

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/388/2014

ATAS/1084/2014

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 15 octobre 2014

4^{ème} Chambre

En la cause

Madame A_____, domiciliée à BERNEX, représentée par ADC -
ASSOCIATION DE DÉFENSE DES CHÔMEURS

recourante

contre

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

intimée

**Siégeant : Juliana BALDÉ, Présidente; Rosa GAMBÀ et Olivier LÉVY, Juges
assesseurs**

EN FAIT

1. Madame A_____ (ci-après l'assurée ou la recourante), née en 1964, a déposé une demande d'indemnité de chômage auprès de la Caisse cantonale genevoise de chômage (ci-après la Caisse ou l'intimée) le 24 juillet 2013. Elle a indiqué qu'elle avait travaillé pour la banque B_____ SA du 1^{er} décembre 2007 au 31 juillet 2013, date pour laquelle l'employeur avait résilié les rapports de travail en raison d'un arrêt-maladie.
2. Dans l'attestation du 24 juillet 2013, l'employeur a indiqué que l'assurée avait été employée en tant que collaboratrice en charge des transferts et paiements au service *backoffice*. Le congé avait été signifié le 28 mai 2013 en respectant le délai conventionnel de deux mois, en raison d'erreurs professionnelles.

Il a joint la lettre de licenciement du 28 mai 2013, dont le préambule était formulé en ces termes « *Nous nous référons à notre courrier daté du 24 mars 2013, ainsi qu'au courrier que vous a adressé le SAJEC en date du 24 mai 2013 et compte tenu des faits découverts depuis votre absence, nous nous voyons contraints de vous licencier avec effet au 31 juillet 2013* ».
3. Selon un certificat médical établi le 22 août 2013 par la doctoresse C_____, médecin généraliste, l'assurée a été totalement incapable de travailler depuis le 30 novembre 2013 (*recte* : 2012) en raison d'une dépression majeure.
4. Selon un rapport non daté de la Caisse, l'employeur de l'assurée lui aurait indiqué lors d'un entretien téléphonique du 14 août 2013 que cette dernière avait commis des erreurs professionnelles à son sens graves, principalement le retard dans l'encaissement d'un chèque de 10 millions de francs, ce qui avait provoqué le mécontentement d'un important client et nui à l'image de la banque. L'assurée avait tenté de dissimuler ses erreurs au moyen de diverses pièces comptables. Elle aurait été congédiée même si elle n'avait pas été malade. L'employeur avait envisagé dans un premier temps de la licencier avec effet immédiat, mais y avait renoncé sur les conseils de son service d'assistance juridique.
5. Lors d'un entretien téléphonique du 1^{er} octobre 2013, la Caisse a recueilli la version de l'assurée. Cette dernière a exposé que la quantité de travail avait beaucoup augmenté depuis qu'elle travaillait à la banque et qu'elle peinait à assumer sa charge de travail. Elle avait demandé de l'aide à plusieurs reprises, sans succès. Elle avait souffert de dépression fin 2012 et reconnaissait qu'à ce moment, son employeur avait constaté que de nombreuses tâches n'avaient pas été effectuées à temps, notamment l'envoi de chèques pour encaissement. Il n'en résultait aucun préjudice financier mais une très mauvaise image de marque pour la banque.
6. Par décision du 24 octobre 2013, la Caisse a infligé une suspension de 38 jours à l'assurée, retenant que son comportement inapproprié avait conduit son employeur à résilier les rapports de travail. Ce dernier avait pris cette décision notamment en raison du retard dans le traitement d'un chèque de CHF 10'000'000.-

7. L'assurée, par son mandataire, s'est opposée à la décision de la Caisse le 14 novembre 2013. Elle a exposé qu'elle travaillait dans le secteur bancaire depuis 30 ans. Elle avait été submergée de travail pendant plus d'une année avant que son médecin n'ordonne un arrêt de travail. Dans ces conditions, il était dans l'ordre des choses que certaines tâches n'aient pas été accomplies. Le non traitement d'un chèque de CHF 10'000'000.- était une pure invention. L'entretien téléphonique avec la Caisse n'avait pas excédé cinq minutes et l'assurée n'avait jamais admis avoir omis de traiter un tel chèque. Elle concevait tout au plus que certains chèques n'aient pu être traités en raison de son absence, ce qui ne constituait pas une faute de sa part. Elle niait être à l'origine d'une faute et contestait la suspension de 38 jours.
8. Par décision du 8 janvier 2014, la Caisse a écarté l'opposition. Elle a rappelé que l'administration disposait d'un large pouvoir d'appréciation en matière de fixation de la suspension et qu'il y avait lieu de fixer le nombre de jours de suspension en partant d'une valeur moyenne se situant entre 31 et 60 jours, soit de 45 jours, en cas de faute grave. En l'espèce, l'employeur avait constaté plusieurs erreurs graves, que l'assurée avait tenté de dissimuler. Il s'agissait d'un motif évident de licenciement, que l'assurée n'avait d'ailleurs pas contesté auprès du Tribunal des prud'hommes.
9. L'assurée a interjeté recours contre la décision de la Caisse en date du 6 février 2014. Elle a conclu, sous suite de dépens, à la réduction de la durée de la suspension du droit à l'indemnité au degré de la faute légère, voire moyenne. Elle a admis avoir omis d'accomplir certaines tâches en raison de son surcroît de travail, en particulier l'encaissement de plusieurs chèques, et non pas d'un seul. Durant les cinq ans passés au service de son employeur, son travail n'avait jamais fait l'objet d'une appréciation négative ou d'un avertissement. C'était ainsi à juste titre que l'employeur avait pris la décision de la congédier sans invoquer de justes motifs. Par conséquent, la faute grave n'était pas démontrée. Son comportement défaillant lié à un état dépressif ne saurait être considéré comme une faute grave. La faute relevait d'une gravité légère, voire moyenne, et la quotité de la suspension n'était pas proportionnelle.

