RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2549/2005 **ATAS/127/2006**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 3

du 9 février 2006

En la cause

Monsieur Y_____, recourant

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHOMAGE, rue de Montbrillant 40, case postale 2293, 1211 GENEVE 2 intimée

Siégeant : Madame Karine STECK, Présidente,

Mesdames Maya CRAMER et Isabelle DUBOIS, Juges

EN FAIT

1. Monsieur Y_____ a été employé en qualité de chasseur à l'Hôtel PRESIDENT (ci-après l'hôtel) du 1er octobre 2000 au 30 septembre 2004. Par courrier du 26 août 2004, son employeur a mis fin aux rapports de travail avec effet au 30 septembre 2004. Il a été indiqué que les motifs du licenciement avaient été donnés à l'intéressé lors d'un entretien le même jour.

2. L'assuré s'est annoncé auprès de l'OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI (ci-après OCE) et un délai-cadre d'indemnisations a été ouvert en sa faveur du 1er octobre 2004 au 30 septembre 2006.

3. Lors d'un entretien téléphonique, le 29 octobre 2004, Madame B_____, responsable du personnel de l'hôtel, a indiqué à l'OCE que l'intéressé avait fait l'objet de plusieurs avertissements écrits et oraux en raison de ses retards répétés, d'absences non justifiées et du non-respect des instructions. Ce sont ces motifs qui avaient conduit finalement à la résiliation du contrat de travail. Cette personne a également précisé qu'il y avait eu dix-sept licenciements pour raison économique mais que d'autres avaient eu lieu consécutivement à des fautes professionnelles, dont celui de l'assuré.

4. Le 17 novembre 2004, l'assuré a affirmé pour sa part que son licenciement était dû à une restructuration de l'établissement. Il a assuré que ses retards et absences avaient été justifiés et que l'employeur en connaissait les motifs. Il a ajouté avoir effectué beaucoup d'heures supplémentaires, lesquelles ne lui avaient pas été payées.

5. Par décision du 18 novembre 2004, l'OCE a prononcé une suspension du droit à l'indemnité de l'assuré de 40 jours au motif qu'il était sans travail par sa propre faute dès lors qu'il avait donné à son employeur des raisons de le licencier.

6. Le 10 décembre 2004, l'assuré a formé réclamation contre cette décision. Il a rappelé ses précédentes déclarations et ajouté que ses conditions de travail, notamment quant à l'horaire et à la rémunération, n'étaient pas convenables. S'agissant de la qualité de son travail, il a souligné que ses évaluations avaient été bonnes et qu'elles s'étaient même améliorées de 2003 à 2004. La clientèle avait par ailleurs fait part de sa satisfaction pour la qualité de son service tant oralement que par écrit. L'assuré a conclu que son licenciement était dû à des motifs économiques et qu'il était également abusif. A l'appui de ses dires, il a joint la copie d'une lettre adressée le 7 octobre 2004 par le syndicat SIT à l'ensemble des personnes licenciées par l'hôtel en 2004 aux fins d'envisager une action s'il y avait eu des licenciements abusifs ou collectifs non déclarés.

Il a également produit ses fiches horaires ainsi que son formulaire d'évaluation. Sur ce document, non daté, apparaît l'annotation suivante : « Vous devez améliorer votre collaboration avec vos collègues ». De plus, les inscriptions d'évaluation ne permettent pas de comprendre de manière claire comment la qualité de son travail a été jugée.

7. Par décision sur opposition du 10 juin 2005, le groupe réclamations de l'OCE a confirmé la décision de suspension. Il a relevé qu'à l'examen du dossier, il apparaissait que l'assuré avait reçu des avertissements écrits le 24 mai 2004 et le 15 juillet 2004. L'employeur l'avait alors informé qu'en cas de récidive, son contrat de travail serait résilié. Par ailleurs, dans son courrier du 26 août 2004, l'employeur l'avait averti qu'un nouvel incident, survenu le 20 août 2004, allait conduire à son licenciement. Enfin, le groupe réclamations a relevé que dans sa demande d'indemnités, l'intéressé a précisé qu'il n'avait pas entamé de procédure auprès du Tribunal des prud'hommes et que selon les informations recueillies auprès du syndicat SIT le 2 juin 2005, il n'y avait pas eu de suite à la lettre du 7 octobre 2004.

