RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3527/2006 **ATAS/1103/2006**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 1

du 5 décembre 2006

En la cause

Monsieur F_____, domicilié à GENEVE, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître SIEGRIST Pierre	recourant
contre	
CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHOMAGE, sise rue de Montbrillant 40 à GENEVE	intimée

Siégeant : Doris WANGELER, Présidente; Juliana BALDE et Isabelle DUBOIS, Juges

EN FAIT

1. Monsieur F_____ s'est inscrit auprès de l'OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI (ci-après OCE) le 13 décembre 2004 et a sollicité le versement d'indemnités de l'assurance-chômage dès le 1er décembre 2004. Il a expliqué qu'il avait été employé en qualité de cariste magasinier depuis le 1er septembre 1997 dans l'entreprise X_____ SA. Son employeur l'avait licencié en date du 30 novembre 2004 avec effet immédiat pour faute grave, ayant constaté que "suite à un contrôle de sécurité sur le portail de sortie terminale 23, près de 80 pointages vous concernant, pour l'exercice 2004, sont effectués en dehors de vos heures de pause".

2. Renseignements pris directement auprès de l'employeur, celui-ci a précisé que l'intéressé avait commis plusieurs fraudes répétées sur l'utilisation de son badge.

3. Par décision du 26 avril 2005, la Caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après la caisse), constatant que par son comportement l'intéressé avait donné à son employeur un motif de résiliation avec effet immédiat selon l'art. 337 CO, a considéré qu'il était responsable de sa situation de chômage et l'a suspendu dans l'exercice de son droit à l'indemnité pour une durée de 48 jours.

4. Le 19 mai 2005, représenté par Maître Pierre SIEGRIST, l'intéressé a formé opposition. Il explique qu'après avoir eu un différend avec son chef d'équipe, celui-ci ne le saluait plus que sporadiquement. Depuis longtemps, il l'envoyait régulièrement faire les courses au magasin COOP se trouvant à côté de l'usine, une dizaine de minutes avant la pause, ce qu'il faisait sans se cacher en utilisant son badge pour sortir de l'usine et y revenir. Il considère ainsi que son employeur a saisi ce prétexte pour le licencier. L'intéressé produit à cet égard copie de la demande qu'il a déposée auprès de la juridiction des prud'hommes le 4 avril 2005 contre celui-ci.

5. Par courrier du 30 mai 2006, l'intéressé a communiqué à la caisse le jugement du Tribunal des prud'hommes rendu le 29 mars 2006.

   Cette juridiction a considéré que c'est à tort que l'assuré avait été licencié avec effet immédiat, les enquêtes ayant révélé que plusieurs de ses supérieurs savaient qu'il sortait de l'enceinte de l'usine sans pour autant formuler de grief à cet égard, qu'il n'était du reste pas totalement inhabituel que certains employés agissent de la sorte. Aussi son employeur aurait-il dû lui adresser un avertissement avant de procéder à son licenciement.

6. Par décision sur opposition du 29 août 2006, la caisse a partiellement admis l'opposition, réduisant la durée de la suspension de 48 à 36 jours.

7. L'assuré a interjeté recours le 28 septembre 2006 contre ladite décision sur opposition. Il conclut à son annulation, rappelant que selon les actes d'instruction ordonnés par la juridiction des Prud'hommes, il était clairement apparu que les "sorties" qui lui avaient été reprochées avaient été en réalité tacitement tolérées et qu'elles n'avaient servi que de prétexte à son licenciement, que plusieurs témoins avaient par ailleurs relevé que la qualité de son travail était irréprochable.

8. Dans sa réponse du 23 octobre 2006, la caisse souligne qu'elle dispose d'un large pouvoir d'appréciation en matière de fixation de la durée de suspension. Elle relève que le Tribunal des Prud'hommes a confirmé que le comportement de l'assuré avait constitué une violation des obligations de travail de l'employé. Le fait qu'il se soit cru autorisé à continuer à agir en violation de ses obligations contractuelles et qu'il ne se soit pas caché pour le faire ne modifie pas l'existence d'un tel comportement. Ces éléments peuvent cependant être pris en considération pour fixer la quotité de la sanction, ce qu'elle n'a pas manqué de faire dans sa décision sur opposition puisqu'elle a réduit la sanction à 36 jours. Elle considère ainsi qu'il ne peut lui être imputé une quelconque appréciation arbitraire des faits et des pièces et conclut au rejet du recours.

9. Ce courrier a été transmis à l'assuré et la cause 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'art. 56 de la loi sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (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. Déposé dans les forme et délai prévus par la loi, le présent recours est recevable (art. 60 LPGA).

4. Le litige porte sur la durée de la suspension du droit à l'indemnité de l'assurance-chômage.

5. 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. 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, 12993/1994 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).

6. En l'espèce, le Tribunal des prud'hommes a reconnu que le comportement de l'intéressé avait constitué une violation des obligations de travail de l'employé. Il convient à ce stade d'examiner s'il a, ce faisant, commis une faute au sens de l'art. 30 LACI, puis de qualifier, le cas échéant, cette faute.