Elle a notamment joint les documents suivants à l'appui de son recours:

- courrier du 24 mai 2013 du Service d'assistance juridique et conseils de la Fédération des entreprises romandes, représentant l'employeur (SAJEC), reprochant à la recourante de ne pas avoir procédé à l'encaissement d'une cinquantaine de chèques pour un montant total de plus de 9 millions de francs et d'avoir tenté de dissimuler ces manquements par des jeux d'écritures comptables, ce qui avait rompu le lien de confiance indispensable à la relation de travail. Par ailleurs, la recourante ne s'était jamais plainte de problèmes relationnels ou organisationnels avant son incapacité de travail. Si le volume de travail l'empêchait de mener à bien ses tâches, elle aurait dû en informer sa hiérarchie ;

- courrier non daté de l'employeur en réponse à un courriel de la recourante du 24 mars 2013, relevant de nombreux et graves manquements constatés durant son absence et ajoutant qu'un collaborateur temporaire engagé en raison de son absence avait pu assumer seul sa charge de travail durant deux mois.

10. Par réponse du 11 mars 2014, l'intimée a conclu au rejet du recours. Elle a relevé que la recourante confirmait avoir eu un comportement défaillant, qu'elle attribuait à un comportement dépressif sans en apporter la preuve. Les faits à l'origine du licenciement étant graves, l'intimée ne pouvait réduire la sanction, qui était proportionnée aux circonstances.

11. La Cour de céans a entendu les parties le 30 avril 2014.

Le représentant de l'intimée a admis que cette dernière n'avait pas expliqué dans sa décision sur opposition les motifs pour lesquels elle s'était ralliée à la thèse de l'employeur. La recourante avait toutefois admis dans ses dernières écritures avoir commis des manquements.

La recourante a exposé qu'elle avait omis de traiter certains chèques, mais cela était dû à sa surcharge de travail. Le soi-disant chèque de 10 millions de francs n'avait jamais existé. Plusieurs chèques n'avaient pas été traités mais elle ne savait pas combien ni pour quel montant. Le nombre de 50 chèques allégué par son employeur lui paraissait élevé. Elle avait fait part à son supérieur et au chef du département de sa surcharge de travail. Elle n'avait pas eu connaissance de l'audit effectué au sein de la banque et on ne l'avait pas invitée à clarifier certaines choses. Elle n'avait pas passé des jeux d'écritures comptables visant à dissimuler des manquements. Elle avait effacé les courriels adressés à son employeur.

12. Par courrier du 2 mai 2014, la Cour de céans a invité l'employeur à lui adresser les évaluations annuelles de la recourante, les échanges de courriels du 14 janvier 2013, 24 mars 2013 et 6 mai 2013 avec la recourante, ainsi qu'un extrait de l'audit se rapportant aux faits et griefs concernant la recourante.

13. L'employeur s'est exécuté le 20 mai 2014 en produisant les documents suivants :

- revue de performance annuelle 2009 de la recourante, dans laquelle cette dernière a qualifié le volume de travail adapté, tout en notant que la charge de travail était de temps en temps un peu plus importante ;
- revue de performance annuelle 2010 de la recourante, selon laquelle la capacité à gérer le stress, le respect des délais, la gestion du temps, l'attitude positive et le langage adapté étaient insuffisants ;
- revue de performance annuelle 2011 de la recourante, selon laquelle le respect des délais, l'engagement, la flexibilité, la gestion du temps (pénalisée par le non respect de la durée du travail) et l'esprit d'équipe étaient insuffisants;

