RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/235/2022 **ATAS/1101/2022**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 12 décembre 2022

1ère Chambre

En la cause

Monsieur A_____, domicilié à GENÈVE, représenté par SYNDICOM	recourant

contre

CAISSE DE CHÔMAGE SYNDICOM, sise Looslistrasse 15, BERNE	intimée

Siégeant : Fabienne MICHON RIEBEN, Présidente ; Michael RUDERMANN et Jean-Pierre WAVRE, Juges assesseurs

EN FAIT

A. **a.** Monsieur A_____ (ci-après : l'assuré) a été engagé par l'entreprise B_____ SA (ci-après : l'employeuse), le 1er mai 2010, en qualité de chauffeur catégorie B/BE auprès de la succursale de l'employeuse C_____, filiale spécialisée dans le fret aérien.

b. Le 26 janvier 2021, l'employeuse a fait parvenir à l'assuré une lettre d'avertissement, lui indiquant attendre de sa part une nette reprise en main dans l'exercice de ses fonctions ainsi qu'une attitude positive et constructive comme les années précédentes. A défaut de conduite irréprochable, elle serait contrainte de revoir les termes de leur relation professionnelle.

L'avertissement faisait suite à un accrochage survenu le 19 janvier 2021 à D_____ entre le véhicule professionnel de l'assuré et une voiture parquée, en raison d'une inattention et une mauvaise perception des distances lors d'une manœuvre. L'employeuse avait également remarqué des manquements dans son comportement au travail ainsi que dans ses prestations professionnelles, notamment un manque de fiabilité dans le travail fourni ainsi qu'un manque de flexibilité lors de changements, comme cela lui avait été notifié dans son évaluation personnelle de novembre 2020.

c. Le 26 février 2021, l'employeuse a résilié le contrat de travail, moyennant respect du délai de résiliation contractuel de trois mois, soit au 30 novembre 2021. La résiliation faisait suite à son courrier recommandé du 19 (recte : 26) janvier 2021 concernant un sinistre causé par la faute de l'employé, alors qu'un nouveau dégât avait eu lieu le jour même, tant sur le véhicule que sur la propriété d'un client, dégât causé par une inattention de sa part.

d. Le délai de préavis a été reporté au 30 novembre 2021, en raison de l'incapacité de travail de l'assuré survenue en avril 2021.

e. Le 30 juillet 2021, l'assuré s'est opposé à son licenciement et s'est réservé le droit de porter l'affaire devant le Tribunal des prud'hommes. Il avait certes commis une erreur mais méritait un avertissement, un licenciement constituant une sanction disproportionnée après onze années de travail qui avaient donné entière satisfaction à son employeuse.

Les parties n'allèguent pas qu'une procédure judiciaire ait été entamée, à tout le moins qu'elle ait abouti.

f. Par courrier du 27 août 2021, l'employeuse a maintenu sa décision de licencier l'assuré, en se fondant sur les frais importants liés aux dégâts qu'il avait causés les 19 janvier et 26 février 2021, dont l'entreprise devait assumer la responsabilité, ainsi que sur son manque de motivation constaté par ses supérieurs.

g. Un certificat de travail intermédiaire a été remis à l'assuré le 30 septembre 2021. A teneur de ce document, l'assuré effectuait des livraisons et des enlèvements pour le compte des clients de l'employeuse en Suisse. Ses tâches étaient la livraison et l'enlèvement de marchandises, les encaissements transports et contre-remboursements, la gestion des documents de transport, le transport et la sûreté de la marchandise en fret aérien, la manutention et le chargement/déchargement des camions. Il avait démontré des connaissances professionnelles étendues et l'expérience requise. Il avait mis en pratique les connaissances acquises et maîtrisé les nouvelles tâches qui lui avaient été confiées. Le travail fourni était en adéquation avec les résultats obtenus et les objectifs fixés avaient été atteints. Du point de vue personnel, il avait également donné satisfaction, ses supérieurs, ses collègues de travail et la clientèle l'avaient apprécié comme une personne prête à aider et sympathique. L'employeuse le remerciait pour sa bonne collaboration et lui remettait le certificat intermédiaire en raison de la fin de son contrat de travail prévu le 30 novembre 2021.

h. Le contenu du certificat de travail du 30 novembre 2021 remis à l'assuré par son employeuse est identique à celui du certificat intermédiaire.

B. **a.** L'assuré 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 décembre 2021.

b. Le 1er décembre 2021, la caisse a interrogé l'employeuse sur les motifs du licenciement.

c. Par courriel du 6 décembre 2021, l'employeuse s'est référée à sa lettre de licenciement et a précisé que le poste de l'assuré n'avait pas été repourvu, les besoins s'orientant plus vers l'engagement de chauffeurs poids-lourd.

d. Le 7 décembre 2021, la caisse a sanctionné l'assuré de 35 jours de suspension de son droit au chômage pour avoir été au chômage par sa faute.

e. Par courrier du 21 décembre 2021, l'assuré, agissant par l'intermédiaire du syndicat Syndicom, a contesté cette sanction et demandé sa réduction à un cas de faute légère.