8. Par courrier du 7 juillet 2005, l'assuré a interjeté recours contre cette décision. Il affirme que lorsque son employeur l'a informé le 26 août 2004, qu'il mettait fin à ses rapports de travail, les motifs qui lui ont été donnés lors de l'entretien étaient « restructuration du département de conciergerie ». Il soutient qu'il ne lui a jamais été reproché de retard car, pendant quatre ans de loyaux services, il ne s'est jamais absenté de son travail. A l'appui de ses dires, il produit ses fiches de présence annuelle ainsi que le planning de présence mensuelle. Quant aux retards et aux avertissements qu'il a reçus, ils n'ont été qu'au nombre de deux, l'un pour un cours d'anglais qu'il n'a pas pu suivre mais qu'il affirme avoir rattrapé par la suite, et le deuxième concernant un retard d'une demi-heure sur son lieu de travail. Il estime que ce ne sont pas là des fautes graves justifiant une pénalisation de quarante jours. Il produit à l'appui de ses dires ses fiches d'évaluation dont il ressort selon lui qu'il est excellent, ponctuel, professionnel et consciencieux. Il souligne avoir pu bénéficier chaque année de 100 frs. d'augmentation et produit également une attestation délivrée le 23 mars 2004 par Madame B_____, laquelle le qualifie de « collaborateur souriant et courtois à l'égard de notre clientèle et donnant toute satisfaction dans l'accomplissement de son travail ».

9. Invitée à se prononcer, l'autorité intimée, dans sa réponse du 10 août 2005, a persisté dans sa position.

10. Une audience d'enquêtes et de comparution personnelle s'est tenue en date du 1er décembre 2005. A cette occasion, Madame L_____, actuelle responsable du personnel à l'hôtel PRESIDENT, a été entendue en qualité de témoin. Elle a expliqué qu'à l'époque des faits, elle était alors assistante administrative. Selon elle, il ressort du dossier du recourant que les raisons de son licenciement tenaient à ses retards répétés, à son manque d'esprit d'équipe et au non-respect des consignes. Elle

a indiqué que plusieurs avertissements lui avaient été adressés à cet égard. Elle a reconnu qu'à l'époque plusieurs licenciements pour raison économique avaient été prononcés mais assuré que celui du recourant n'en était pas un. Au contraire, l'hôtel s'est retrouvé en manque de chasseur-bagagiste, si bien qu'il a dû en réembaucher. S'agissant de l'évaluation de performances produite par l'assuré concernant les années 2003 et 2004, le témoin a reconnu que ce dernier avait été bien noté si ce n'est qu'il avait alors été précisé qu'il devait améliorer sa collaboration avec ses collègues. A l'époque, les problèmes de ponctualité n'ont pas été relevés. Le témoin a indiqué qu'il s'étonnait de cette évaluation et s'est engagée à communiquer au Tribunal les copies des évaluations de l'assuré avec indication des périodes auxquelles elles se rapportaient. Madame L_____ a encore expliqué qu'au moment des faits, elle-même ne s'occupait que des salaires mais travaillait dans le même bureau que le responsable des ressources humaines et était dès lors au courant des avertissements qui avaient été adressés à l'assuré. Enfin, concernant les certificats de travail rédigés respectivement le 23 mars et le 30 septembre 2004, elle a indiqué qu'il lui paraissaient correspondre à la situation et être relativement bons.

Pour sa part, le recourant a réaffirmé être convaincu que son employeur a cherché un prétexte pour le licencier. Il a expliqué que le dernier jour, alors qu'il devait terminer son travail à minuit et quart, il était en réalité parti à deux heures trente du matin et il lui avait alors été reproché de ne pas avoir salué le concierge. Il souligne par ailleurs avoir effectué plus d'une soixantaine d'heures supplémentaires non rémunérées.