- courriel de l'employeur à la recourante du 14 janvier 2013, sollicitant un entretien afin de faire un point sur la passation des dossiers, indispensable car la recourante était seule en charge du trafic des paiements ;
- cahier des charges de la recourante ;
- courriel de la recourante à l'employeur du 24 mars 2013, dont la teneur est la suivante: « *Je vous écris pour vous faire savoir que si j'avais eu le courage de venir vous voir tout cela ne serait pas arrivé. Depuis 5 ans D_____ ma fait vivre des moments impossibles. Toujours plus de travail travaille tard le soir [...] depuis un an je ne dors plus à cause de. La trésorerie système pas fiable, et je pense que E_____ le traider c'était à lui de faire la trésorerie mais quand j'en parlais à D_____ ou F_____ les réponses ont toujours été les mêmes vous savez bien que nous ne pouvons pas lui demander quoi. Que ce soit alors je faisais tout. J'ai des problèmes avec mes impôts mais comme 80 pct des gens à Genève. Ce n'est pas pour. Cela que je vous aurais volé. Je sais qu'aujourd'hui vous. Avez engagé deux personnes pour faire mon travail cela veut bien dire que j'étais débordée* » [sic] ;
- courriel de la recourante à l'employeur du 6 mai 2013, rédigé en ces termes :

« je fais suite à votre e-mail du 28 mars 2013, qui fait allusion à mon courriel du 24 mars 2013 que je n'ai jamais envoyé, à cette même date je vous ai informé que je ne vous ai absolument pas envoyé d'email. par contre le même jour je vous ai demandé de m'envoyer une copie du fameux e-mail, mais je n'ai jamais eu de réponse de votre part. je n'ai eu qu'un message d'absence de bureaux. je vais simplement répondre à votre courrier qui est d'ailleurs non daté. vous faites part d'un courriel daté du 14 janvier 2013 à laquelle je ne vous ai pas répondu, simplement car vu ma dernière évaluation qui n'a d'ailleurs jamais été signé et qui aurait dû retenir toute votre attention en tant que D.R.H.

Mais apparemment cela n'a pas retenu votre attention.

Vous m'informé dans votre lettre que je n'ai pas eu le courage de m'adresser à mes supérieurs, ce qui est totalement faux. Non seulement j'ai informé M. G_____ d'avoir trop de travail et la seule réponse qu'il m'a donné c'est: j'ai vu sur New banking l'augmentation des transferts mais nous verrons avec le nouveau système. Quand je lui ai parlé de la trésorerie, que je ne trouvais pas normal que je fasse la trésorerie ainsi que les transferts de fonds, il m'a répondu vous connaissez E_____, il y a certaine chose qu'il ne veut pas faire J'ai aussi parlé à M. F_____, concernant la trésorerie, et il m'a répondu, .Je sais que E_____ est incapable de la faire et qu'il n'y connaît rien, mais nous allons engagé un trésorier.

Concernant les crédits j'étais le backup de H_____. En juin 2012 nous avons passé plus 1H30 avec F_____, D_____, H_____ et moi-même pour

organiser les vacances, nous avons décidé que si H_____ ou moi même était en vacances il fallait que F_____ soit présent.

J'ai pris mes vacances fin juillet, début août je reprends le travail, H_____ en vacances et F_____ en vacances.., super

Pour votre information j'ai effectivement été surchargé de travail et c'est pour cela qu'il y a des tâches que je n'ai pas pu exécuter.

Concernant M. Munger j'ai été harcelé pendant cinq ans, toutes les semaines il me disait que jamais je ne pourrai faire partie de la haute société, c'est quoi pour lui la haute société.. il m'a répété que de regarder la télévision tous les soirs n'était pas productif. Il valait mieux aller entendre des concerts au Victoria Hall.

Pour son information ma Grand-Mère était soprano, au Victoria Hall, j'y ai mis les pieds quand Monsieur était encore dans son Valais Natale.

Alors quand on ne sait pas on ne parle pas, et de plus quand on coupe sa salade et qu'on tient sa fourchette comme une pelle il me semble que la haute société pour lui ce n'est pas pour tout de suite.

Concernant l'image de la société, il y a eu bien d'autres manquements, les gestionnaires qui ont fait perdre de l'argent à la société, le manque à gagné de certains gestionnaires.

Et pour finir vous avez du engagé deux personnes, car effectivement j'avais trop de volume de travail, et je suis certaine qu'ils ne font pas le quart de ce que je faisais.

