RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3688/2021 **ATAS/275/2022**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 22 mars 2022

15ème Chambre

En la cause

Monsieur A_____, domicilié à BERNEX, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître Marlyse CORDONIER — recourant

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHÔMAGE, sise rue de Montbrillant 40, GENÈVE — intimée

Siégeant : Marine WYSSENBACH, Présidente; Andres PEREZ et Christine TARRIT-DESHUSSES, Juges assesseurs

EN FAIT

A. **a.** Monsieur A_____ (ci-après : l'assuré ou le recourant), né le _____ 1970, a commencé sa carrière en juin 1993 chez SWISSAIR en qualité de mécanicien junior en préparation de sa licence B1 qu'il obtiendra en juin 1996. L'assuré a continué, une fois sa licence obtenue, son activité de mécanicien pour C_____.

b. En janvier 2003 et en décembre 2008, l'assuré a été promu respectivement Supervisor Deputy et Supervisor, auprès de C_____.

c. L'assuré a occupé ce poste avec un horaire continu et de nuit jusqu'à la fin mars 2011.

d. Dès le 1er avril 2011, l'assuré a été promu Technical Manager.

e. Par pli du 18 mars 2021, l'assuré s'est vu proposer une modification de son contrat de travail, compte tenu d'une restructuration de l'entreprise. À teneur du nouveau contrat, l'assuré serait employé dès le 1er juillet 2021 en qualité de Supervisor, soit le poste occupé avant le 1er avril 2011. La durée hebdomadaire de travail était réduite de 44 heures à 42 heures, mais le salaire mensuel brut était inférieur au précédent salaire (soit CHF 8'179.- contre CHF 8'600.-), et l'assuré n'avait plus de droit à un bonus, à des indemnités mensuelles ou à un montant de CHF 193.- pour l'assurance-maladie auquel il avait droit jusqu'alors. En outre, alors qu'il ne travaillait plus de nuit depuis 2011, le recourant allait devoir travailler selon un horaire continu qui impliquait des nuits.

f. Le recourant a refusé la modification de son contrat et son employeur a résilié le contrat existant, comme il l'avait annoncé dans sa lettre de mars 2021 en cas de refus de son employé, en respectant le délai de congé de trois mois, soit pour le 30 juin 2021.

B. **a.** L'assuré a sollicité des indemnités de chômage dès le 1er juillet 2021 auprès de la caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après : la caisse ou l'intimée). S'agissant du licenciement, l'employeur a expliqué avoir résilié le contrat de l'assuré, car ce dernier avait refusé une modification qu'il lui avait proposée. L'assuré a quant à lui indiqué qu'il n'avait pas pu accepter la modification du contrat, car il ne pouvait plus travailler de nuit. Il avait risqué d'être en burnout en 2011. Il n'avait pas été suivi par un médecin, mais avait constaté une fatigue et des troubles de la concentration lorsqu'il travaillait de nuit.

b. Par décision du 21 juillet 2021, la caisse a décidé de suspendre le droit à l'indemnité de chômage de l'assuré pour 31 jours, dans la mesure où ce dernier avait donné à son employeur un motif de rupture de contrat en refusant la proposition faite par ce dernier.

c. L'assuré a fait opposition à cette décision le 1er septembre 2021. Il a expliqué qu'il avait commencé sa carrière en 1993 et avait été promu à plusieurs reprises. Jusqu'en mars 2011, il avait occupé des postes à horaire continu « 3/8, 7 jours sur

7 » impliquant du travail de nuit. Il avait commencé à souffrir de troubles du sommeil et de la concentration en raison de son activité de nuit. Il n'avait pas été suivi par un médecin à cet égard. Il avait changé de poste en 2011 et n'avait plus eu à travailler de nuit. Son horaire était régulier. Il avait refusé la proposition de son employeur, dans la mesure où il ne pouvait plus travailler de nuit, vu sa fatigue, son âge et compte tenu du fait qu'il en allait de la sécurité d'autrui. Le poste de Supervisor exigeait une grande capacité de concentration et une grande résistance physique qu'il n'avait plus. Ce changement impliquait un déclassement professionnel et une baisse de salaire. L'assuré avait demandé à son employeur de le laisser continuer son actuel contrat, mais ce dernier avait refusé. Il avait consulté la docteure B_____ afin de faire un bilan de sa situation.

d. Ce médecin a rappelé, à la demande de son patient, les plaintes de ce dernier en lien avec la fatigue éprouvée lorsqu'il travaillait de nuit et a évoqué les risques encourus par tout un chacun dans le cadre du travail de nuit, mais non des risques spécifiques liées à la santé du recourant (attestation 30 juillet 2021).

e. Par décision du 29 septembre 2021, la caisse a rejeté l'opposition, les motifs du licenciement étant imputables à l'assuré. Les motifs invoqués par l'assuré ne pouvaient être considérés comme impérieux et permettre à la caisse de revenir sur la décision de sanction.