Madame L_____ a souligné qu'à son souvenir, les reproches qui étaient adressés à l'intéressé portaient plus sur le fait qu'il n'avertissait pas ses supérieurs hiérarchiques de ses retards plutôt que sur ces derniers en eux-mêmes.

Il a été donné lecture au recourant d'un rapport interne établi le 22 mai 2004 où on lui reprochait notamment d'avoir pris une pause de deux heures et demie en lieu et place des quarante-cinq minutes accordées et d'avoir attendu devant l'entrée habillé en civil pour obtenir un pourboire d'un client. Il a contesté formellement ces faits et a assuré ne pas se souvenir avoir jamais pris deux heures de pause. Il a souligné par ailleurs n'avoir été absent qu'une journée en quatre ans. Il a admis avoir reçu plusieurs avertissements par le passé mais avoir fourni des explications. Il a par ailleurs affirmé avoir signé ces avertissements "en toute confiance" sans véritablement les lire.

A cet égard, Madame L_____ a affirmé que normalement, l'avertissement était lu à la personne intéressée au préalable.

11. Par courrier du 7 décembre 2005, Madame L_____ a fait parvenir au Tribunal les évaluations et rapports internes concernant le recourant. Il s'agit des documents suivants :

- une évaluation de performance datée du 23 août 2001 portant le commentaire suivant : "après les avertissements verbaux et écrits, j'attends une rapide réflexion. Les retards ne seront plus tolérés. Attitude et coopération avec les collègues doivent être améliorées". Il ressort par ailleurs de cette évaluation que le comportement du recourant a été jugé inférieur aux exigences en matière d'adaptabilité et de souplesse, d'esprit d'initiative, de coopération et s'agissant de sa ponctualité;

- une évaluation de performance datée du 27 octobre 2003 portant le commentaire suivant : "c'est mieux que par le passé mais il y a encore des efforts à faire";

- un rapport établi le 18 février 2004 indique que les 15 et 21 décembre, le recourant a quitté son service sans prévenir le concierge, entre 19 heures et 20 heures, alors que son travail devait se terminer à 20 heures. Il a été ajouté que les 31 janvier et 1er février, il s'était absenté plusieurs fois durant son service sans en demander la permission;

- une note établie par le concierge de l'hôtel à l'intention de la cheffe du personnel le 22 décembre 2003 et confirmant qu'il avait disparu sans annoncer son absence;

- un courrier adressé par la directrice du personnel au recourant en date du 30 juillet (année inconnue) constatant que les 29 et 30 juillet il s'était présenté au travail avec une heure de retard ;

- un rapport de "méconduite" datée du 20 mai (année inconnue) contresigné par l'employé, dont il ressort qu'il a manqué à son devoir par de fréquentes arrivées tardives, de l'impolitesse envers un collègue ou supérieur, une présence irrégulière et de l'insolence envers son supérieur et soulignant qu'il avait été averti que ces agissements feraient l'objet d'un rapport écrit au bureau du personnel avec copie à la direction, que selon la gravité de son acte ou dès le troisième rapport de méconduite il s'exposait à un renvoi.

12. Par courrier du 3 janvier 2006, l'intimé a maintenu sa position. Il a relevé qu'à de réitérées reprises et durant plusieurs années des avertissements concernant les mêmes comportements dans lesquels le recourant avait persisté lui avaient été adressés. Il a également relevé que ces avertissements avaient été signés par le recourant lui-même, sans contestation apparente, et que les griefs et prétentions qu'il aurait pu faire valoir contre son employeur n'ont pas à être examinés au stade du présent recours dans la mesure où il lui appartenait de les faire valoir en temps voulu et devant la juridiction spéciale concernée.

