'assuré et a prononcé une suspension de ce droit de 31 jours. Elle a relevé que les modifications apportées par le nouveau contrat

étaient minimes (avant tout un changement de raison sociale) et ne modifiaient en rien l'aspect convenable du poste. L'assuré était donc bien responsable de son chômage.

12. Par décision sur opposition du 27 février 2006, suite à l'opposition de l'assuré du 20 janvier 2006, la caisse a confirmé la décision de suspendre l'indemnité de chômage pendant 31 jours dès le 1er novembre 2005. Le contrat proposé correspondait en tout point à un emploi convenable et la fonction initiale de plongeur n'avait pas été remplacée par une autre fonction qu'il n'aurait pas été en mesure d'exercer.

13. Le 20 mars 2006, l'assuré a recouru contre cette dernière décision auprès du Tribunal cantonal des assurances sociales en relevant que le restaurant le X_____, spécialisé dans la charbonade, disposait, en plus, d'un bar-dancing ouvert tous les week-ends et recevait trois cents à quatre cents clients. Il avait été engagé pour compléter une équipe de trois plongeurs à la fin de 2004. Toutefois, depuis 2005, il s'était retrouvé seul plongeur après le licenciement de ses collègues. Il lui arrivait plusieurs fois d'être interrompu subitement dans son travail de plongeur selon les besoins (ramasser un verre cassé, nettoyer la terrasse, les vestiaires, les toilettes), alors que le travail s'accumulait à la plonge. Ses nombreuses plaintes au sujet de ces conditions de travail avaient conduit son patron, à l'occasion de l'établissement des nouveaux contrats de travail, à ajouter à l'art. 1 des travaux supplémentaires à faire. Il avait manifesté son désaccord avec ces nouvelles conditions tant que le contrat ne serait pas accompagné d'une augmentation de salaire ainsi que sa volonté de continuer à travailler aux mêmes conditions que l'ancien contrat de travail. Son employeur l'avait alors licencié. Il n'était pas responsable de son licenciement car il avait uniquement refusé "quelque chose qui ne lui plaisait pas". Il avait fait de nombreuses démarches auprès de son patron dans le but de garder son poste, dans de bonnes conditions de travail.

14. Le 15 mai 2006, le Tribunal de céans a entendu les parties en audience de comparution personnelle. Le recourant a déclaré :

    "Le patron du X_____ nous a dit qu'en raison du changement de raison sociale le contrat devait être refait. Les deux contrats étaient de durée indéterminée. J'ai refusé de signer ce nouveau contrat car ma fonction en était affectée. Je devais en effet occuper d'autres tâches mentionnées à l'article 1 sous tous autres travaux éventuels imposés par les circonstances. Déjà sous le premier contrat alors même que ces tâches n'étaient pas mentionnées je devais faire des remplacements. Il est arrivé une fois que je doive aller travailler le mercredi qui était le seul jour plein de congé (car j'avais sinon le lundi soir et vendredi matin). La seconde fois où mon chef me l'a demandé j'ai refusé. Je n'ai pas été pénalisé de ce refus. Pour moi, signer ce nouveau contrat voulait dire que j'étais d'accord avec la pratique des remplacements, c'est-à-dire que je doive au dernier moment aller travailler mon

jour de congé le mercredi. Le patron garde ses employés si ceux-ci ne s'opposent pas à lui. Cela était le cas avec deux de mes collègues qui se sont opposés et qui ont été licenciés. Je pense qu'il avait exprès ajouté dans mon nouveau contrat des tâches supplémentaires afin que je ne puisse plus m'y opposer. Je voulais négocier avec mon employeur, notamment une augmentation de salaire si le contrat était maintenu tel quel, ce qu'il a refusé. Je précise que si je n'avais pas dû signer un nouveau contrat j'aurais continué à travailler pour le X_____ dans les mêmes conditions. En particulier et à mon avis j'aurais pu continuer à m'opposer à des demandes de remplacement lors de mon unique jour de congé, ce qui n'aurait pas été le cas si j'avais signé le nouveau contrat. De la même manière j'aurais pu m'opposer à la demande de travaux supplémentaires de la part de mon chef ou des serveurs, lesquels interrompaient mon travail de plongeur. Je devais absolument terminer mon travail de plongeur même si j'avais dû aider les serveurs en salle. S'agissant des heures supplémentaires j'ai dû réclamer à une reprise car il y avait eu une erreur de comptabilité. Je n'avais pas les moyens de contrôler leurs décomptes. J'ai des doutes sur le fait que ceux-ci étaient toujours exacts. Actuellement, je travaille à l'hôtel du Rhône depuis quatre mois. Les conditions sont différentes, je bénéficie de deux jours pleins de congé et nous sommes 7 à 8 plongeurs. Je n'ai jamais dû effectuer un remplacement durant mes jours de congé".

La caisse a déclaré :

"Ce nouveau contrat correspond aux conditions de travail de l'hôtellerie restauration, en particulier à la convention collective prévue dans ce domaine. L'article 1 ne correspond pas à un article type. La convention a été examinée par le SIT - secteur de l'hôtellerie restauration et elle a été jugée conforme".

15. Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (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 trois 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'article

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. La loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA) est entrée en vigueur le 1er janvier 2003, entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine de l'assurance-chômage. Elle est applicable en l'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).

   Pour les mêmes motifs les dispositions de la novelle du 22 mars 2002 modifiant la LACI, ainsi que les modification de l'OACI du 28 mai 2003, entrées en vigueur le 1er juillet 2003 (RO 2003 1753 et 1851) sont applicables au cas d'espèce.