C. **a.** Par acte du 28 octobre 2021, l'assuré a recouru contre cette décision par-devant la chambre des assurances sociales de la Cour de justice (ci-après : chambre de céans), en concluant, sous suite de frais et dépens, principalement, à l'annulation de la sanction et, subsidiairement, à une réduction de celle-ci à 10 jours.

b. La caisse intimée a conclu, le 25 novembre 2021, au rejet du recours en se référant aux motifs de sa décision.

c. Le recourant a indiqué par pli du 15 décembre 2021 ne pas avoir d'observations à faire.

d. La cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1.

1.1 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.

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

2. Le litige porte sur le bien-fondé de la suspension du droit du recourant à l'indemnité de chômage pour une période nominale de 31 jours pour chômage fautif.

2.1 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.

2.2 L'art. 44 al. 1 let. a de l'ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (l'ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité [OACI] - RS 837.02) dispose 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.

2.3 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 du Code des obligations (loi fédérale du 30 mars 1911, complétant le Code civil suisse [CO - RS 220]). 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; arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 362/00 du 12 janvier 2001 consid. 4).

2.4 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 (Circulaire du Secrétariat d'État à l'économie (SECO) relative à l'indemnité de chômage, janvier 2015, D18).

2.5 Une suspension du droit à l'indemnité ne peut être infligée à l'assuré que si le comportement qui lui est reproché est clairement établi. Lorsqu'un différend oppose l'assuré à son employeur, les seules affirmations de celui-ci 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; arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 362/00 du 12 janvier 2001 consid. 4). Aucune suspension pour chômage fautif ne sera prononcée lorsque le comportement de l'assuré est excusable (Circulaire du SECO, §D22).

2.6 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).

2.7 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).

2.8 En l'espèce, le recourant qui travaillait depuis 2003 pour son employeur, et depuis avril 2011 en tant que Technical Manager, s'est vu proposer une modification de son contrat de travail, compte tenu d'une restructuration de l'entreprise, par pli du 18 mars 2021. À teneur de ce contrat, le recourant serait employé dès le 1er juillet 2021 en qualité de Supervisor, soit le poste qu'il occupait avant sa promotion en tant que Technical Manager en avril 2011. La durée hebdomadaire de travail était réduite de 44 heures à 42 heures, mais le recourant perdait néanmoins une partie de son salaire mensuel, le contrat prévoyant un salaire mensuel brut inférieur à son précédent salaire (soit CHF 8'179.- contre CHF 8'600.-), n'avait plus de droit à un bonus, à des indemnités mensuelles ou à un montant de CHF 193.- pour l'assurance-maladie auquel il avait droit jusqu'alors. En outre, alors qu'il ne travaillait plus de nuit depuis 2011, le recourant allait devoir travailler selon un horaire continu qui impliquait des nuits.

2.9 Le recourant a refusé la modification de son contrat, dans la mesure où le poste de Supervisor exigeait une grande capacité de concentration et une grande résistance physique qu'il n'avait plus, vu sa fatigue, son âge et compte tenu du fait qu'il en allait de la sécurité d'autrui. Il avait commencé à souffrir de troubles du sommeil et de la concentration dans son activité avant 2011. Il n'avait pas été suivi par un médecin du fait que grâce à son changement de poste en 2011 (des horaires réguliers et sans travail de nuit), ses troubles s'étaient calmés.

L'employeur a dès lors résilié le contrat de travail en respectant le délai de congé.

Le recourant n'a pas violé ses obligations contractuelles. Il faut cependant examiner s'il avait un motif valable pour refuser le nouveau contrat de travail qui lui avait été proposé, au moins dans l'attente de trouver un autre emploi, si celui-ci pouvait être jugé convenable.

