RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2189/2005 **ATAS/946/2005**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 3

du 3 novembre 2005

En la cause

Madame A_____,	recourante
contre	
CAISSE CHOMAGE DU SIT, rue des Chaudronniers 16, case postale 3287, 1211 GENEVE	intimé

Siégeant : Madame Karine STECK, Présidente,
Mesdames Isabelle DUBOIS et Doris WANGELER, Juges

EN FAIT

1. Madame A_____ a été embauchée par l'hôtel SOFITEL le 10 octobre 2000 en qualité de femme de chambre.

2. Par courrier du 31 janvier 2002, son employeur a constaté qu'elle n'avait pas respecté les horaires de travail affichés sur les plannings hebdomadaires et s'est étonné du fait qu'elle persistait à ne pas respecter ces horaires alors qu'il avait déjà fait preuve, selon lui, d'une grande compréhension durant le mois de décembre.

3. Dans une lettre datée du 13 décembre 2002, l'employeur de l'intéressée lui a fait savoir que « son attitude et son comportement ne correspondaient plus à celui qu'exigeait l'entreprise ». Il a été relevé que l'assurée avait été source d'un conflit avec sa hiérarchie en modifiant à de multiples reprises ses souhaits de vacances, ce qui avait provoqué des troubles dans la gestion des plannings de travail des autres collaborateurs.

4. Par courrier du 30 mars 2004, l'employeur a une nouvelle fois constaté que Madame A_____ ne se conformait pas aux horaires qui lui avaient été assignés. Il lui a été précisé que le prochain non-respect des heures d'arrivée et de départ serait sanctionné par la rupture immédiate du contrat de travail.

5. Finalement, le 24 novembre 2004, l'employeur a mis fin au contrat de travail avec effet au 31 décembre 2004.

6. L'intéressée s'est alors annoncée auprès de l'assurance-chômage et un délai-cadre a été ouvert en sa faveur.

7. Par décision du 3 mars 2005, la caisse de chômage du SIT (ci-après la caisse) a prononcé à son encontre une suspension du droit aux indemnités de chômage pour une durée de 31 jours au motif que, par son comportement, elle avait donné à son employeur un motif de la licencier et qu'elle était donc responsable de sa situation.

8. Par courrier du 20 mars 2005, l'assurée a formé opposition à cette décision. S'agissant du non-respect des horaires de travail, elle a affirmé que tous ses départs anticipés - notamment durant la période du ramadan – avaient été pris en accord avec la direction de l'hôtel SOFITEL et qu'elle n'avait jamais quitté son poste avant d'avoir fini la totalité de ses tâches. Quant au changement de ses dates de vacances, elle l'a reconnu mais a souligné que cela ne s'était produit qu'à deux reprises en quatre années de service. Par ailleurs, elle a allégué avoir toujours entretenu de bons rapports avec ses collègues de travail. Elle a encore fait valoir que les reproches qui ont motivé son licenciement ne lui ont jamais été communiqués officiellement et s'est référée à cet égard à son évaluation annuelle 2004, portant mention d'une appréciation globale « A », ce qui correspond, à

l'échelle de SOFITEL, à : « a largement dépassé le niveau de performance requis et/ou fortement développé son poste ». Qui plus est, l'évaluateur a commenté : « Fatma est une bonne personne pleine d'énergie qui n'hésite jamais à aider aussi bien ses collègues à accomplir des travaux divers, aider en lingerie et à accomplir certaines tâches des portiers ceci afin de maintenir une qualité exemplaire sur ses étages ». Enfin, l'assurée a relevé avoir toujours reçu la totalité de l'intéressement annuel de 700 fr. auquel ont droit les employés de l'hôtel à moins de problème ou de plainte.

9. Par courrier du 6 mai 2005, l'hôtel SOFITEL a indiqué que, d'une manière générale, il avait toujours adapté son organisation du travail aux souhaits de chacun en période de ramadan et que Madame A_____ avait ainsi été autorisée, en novembre 2004, à quitter son poste une heure avant l'horaire prévu sur les plannings. Il a cependant souligné que cette dernière avait tout de même quitté son poste à 14h47 le 2 novembre 2004 - soit quasiment deux heures avant l'horaire convenu - et qu'elle avait refusé de le réintégrer comme le lui demandait sa supérieure. L'employeur a produit une copie de la carte de timbrage de novembre 2004 à l'appui de ses dires.

10. Par décision sur opposition du 17 mai 2005, la caisse a décidé d'annuler sa décision du 3 mars 2005 et de limiter la suspension du droit à 21 jours. Elle a considéré qu'il avait été établi que l'assurée avait reçu trois avertissements écrits relatifs au non-respect de ses horaires de travail - dont le dernier très explicite, - et que sa fiche de timbrage faisait état d'arrivées tardives et de départs anticipés. La caisse a néanmoins tenu compte des arguments développés par l'assurée dans son opposition, notamment du fait qu'à part son indiscipline, elle avait été très appréciée au niveau professionnel, ce qui avait été confirmé par la direction de l'hôtel et par la gouvernante. C'est la raison pour laquelle la durée de la suspension a été réduite à 21 jours et sa faute qualifiée de moyenne et non de grave.