13. Le recourant, par courrier du 23 janvier 2006, a une fois encore assuré avoir été licencié abusivement. Il estime que son ancien employeur a trouvé un prétexte à son licenciement en cherchant d'anciens éléments dans son dossier et en les utilisant comme justification. Il a par ailleurs rappelé que sa fiche d'évaluation de l'année 2004.

14. D'autres pièces ont encore été versées à la procédure :

    - Une lettre d'avertissement adressée par le responsable du personnel au recourant en date du 21 mai 2004 lui reprochant de "continuer à faire preuve de peu de professionalisme", de s'absenter pour une pause de deux heures et demie au lieu de quarante-cinq minutes, d'avoir à une autre occasion prolongé sa pause d'une demi-heure, et d'avoir attendu devant la porte habillé en civil afin de quémander un pourboire auprès des clients qui partaient. Il a été précisé qu'il y avait déjà eu avertissement sur ce point.

    - Le 15 juillet 2004, un courrier a été adressé au recourant, rédigé en ces termes : "malgré les nombreux avertissements écrits et oraux qui vous ont été adressés concernant votre non-respect des horaires de travail, nous constatons une nouvelle fois que vous ne vous êtes présenté à votre poste avec une heure de retard en date du 13 courant. La ponctualité est l'une des bases du travail en équipe et essentielle à la bonne organisation du service. Vous comprendrez donc aisément que nous ne pouvons tolérer plus longtemps une telle désinvolture, laquelle dénote un manque de conscience professionnelle et de respect de votre part. En conséquence, nous vous adressons la présente lettre à titre de dernier avertissement et vous informons que si un autre incident devait se produire, nous nous verrions contraints de mettre un terme à votre contrat de travail".

    - Une lettre d'avertissement adressée au recourant en date du 16 juillet 2004 concernant une arrivée tardive d'une heure. Là encore il était précisé qu'il y avait eu plusieurs avertissements préalables.

    - Le 26 août 2004, la responsable du personnel lui reprochait d'avoir, malgré les instructions de ses supérieurs, pris la liberté de quitter son poste sans se soucier de l'arrivée de la clientèle et sans en avertir son responsable et s'être par ailleurs montré agressif et peu courtois envers ce dernier lorsqu'il lui a été demandé de remettre son uniforme et de reprendre son poste. C'est à l'issue de ce dernier incident que son licenciement lui a été signifié.

    - Un courrier du 24 mai 2004 au recourant se référant aux "nombreuses remarques qui lui ont déjà été adressées par son responsable quant au

non-respect de son planning de travail et indiquant qu'il ne pouvait tolérer un tel comportement qui dénotait un manque de conscience professionnelle et portait préjudice au bon déroulement du travail quotidien de chacun. Il lui a été signifié qu'il fallait considérer ce courrier comme un avertissement et qu'un changement radical de son comportement était attendu.

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'art. 56 de la ***l***oi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA) 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 LPGA, entrée en vigueur le 1er janvier 2003, est applicable au cas d'espèce. Ainsi, les conditions de forme et délai à respecter pour la recevabilité du recours sont celles des art. 56 à 60 LPGA. Interjeté dans les forme et délai légaux, le recours est recevable.

4. Le litige porte sur la suspension du droit du recourant à l'indemnité de chômage pour une durée de 40 jours.

5. Selon la jurisprudence, il convient de sanctionner par une suspension du droit à l'indemnité de chômage celui qui, par son comportement, donne à l'employeur des raisons de mettre fin à son contrat de travail (arrêt C 387/98 non publié du 22 juin 1999).

   La suspension du droit à l'indemnité prononcée en raison du chômage dû à une faute de l'assuré ne suppose pas une résiliation des rapports de travail pour 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 et les arrêts cités; DTA 2001 n° 22 p. 170 consid.3; GERHARDS, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz, n. 10 ss ad art. 3).