7. 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 est 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, qu'il le prévienne. Dès lors, le critère de la culpabilité retenu par la jurisprudence est celui du « comportement raisonnablement exigible » de l'assuré.

Le chômage est notamment considéré comme fautif lorsque l'assuré, par son comportement, en particulier par la violation de ses obligations contractuelles de travail, a donné à son employeur un motif de résiliation de contrat de travail.

Le chômage est réputé fautif non seulement lorsque, par son comportement, l'assuré enfreint ses obligations contractuelles de travail, mais aussi lorsque son comportement dans l'entreprise ou en dehors de celle-ci justifie un licenciement.

Il n'y a chômage fautif que si la résiliation est consécutive à un dol ou à un dol éventuel de la part de l'assuré. Il y a dol lorsque l'assuré adopte intentionnellement un comportement en vue d'être licencié. Il y a dol éventuel lorsque l'assuré sait que son comportement peut avoir pour conséquence son licenciement et qu'il accepte de courir ce risque.

8. La suspension se détermine d'après la gravité de la faute compte tenu des conditions personnelles de l'assuré. Il importe en l'occurrence de prendre en considération toutes les circonstances propres au cas d'espèce notamment les mobiles et le comportement antérieur de l'intéressé (SECO, circulaire IC 01.92 chiffre 247).

   La durée de la suspension, qui doit être proportionnelle à la gravité de la faute, est de un à quinze jours en cas de faute légère, de seize à trente jours en cas de faute de gravité moyenne, et de trente et un à soixante jours en cas de faute grave (art. 30 al. 3 LACI et 45 al. 2 let. a/b/c de l'ordonnance sur l'assurance-chômage - OACI).

   Aucune suspension pour chômage fautif ne sera prononcée lorsque le comportement de l'assuré est excusable. Il a été considéré que tel était le cas lorsque l'assuré a réduit son taux d'occupation pour assumer son obligation d'entretien envers sa famille (s'occuper des enfants, d'un conjoint invalide, etc.), et que son employeur le met en demeure de choisir entre augmenter à nouveau son taux d'occupation ou être licencié (circulaire relative à l'indemnité de chômage, janvier 03, D17).

   La Commission de recours en matière d'assurance-chômage (CRAC), alors compétente, a notamment eu l'occasion d'annuler la suspension de 36 jours infligée à une assurée qui s'était vue licencier pour manque de flexibilité. Il était en effet apparu que celle-ci devait constamment se tenir à disposition de son employeur et qu'il lui était impossible d'organiser sa vie privée (décision du 30 mai 2002 rendue en la cause A/328/02).

   Le TFA s'est en revanche borné à réduire la durée de la suspension de 40 à 20 jours dans le cas d'un travailleur qui avait pris des vacances malgré le refus formel de l'employeur, au motif que ce dernier, en ne fixant pas lui-même des dates de vacances, avait aussi eu un comportement fautif qui venait tempérer celle, grave, du travailleur (ATFA non publié C 379/99 du 19 avril 2000).

Dans un arrêt non publié C 362/00 du 12 janvier 2001, le TFA 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, comportement réitéré sur une très courte période. Par ailleurs, le Tribunal de céans a ramené la durée de suspension à 20 jours, dans des cas où l'employeur avait averti son employé à plusieurs reprises et que le congé avait finalement été donné soit en raison de réitérés retards (ATAS 583/2005), soit en raison du comportement de l'employée connotant de façon négative l'image de l'entreprise (ATAS 699/2005).

9. En l'espèce, l'employeur a résilié le contrat de travail du recourant parce que celui-ci est sorti de l'usine en dehors des heures de pause à de très nombreuses reprises. L'assuré allègue cependant que ses "sorties" étaient tolérées, puisqu'il était souvent envoyé par son chef d'équipe précisément pour faire des courses au magasin COOP. Il appert du jugement rendu par le Tribunal des prud'hommes que, selon les enquêtes, plusieurs des supérieurs de l'assuré n'ignoraient pas ses "sorties" de l'enceinte de l'usine, sans pour autant avoir formulé de grief à cet égard; d'autres part, qu'il n'était pas totalement inhabituel que certains employés agissent de la sorte. Qui plus est, la direction avait toléré, près d'une année durant - soit depuis l'installation des mesures de contrôle - les habitudes de l'assuré, ou, du moins, n'avait pas usé de sa faculté de contrôler ses allers et venues.

   Le Tribunal de céans constate au surplus que l'assuré n'a reçu aucun avertissement préalable qui lui aurait fait comprendre que ses "sorties" ne seraient dorénavant plus admises. Il ne pouvait dès lors pas savoir que par son comportement il courait le risque d'être licencié. Il n'y a manifestement pas eu dol de sa part. On ne saurait ainsi lui reprocher d'avoir commis une faute au sens de l'art. 30 LACI.

   Aussi le recours est-il admis et la sanction annulée.

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 et annule les décisions des 26 avril 2005 et 29 août 2006.

3. Condamne l'intimée à verser au recourant la somme de 800 fr., à titre de participation à ses frais et dépens

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 :
Marie-Louise QUELOZ	Doris WANGELER

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