11. Par courrier du 14 juin 2005, l'assurée a interjeté recours contre cette décision. Elle rappelle que le mois de ramadan s'étendait du 14 octobre au 14 novembre 2004, que le 2 novembre était donc jour de jeûne et qu'elle avait ainsi l'autorisation de partir plus tôt. Elle soutient qu'à la fin du mois de novembre, son horaire est redevenu régulier. Elle demande en conséquence qu'il soit renoncé à toute suspension de son droit.

12. Invitée à se prononcer, la caisse, dans sa réponse du 18 août 2005, a expliqué que les renseignements positifs concernant les qualités de l'assurée obtenus durant l'instruction du cas avaient motivé une diminution de la pénalité mais qu'elle restait cependant responsable de son licenciement puisqu'elle avait reçu trois avertissements écrits et que sa carte de timbrage témoignait d'une désinvolture évidente concernant les heures d'arrivée et de départ.

13. Dans sa réplique du 8 septembre 2005, la recourante a admis être partie certains jours plus tôt mais soutenu que cela avait fait l'objet d'un accord avec sa direction.

14. Une audience d'enquête et de comparution personnelle s'est tenue en date du 6 octobre 2005. La recourante, malade, s'y est fait représenter par son fils, Monsieur O_____.

    Monsieur P_____, de la direction de l'hôtel SOFITEL, a été entendu en qualité de témoin. Selon lui, deux problèmes étaient à l'origine du licenciement de l'assurée : d'une part, le non-respect des horaires, d'autre part, l'insubordination. S'agissant des compétences techniques de l'assurée, il a reconnu n'avoir aucun reproche à lui faire, raison pour laquelle elle avait obtenu un « A » lors de son évaluation annuelle. Il a précisé qu'il s'agissait là d'une évaluation globale portant sur une année entière et non sur un moment précis. Monsieur P_____ a encore précisé qu'il était informé des problèmes personnels que rencontrait l'intéressée, raison pour laquelle il s'était montré patient et compréhensif. Il a cependant expliqué que même s'il s'efforçait de gérer son personnel de manière sociale, il y avait tout de même des limites à ne pas dépasser et qu'il ne pouvait ainsi appliquer deux poids deux mesures à ses employés. Le dernier épisode d'insubordination en date était le suivant : l'assurée avait refusé de reprendre son poste comme cela lui était demandé par sa supérieure. Le témoin a indiqué qu'elle était alors accompagnée d'une collègue et qu'un tel exemple ne pouvait qu'exercer une influence négative. Monsieur P_____ a encore souligné qu'en quatre ans, l'hôtel avait eu deux gouvernantes et que des problèmes s'étaient posés avec ces deux personnes.

    Le fils de la recourante a relevé pour sa part que l'évaluation annuelle ne se limitait pas au domaine technique puisqu'il y était notamment fait référence aux horaires ainsi qu'à l'humeur des employés. Il s'est dès lors étonné qu'on ait indiqué à sa mère qu'elle avait « largement dépassé le niveau de performance requis » si de réels problèmes se posaient. Par ailleurs, il a signalé que si sa mère n'avait pas respecté ses horaires, c'est qu'elle y avait parfois été encouragée par la gouvernante elle-même, qui, voyant qu'elle avait terminé son travail, l'incitait à quitter les lieux. Il a suggéré qu'il y avait peut-être eu malentendu entre la direction et la gouvernante.

    A cet égard, le témoin a précisé qu'il avait toujours fait preuve de flexibilité quant aux horaires de son personnel, qu'il autorisait parfois à partir avant l'heure prévue, à la condition toutefois que ce soit avec l'autorisation du chef de service et non selon leur bon gré.

15. Dans le délai qui a été accordé aux parties pour faire valoir leurs dernières observations, la recourante, par l'entremise de son fils, a encore fait valoir par courrier du 16 octobre 2005 qu'elle avait toujours fait l'objet de très bonnes évaluations annuelles et qu'elle avait toujours touché le maximum de la prime de

performance allouée aux employés. Elle assure avoir entretenu de bonnes relations avec ses collègues et avoir toujours fait preuve d'honnêteté. Elle en veut pour preuve le fait qu'à plusieurs reprises, elle a trouvé des objets de valeur et les a remis à la direction. Elle fait valoir que les problèmes qui sont apparus ne sont pas liés à son comportement mais à des lacunes au niveau de la direction de l'hôtel, les rôles et responsabilités de chacun n'étant pas clairement définis. Elle émet l'hypothèse que la gouvernante ne se soit pas conformée aux directives et proteste contre le fait qu'elle en doive en assumer les conséquences.