Il a expliqué que l'avertissement reçu le 26 janvier 2021 faisait état de manquements qui ne ressortaient pas de l'entretien d'évaluation du 26 novembre 2020, qu'il avait contesté le licenciement et que son médecin s'opposait également à la pénalité prononcée.

Le licenciement était déjà extrêmement sévère par rapport à la faute commise et le sanctionner en plus de 35 jours de pénalité était disproportionné, dès lors qu'il n'avait pas volontairement commis les faits en se mettant en danger ou en portant atteinte à l'intégrité de son employeuse. La sanction le privait de tout moyen de subsistance, mettant en péril son intégrité et son avenir pour les semaines suivantes.

f. Statuant sur opposition le 18 janvier 2022, la caisse l'a rejetée. L'évaluation de novembre 2020 ne démontrait pas clairement que l'assuré effectuait son travail de manière et de qualité irréprochables, ce qui lui avait été rappelé dans l'avertissement du 26 janvier 2021. Par ailleurs, la décision contestée s'était uniquement basée sur les motifs ayant amené l'employeuse à résilier le contrat de travail et non sur l'état de santé de l'assuré survenu postérieurement au licenciement. Néanmoins, la caisse serait en mesure de réexaminer sa décision si le Tribunal des prud'hommes venait à rendre un jugement.

C. **a.** Par acte du 21 janvier 2022, l'assuré a saisi la chambre des assurances sociales de la Cour de justice (ci-après : chambre des assurances sociales) d'un recours contre cette décision qu'il contestait. Il avait travaillé pour l'employeuse pendant plus de onze ans et n'avait commis aucun dégât hormis les deux incidents, alors qu'il conduisait toute la journée, dans des conditions et des accès parfois « surréalistes » et dans une mauvaise ambiance de travail, incluant des pressions, du harcèlement psychologique, une absence de possibilité de s'exprimer, qui avait d'ailleurs amené plusieurs de ses collègues à démissionner. Il avait en outre été évalué par le directeur de filiale qui l'ignorait depuis des mois. Si ses manquements avaient été aussi graves qu'invoqués, il aurait dû être licencié avec effet immédiat et non pas avec un préavis. Durant ce délai, une dépression lui avait été diagnostiquée et il avait subi deux malaises cardiaques. En sus, la caisse de chômage ignorait son parcours irréprochable pendant onze ans, en se fondant sur la lettre de licenciement et le faisait passer pour un « profiteur ».

b. Le 10 février 2022, l'assuré, agissant cette fois par l'intermédiaire du syndicat Syndicom, a formé à nouveau recours contre la décision de la caisse du 18 janvier 2022. La suspension d'indemnités de 35 jours était disproportionnée, car il n'avait pas volontairement commis les faits, en se mettant en danger ou en portant atteinte à l'intégrité de son employeuse, et la sanction le laissait sans moyen de subsistance, mettant en péril son intégrité et son avenir des semaines à suivre.

Il avait toujours effectué son travail avec régularité, ponctualité et prudence pour montrer à son employeuse ses qualités et sa motivation à travailler pour elle, et avait toujours fait preuve de diligence envers la clientèle et envers ses collègues. Il avait également tout mis en œuvre sur le plan de sa santé pour reprendre une activité professionnelle dans les meilleurs délais.

c. Par réponse du 15 février 2022, la caisse s'en est remise à la justice et a transmis son dossier.

d. L'assuré 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 du recourant 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).

Il y a faute grave lorsque l'assuré abandonne un emploi convenable sans être assuré d'obtenir un nouvel emploi ou lorsqu'il refuse un emploi convenable sans motif valable (Bulletin LACI IC, D61).

La faute est qualifiée de légère à grave en cas de licenciement du travailleur dans le respect des délais de congé en raison de son comportement, en particulier de la violation de ses obligations contractuelles de travail. Les avertissements de l'employeur peuvent entraîner un durcissement de la sanction ; leur nombre, leur intervalle, leur motif et le fait que le dernier avertissement précède ou non de peu la résiliation, sont des facteurs à prendre en compte (Bulletin LACI IC, D75).

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 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 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 p. 245; arrêt 8C_370/2014 du 11 juin 2015 consid. 2.2). 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 8C_872/2011 du 6 juin 2012, in DTA 2012 n° 13 p. 294 ss; BORIS RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, n° 24 ad art. 30 LACI). 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 242 consid. 1 précité et les références; BORIS RUBIN, op. cit., n° 31 ad art. 30 LACI ; arrêt du Tribunal Fédéral 8C_446/2015 du 29 décembre 2015).