Il y a faute au sens de la LACI lorsque la survenance du chômage n'est pas imputable à des facteurs objectifs d'ordre conjoncturel mais due à un comportement que l'intéressé pouvait éviter et dont l'assurance-chômage n'a pas à répondre. Par ailleurs, on attend de l'assuré qu'il ne cause pas lui-même le dommage mais qu'il le prévienne. Dès lors, le critère de la culpabilité retenue par la jurisprudence est celle du « comportement raisonnablement exigible » de l'assuré. Il faut se demander dans chaque cas d'espèce si, au vu de toutes les circonstances, on pouvait raisonnablement exiger du travailleur qu'il conservât sa place de travail (MUNOZ, La fin du contrat individuel de travail et le droit aux indemnités de l'assurance-chômage, Lausanne, thèse 1992, p. 167 et p. 175).

6. La durée de la suspension est proportionnelle à la gravité de la faute de l'assuré et ne peut excéder, par motif de suspension, 60 jours (art. 30 al. 3 LACI). Selon l'art. 45 al. 2 de l'ordonnance fédérale sur l'assurance-chômage du 31 août 1983 (OACI), la durée de la suspension 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. Elle est fixée en tenant compte de toutes les circonstances du cas particulier tel que le mobile, les circonstances personnelles (âge, état civil, état de santé, dépendance éventuelle, environnement social, niveau de formation, connaissances linguistiques etc.), les circonstances particulières (comportement de l'employeur ou des collègues de travail, climat de travail) et, par exemple, de fausses hypothèses quant à l'état de fait, par exemple quant à la certitude d'obtenir un nouvel emploi lorsque les rapports de travail ont été résiliés d'un commun accord.

7. En l'espèce, le recourant affirme que son employeur s'est retranché derrière des prétextes pour le licencier et qu'il l'a fait en réalité pour des motifs économiques. Il n'en demeure pas moins qu'ont été versés au dossier de multiples avertissements et rapports établissant que le comportement du recourant a donné lieu plusieurs fois à des reproches. Certes, il est vrai que son appréciation annuelle 2004 n'est pas mauvaise. Celles des années précédentes l'étaient en revanche clairement et le

recourant n'a pas nié les incidents qui ont donné lieu à des rapports de "méconduite" par son employeur. Il s'est contenté d'indiquer qu'il s'était expliqué pour son comportement. De l'instruction du dossier, il ressort que le recourant a fourni des motifs objectifs de résiliation à son employeur et qu'une faute peut donc lui être reprochée. Ceci ressort non pas seulement des affirmations de l'employeur mais également des nombreux indices versés à la procédure sous forme de rapports d'évaluation, rapports de "méconduite", courriers et avertissements divers, propres à convaincre le tribunal. Reste à qualifier cette faute et à déterminer la durée de la suspension qui doit être infligée.

8. En l'occurrence et considérant la jurisprudence (notamment l'ATFA C 362/00 du 12 janvier 2001), le Tribunal de céans est d'avis que la faute de l'assuré doit être qualifiée de grave. Son employeur l'a en effet averti à de nombreuses reprises que son comportement laissait à désirer et lui a ainsi laissé le loisir de le modifier, ce qu'il n'a manifestement pas fait. Dans l'arrêt du Tribunal fédéral des assurances susmentionné, ce dernier a qualifié de grave la faute commise par un employé dont les retards pouvaient atteindre parfois plus d'une heure et ce, alors que la durée de son engagement avait été brève. En l'occurrence, les retards de l'assuré ont été d'importance aussi grande et se sont égrainés durant plusieurs années.

   Cependant, le Tribunal de céans est d'avis que la durée de la suspension doit être réduite, dans la mesure où, même si la faute commise par l'assuré est grave, elle n'a pas justifié un licenciement immédiat. Il convient donc de ramener la durée de la suspension à 31 jours. En ce sens, le recours est partiellement admis.

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 dans le sens des considérants.

3. Annule la décision du Groupe réclamations du 10 juin 2005.

4. Prononce la suspension du droit à l'indemnité de Monsieur Mourad Y_____ pour une durée de 31 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 :
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