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

5. Le litige porte sur la suspension du droit à l'indemnité de 31 jours prononcé par la caisse intimée.

6. a. Selon l'art. 30 al. 1 let. a, al. 3 et 3bis LACI, le droit de l'assuré à l'indemnité est suspendu lorsqu'il est notamment établi que celui-ci : est sans travail par sa propre faute (al. 1 let. a). La suspension ne vaut que pour les jours pour lesquels le chômeur remplit les conditions dont dépend le droit à l'indemnité. Le nombre d'indemnités journalières frappées de la suspension est déduit du nombre maximum d'indemnités journalières au sens de l'art. 27. La durée de la suspension est proportionnelle à la gravité de la faute et ne peut excéder, par motif de suspension, 60 jours, et dans le cas de l'al. 1, let. g, 25 jours. L'exécution de la suspension est caduque six mois après le début du délai de suspension (al. 3). Le Conseil fédéral peut prescrire une durée minimale pour la suspension (al. 3bis).

   L'art. 44 al. 1 let. a et b OACI prévoit qu'est notamment réputé sans travail par sa propre faute 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 (let. a); 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 (let. b).

   L'art. 45 al. 2 et 3 OACI a la teneur suivante :

   La durée de la suspension dans l'exercice du droit à l'indemnité est de :

   a. 1 à 15 jours en cas de faute légère;
   b. 16 à 30 jours en cas de faute de gravité moyenne;
   c. 31 à 60 jours en cas de faute grave (al. 2).

Il y a faute grave lorsque l'assuré abandonne un emploi réputé convenable sans s'être assuré d'obtenir un nouvel emploi ou lorsqu'il refuse un emploi réputé convenable sans motif valable (al. 3).

b. La suspension du droit à l'indemnité prononcée en raison du chômage dû à une faute de l'assuré, en application de l'art. 44 al. 1 let. a OACI, ne suppose pas une résiliation des rapports de travail pour de justes motifs au sens des art. 337 et 346 al. 2 CO. Il suffit que le comportement général de l'assuré ait donné lieu au congédiement de celui-ci, même sans qu'il y ait des reproches d'ordre professionnel à lui faire. Tel peut être le cas aussi lorsque l'employé présente un caractère, dans un sens large, qui rend les rapports de travail intenables (ATF 112 V 244 consid. 1 et les arrêts cités). 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, 1993/1994 n° 26 p. 183 sv. consid. 2a; SJ 1992 p. 551 consid. 1).

7. a. En l'espèce, il est établi que l'employeur a résilié le contrat de travail du recourant le 30 septembre 2005, soit immédiatement après avoir eu connaissance du courrier de l'assuré du 29 septembre 2005 dans lequel celui-ci conteste les termes du nouveau contrat de travail qui lui a été proposé.

Les revendications du recourant au moment de la présentation du nouveau contrat de travail sont ainsi en rapport de causalité avec la résiliation litigieuse. Reste à déterminer si elles sont constitutives d'une faute au sens de la LACI.

b. Il apparaît tout d'abord que le recourant entendait continuer à travailler pour son employeur, aux mêmes conditions que celles prévues dans son contrat de travail initial, ce qui n'est pas contesté par l'intimée. C'est au moment de la présentation du nouveau contrat de travail que le recourant - qui a compris celui-ci comme contenant, à la lecture de l'art. 1er, de nouvelles tâches - a entamé une négociation avec son employeur visant à obtenir, soit la suppression de ce qu'il comprenait comme valant augmentation de ses tâches actuelles, soit une augmentation de son salaire.

Or, l'employeur lui a répondu par une lettre de licenciement. Certes, comme l'a relevé l'intimée, le nouveau contrat de travail n'est pas en soi critiquable et ne contrevient pas, en particulier, à la convention collective nationale de travail pour les hôtels, restaurants et cafés (état au 1er juillet 2005). Il n'en demeure pas moins que le recourant pouvait légitimement s'inquiéter des termes du nouveau contrat prévoyant l'obligation d'effectuer "tous autres travaux éventuels imposés par les circonstances" dès lors qu'il avait déjà vécu des différends avec son employeur à ce

sujet (travail supplémentaire, remplacement à faire durant son unique jour de congé plein).

Il n'apparaît ainsi pas critiquable que le recourant ait souhaité clarifier les termes de son nouveau contrat et revendiquer un salaire supérieur en cas d'augmentation des tâches rattachées à sa fonction de plongeur. Ses demandes entrent dans le cadre de la liberté contractuelle, laquelle permet d'ailleurs à l'employeur de stipuler des dérogations à une convention collective de travail relative au salaire, en faveur du travailleur (cf. ATFA du 31 mars 2000, cause 4C 465/99) et notamment à la requête de celui-ci.

En revanche, la manière dont le recourant a négocié, notamment les termes de son courrier du 29 septembre 2005, ne permettait pas à l'employeur de penser qu'il entendait continuer à travailler dans les mêmes conditions, mais laissait plutôt entendre qu'il refuserait, en toute hypothèse, le nouveau contrat proposé, ce qui a vraisemblablement motivé l'employeur à résilier purement et simplement le contrat de travail du recourant.

8. Au vu de ce qui précède, il y a lieu d'admettre que le recourant a, par son comportement, donné un motif de résiliation du contrat de travail à son employeur. Cependant, contrairement à l'avis de l'intimée, la faute commise, au vu du contexte précité, doit être qualifiée de légère.

   En conséquence, une suspension de 6 jours sera prononcée en lieu et place de celle de 31 jours.

9. Partant, le recours sera partiellement admis et la décision litigieuse réformée, dans le sens précité.

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.

3. Annule la décision sur opposition du 10 janvier 2006 en tant qu'elle prononce une suspension du droit à l'indemnité de 31 jours.

4. Prononce une suspension du droit à l'indemnité du recourant de 6 jours.

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 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).

La greffière	La Présidente
Nancy BISIN	Valérie MONTANI

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