Il est par ailleurs indifférent que le contrat de travail ait été résilié de façon immédiate pour de justes motifs ou à l'échéance du congé légal contractuel. Sous l'angle du droit de l'assurance-chômage, l'intention, respectivement le dol éventuel, ne doit pas se rapporter à l'acte fautif qui est en cause mais au fait d'être licencié : il y a chômage fautif si l'assuré adopte intentionnellement un comportement en vue d'être licencié ou s'il peut prévoir que son comportement peut avoir pour conséquence un licenciement et qu'il accepte de courir ce risque (arrêt du Tribunal fédéral du 11 juin 2015 8C_370/2014 ; arrêt 8C_872/2011, précité, consid. 4; arrêt C 282/00 du 11 janvier 2001 consid. 2b).

Il suffit que le comportement général de l'assuré, au travail, mais aussi en dehors des heures de service, ait donné lieu au congédiement, même sans qu'il y ait de reproches d'ordre professionnel à faire à l'assuré, ou aussi lorsque l'employé licencié présente un caractère, dans un sens large, qui rendait les rapports de service intenables. Le chômage est imputable à une faute de l'assuré notamment en cas de violation par celui-ci d'obligations découlant du contrat de travail (arrêt C 223/05 du 16 novembre 2005, publié in SVR 2006 ALV No 15 consid. 1 p.51). Il faut cependant que l'assuré ait délibérément contribué à son renvoi et que son comportement (et non une autre circonstance) ait été la cause de son chômage ; il doit s'être rendu compte que son comportement pouvait déboucher sur un renvoi, qu'il ait ainsi commis un dol éventuel (arrêt 8C_872/2011; Boris RUBIN, Assurance-chômage et service public de l'emploi, 2019, n° 490 ss ; Bulletin LACI IC ch. D 16 ss).

Dans un arrêt du 11 juin 2015 (arrêt 8C 370/14), le Tribunal fédéral a traité le cas d'un chauffeur grutier qui avait provoqué un accident avec son camion. Il a considéré que le recourant pouvait déduire de l'avertissement qu'il avait reçu quelques jours auparavant que son employeur n'allait plus tolérer, dans un intervalle de temps proche, un nouveau manquement à ses devoirs de prudence dans la conduite du camion-grue, et qu'en cas de nouvel incident, son contrat de travail serait en jeu. Or, le recourant n'avait pas respecté une consigne de sécurité élémentaire, qui aurait suffi à prévenir l'accident. Le Tribunal fédéral a donc retenu que les conditions d'une sanction pour chômage fautif étaient réalisées.

3.8 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).

4. En l'espèce, il est établi et non contesté que le recourant a travaillé durant plus de onze ans pour l'employeuse et qu'il a été avisé de la volonté de cette dernière de le licencier le 26 février 2021. L'assuré avait fait l'objet d'un avertissement le 26 janvier 2021 quant à sa façon de travailler et avait été mis en garde contre un risque de licenciement.

Le comportement reproché au recourant ressort de la lettre de licenciement et de celle d'avertissement. Le recourant ne conteste pas avoir adopté le comportement reproché mais tant la décision de licenciement que la suspension des indemnités de chômage, qu'il estime disproportionnés.

Les deux épisodes de dégâts matériels et un manque de motivation depuis plusieurs mois, sont apparus suffisants pour l'employeuse pour justifier la résiliation du contrat de travail, laquelle n'a pas été contestée en justice. Il peut donc être fait grief au recourant d'avoir perdu son emploi en raison de son comportement, donc de manière fautive.

Se pose la question du caractère proportionné de la suspension d'indemnités de trente-et-un jours.

A cet égard, il sera constaté que le recourant est resté plus de onze ans au service de l'employeuse, en lui donnant entière satisfaction, comme le corroborent les certificats intermédiaire et final élogieux qui lui ont été remis deux mois avant la fin du délai de congé, respectivement à son issue, pondérant ainsi la gravité de sa faute.

A cela s'ajoute que l'employeuse a précisé qu'elle n'avait pas repourvu le poste du recourant, pour engager des profils différents.

Si, d'emblée, on peut considérer que la faute commise par le recourant n'est pas légère, s'agissant d'avoir causé deux accrochages en raison de son inattention, à quelques semaines d'intervalle et alors qu'il avait été dûment averti après le premier des conséquences auxquelles il s'exposait, elle ne peut toutefois pas être qualifiée de grave, dès lors qu'elle n'a pas entraîné un licenciement immédiat du recourant pour justes motifs.

C'est donc une faute de gravité moyenne qui aurait dû être retenue, entrainant le choix d'une fourchette de sanction allant de 16 à 30 jours.

En prenant en compte que le licenciement avait été précédé d'un avertissement, mais également que le recourant avait été au service de l'employeuse durant plus de onze ans sans lui donner d'autres motifs d'insatisfaction que ceux ayant mené au licenciement, une sanction à la médiane entre 16 et 30 jours, soit 23 jours, aurait dû être fixée pour tenir compte de l'ensemble des circonstances pertinentes.

Le recours est admis.

Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA).

PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

À la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet partiellement.
3. Réforme la décision sur opposition du 18 janvier 2022 dans le sens que la durée de la suspension de l'indemnité de chômage infligée au recourant est réduite de 35 à 23 jours.
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 - 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
Maryline GATTUSO	Fabienne MICHON RIEBEN

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