16. Quant à l'intimé, il a fait savoir qu'il maintenait sa position.

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 sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA) est entrée en vigueur le 1er janvier 2003, entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine des assurances sociales. Elle s'applique à l'assurance-chômage et à l'indemnité pour cause d'insolvabilité, sauf dérogation expresse (cf. art. 1 al. 1 LACI). Sur le plan matériel, le point de savoir quel droit s'applique doit être tranché à la lumière du principe selon lequel les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 130 V 230 consid. 1.1; 335 consid. 1.2; ATF 129 V 4 consid. 1.2; ATF 127 V 467 consid. 1, 126 V 136 consid. 4b et les références). Les règles de procédure quant à elles s'appliquent sans réserve dès le

jour de son entrée en vigueur (ATF 117 V 93 consid. 6b, 112 V 360 consid. 4a; RAMA 1998 KV 37 p. 316 consid. 3b). La LPGA s'applique donc au cas d'espèce.

Interjeté dans la forme et le délai prescrits par la loi, le recours est recevable (art. 56 et 60 LPGA ; art. 89B de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 – LPA).

4. Le droit de l'assuré à l'indemnité est suspendu lorsqu'il est établi que celui-ci est sans travail par sa propre faute (cf. art. 30 al. 1 let. a LACI). Selon l'art. 44 al. 1 let. a de l'ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 31 août 1983 (OACI), 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.

   La suspension prononcée en application de la disposition précitée 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 qui 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.

   La durée de la suspension est proportionnelle à la gravité de la faute : 1 à 15 jours en cas de faute légère, 16 à 30 jours en cas de faute de gravité moyenne et de 31 à 60 jours en cas de faute grave (art. 30 al. 3 LACI et 45 al. 2 OACI).

5. En l'espèce, la recourante conteste les reproches qui lui sont faits, alléguant que sa direction lui a permis de déroger à son planning. Les évaluations annuelles qu'elle a produites plaident en sa faveur dans la mesure où l'on comprend mal en effet, même si cette évaluation concerne avant tout les données techniques, que l'employée puisse obtenir une appréciation globale « A » si, par ailleurs, son employeur a des reproches à lui adresser, lesquels finiront par conduire à son licenciement. D'un autre côté, il ressort clairement de la carte de timbrage produite par l'employeur qu'en l'espace d'un mois, la recourante s'est abstenue de pointer cinq fois et qu'à onze reprises, elle a quitté son poste avant l'horaire prévu sur son planning.

   Selon la jurisprudence et la doctrine, 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). Aussi n'existe-t-il pas en droit des assurances sociales, un principe selon lequel l'administration ou le juge devrait statuer, dans le doute, en faveur de l'assuré (ATF 126 V 322 consid. 5 let. a).

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 ; DTA 1995 no. 18 p. 107 ss, consid. 1, 1993/1994 no 26 p. 182 ss, consid 2a ; SJ 1992 p. 551 consid.1 ; GERHARDS, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz, n. 10 ss ad art. 30; Thomas NUSSBAUMER, in Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Arbeitslosenversicherung, p. 254, ch. m. 695 et note 1312).

En l'occurrence, de tels indices existent, ainsi qu'en attestent non seulement les cartes de timbrage mais également les avertissements qui ont été adressés à l'employée par écrit, le 31 janvier et le 13 décembre 2002, ainsi que le 30 mars 2004. Il convient d'ailleurs de relever que ces courriers sont tous antérieurs à la période de Ramadan à laquelle se réfère l'employée pour se justifier et que les rigueurs imposées par cette période de jeûne ne suffisent pas à expliquer tous les manquements qui lui sont reprochés.

Dès lors, il y a lieu d'admettre que se posait réellement un problème de non-respect des horaires par l'employée. Ce problème s'est d'ailleurs posé à plusieurs reprises entre 2002 et 2004, si bien que l'argument d'un supposé malentendu entre la direction et la supérieure de la recourante doit être écarté dans la mesure où celle-ci aurait largement eu le temps de chercher à l'éclaircir avec sa direction après avoir reçu les différents avertissements auxquels il a déjà été fait allusion.

Au vu de ce qui précède, le Tribunal constate ainsi que c'est bien le comportement de la recourante qui a donné lieu à son licenciement, même s'il n'y a pas lieu de lui faire des reproches d'ordre professionnel. Au surplus, l'intimé a déjà tenu compte, dans sa décision sur opposition du 17 mai 2005, des arguments développés par l'assurée dans son opposition, notamment du fait qu'elle était très appréciée au niveau professionnel en dépit de tout. Ce faisant, la durée de la suspension a été réduite à vingt et un jours et la faute qualifiée de moyenne, ce qu'il y a lieu de confirmer ici.

En conséquence, le recours est rejeté.

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. 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 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 :
Janine BOFFI	Karine STECK

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