Si l'on comprend les raisons du recourant, le travail que son employeur lui proposait ne peut être qualifié de non convenable. La réduction du salaire et des avantages financiers s'accompagnait, sans être pour autant complétement compensée, d'une réduction de l'horaire hebdomadaire. Le contrat proposé permettait au recourant, malgré les modifications qu'il jugeait défavorables, de continuer à travailler, à tout le moins jusqu'à ce qu'il trouve un autre emploi. Le recourant a refusé la proposition d'emploi sans avoir tenté de reprendre des horaires continus, ne serait-ce que pour voir si la fatigue dont il avait souffert avant 2011 réapparaissait. Quant à l'argument portant sur la sécurité d'autrui, il

faut admettre que l'employeur n'aurait pas proposé ce type d'emploi à un salarié qu'il connaissait de longue date s'il avait jugé que la sécurité d'autrui serait mise en danger par ce dernier. Il n'existe au demeurant pas d'incapacité de travailler de nuit médicalement prouvée dans ce cas, le médecin traitant n'évoquant que des risques encourus par tout un chacun dans le cadre du travail de nuit et non des risques spécifiques liées à la santé du recourant.

Le recourant doit dès lors se voir imputer son choix, certes légitime au regard du droit du travail, de ne pas avoir accepté le contrat proposé. Il aurait dû tenter de reprendre le travail de Supervisor, à tout le moins le temps de retrouver un autre emploi.

Vu ce qui précède, il apparaît que le comportement général du recourant a donné lieu à la résiliation des rapports de travail, ce qui justifiait une suspension de son droit à l'indemnité de chômage, en application de l'art. 44 let. a OACI.

Par appréciation anticipée des preuves, il n'apparaît pas nécessaire d'ordonner une comparution personnelle des parties, dans la mesure où celles-ci ont pu s'exprimer par écrit sur tous les éléments pertinents de la cause.

2.10 Selon l'art. 30 al. 3, 3ème phrase, LACI, la durée de la suspension du droit à l'indemnité de chômage est proportionnelle à la gravité de la faute et ne peut excéder, par motif de suspension, 60 jours.

Aux termes de l'art. 45 al. 2 OACI, 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.

2.11 La caisse intimée a considéré qu'en refusant d'accepter la modification du contrat de travail, l'assuré avait commis une faute grave justifiant une suspension d'une durée de 31 jours.

2.12 Le Tribunal fédéral a rappelé dans un arrêt C 254/06 du 26 novembre 2007 que la durée de la suspension du droit à l'indemnité de chômage est fixée compte tenu non seulement de la faute, mais également du principe de proportionnalité (Thomas Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in : Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, 2ème éd., n. 855 p. 2435). Par exemple, la jurisprudence a admis l'existence d'une faute grave - justifiant une suspension d'une durée de 31 jours - de la part d'une assurée exerçant la profession de conductrice, qui avait perdu son emploi ensuite du retrait de son permis de conduire motivé par une conduite en état d'ébriété élevée. Le Tribunal fédéral des assurances a considéré qu'en sa qualité de conductrice professionnelle, l'intéressée devait savoir qu'en cas de conduite en état d'ébriété, elle risquait de perdre aussi bien son permis de conduire que son emploi (DTA 2002 n° 19 p. 121,

C 221/01). En revanche, il a admis une faute de gravité moyenne - justifiant une suspension d'une durée de 19 jours - en cas de refus par un assuré d'accepter une modification pourtant exigible de son contrat de travail. Pour qualifier le degré de la faute et, dans le cas concret, réduire la durée de la suspension de 38 jours à 19 jours, le Tribunal fédéral des assurances a tenu compte du fait que l'intéressé n'avait pas remis en cause les conditions de travail existantes et avait travaillé à la pleine satisfaction de son employeur durant les rapports de travail (DTA 2003 n° 26 p. 248, C 230/01).

2.13 En espèce, le reproche que l'on peut faire au recourant ne saurait être qualifié de faute grave ou moyenne. Le recourant a travaillé durant des années à l'entière satisfaction de son employeur, au vu des certificats de travail au dossier. La résiliation des rapports de travail est principalement due au fait que l'employeur a proposé une modification du contrat de travail à son employé en tous points défavorable à ce dernier. Le comportement du recourant doit dès lors être qualifié de faute légère au regard des circonstances du cas particulier.

La réduction de la durée de suspension à 10 jours, conformément aux conclusions subsidiaires du recourant, apparaît proportionnée à la faute. Compte tenu de ce qui précède, la chambre de céans admettra partiellement le recours et réduira la suspension à 10 jours.

3. Le recourant qui obtient partiellement gain de cause et est assisté d'un conseil a droit à des dépens qui seront arrêtés à CHF 1'500.- et mis à la charge de l'intimée.

4. Pour le surplus, la procédure est gratuite.

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 29 septembre 2021 de l'intimée dans le sens que la suspension du droit à l'indemnité du recourant est réduite de 31 jours à 10 jours.
4. Alloue au recourant, à charge de l'intimée, une indemnité de CHF 1'500.- à titre de participation à ses frais et dépens.
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 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
Nathalie LOCHER	Marine WYSSENBACH

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