Mais cette période de ma vie n'est pas terminée, car même si je suis en dépression ou born-out, je ne vais pas me laisser faire. » [sic] ;

- compte-rendu du 11 décembre 2012 du département des ressources humaines de l'employeur concernant la recourante, au contenu suivant :

« En date du mardi 4 décembre 2012 et suite à une demande émanant de nos auditeurs concernant l'annulation d'un chèque, nous avons procédé à des recherches dans le bureau de la [recourante] en charge des encaissements, celle-ci étant absente pour des raisons de santé depuis le vendredi 30 novembre 2012 à midi. Lors de ces recherches, son Responsable a découvert 49 chèques de clients non remis à l'encaissement, datant certains depuis plus d'un an (novembre 2011) pour un montant total de CHF 9 millions. Par chance, ces chèques ont été crédités sauf bonne fin et il semble que seul un client concerné ait clôturé son compte. La perte n'est pas estimée pour l'heure mais semble très limitée. Ces chèques ont notamment été retrouvés à 5 endroits différents (sous-main, tiroir, fourre, sac plastique comprenant également des affaires personnelles, pelle à courrier). Par ailleurs, au vu de la mission imminente des auditeurs dans cette activité, la [recourante] a instruit un jeu d'écritures visant à

basculer les positions non réconciliées et ouvertes dans nos livres auprès des correspondants. Non seulement il a été fait preuve de négligence grave, mais également d'abus de confiance par le fait qu'elle ait masqué les suspens récurrents. Dès son retour de congé maladie, il sera procédé à son licenciement avec effet immédiat et elle sera libérée de l'obligation de présence jusqu'à la fin des rapports contractuels. Au vu de son ancienneté, son délai de protection dans le cadre de la maladie est de 180 jours. Passé ce délai nous pourrions alors valablement notifier le congé en respectant encore les deux mois de préavis. La garantie loyer octroyée par la Banque devra être retenue de ses derniers salaires, compte tenu de sa situation personnelle précaire (saisie de salaire pour les impôts levée, mais arrangement direct avec l'Administration Fiscale). [...]. »

14. Le 21 mai 2014, la Cour de céans a invité les parties à se déterminer sur les pièces produites par l'employeur.
15. Dans son écriture du 4 juin 2014, l'intimée a soutenu que les éléments produits par l'employeur confirmaient l'adéquation de la sanction infligée. Par conséquent, elle persistait dans ses conclusions.
16. Le 17 juin 2014, la Cour de céans a transmis copie de cette écriture à la recourante et informé les parties que la cause était 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) en vigueur dès le 1^{er} janvier 2011, 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. La LPGA, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2003, est applicable à la présente procédure.
3. Interjeté dans les forme et délai prévus par la loi, le présent recours est recevable (art. 56 à 60 LPGA).
4. Le litige porte sur le point de savoir si c'est à bon droit que l'intimée a prononcé une suspension du droit à l'indemnité de chômage de 38 jours.
5. L'art. 30 al. 1 let. a LACI prévoit que le droit de l'assuré à l'indemnité est suspendu lorsqu'il est établi que celui-ci est sans travail par sa propre faute. L'art. 44 al. 1 let. a de l'ordonnance 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. Aux termes de l'art. 45 al. 3 OACI, la suspension dure de un à quinze jours en cas de faute légère (let. a), de 16 à 30 jours en cas de faute de gravité moyenne (let. b) et de 31 à 60 jours en cas de faute grave (let. c).

La suspension du droit à l'indemnité est destinée à poser une limite à l'obligation de l'assurance-chômage d'allouer des prestations que l'assuré aurait pu éviter ou réduire. En tant que sanction administrative, elle a pour but de faire répondre l'assuré, d'une manière appropriée, du préjudice causé à l'assurance-chômage par son comportement fautif (ATF 133 V 89 consid. 6.2.2; arrêt du Tribunal fédéral 8C_316/2007 du 16 avril 2008 consid. 2.1). 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 Bundes-verwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit*, 2^{ème} éd. 2007, n. 855 p. 2435).

6. Le motif de suspension visé à l'art. 44 al. 1 let. a OACI, soit le fait de donner à son employeur un motif de résiliation du contrat, entraîne souvent une suspension pour faute grave (Boris RUBIN, *Assurance-chômage, Droit fédéral, Survol des mesures cantonales, procédure*, 2^{ème} éd., Zurich 2006, p. 461). Cela étant, la loi ne prévoit pas de limites dans les sanctions infligées en cas de chômage causé par l'assuré, et la durée de la suspension doit être fixée en fonction des circonstances et peut relever d'une faute légère, moyenne ou grave (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 43/06 du 19 avril 2006 consid. 1.2 et les références). La suspension du droit à l'indemnité prononcée en raison du chômage dû à une faute de l'assuré, en application de l'art. 44 let. a OACI, ne suppose pas une résiliation des rapports de travail pour de justes motifs au sens des art. 337 et 346 al. 2 du Code des obligations (CO ; RS 220). Pour qu'une sanction se justifie, il faut que le comportement de l'assuré ait causé son chômage (ATF 122 V 34 consid. 3a). Il suffit que le comportement général de l'assuré ait donné lieu à son licenciement, 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 intenable (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 190/06 du 20 décembre 2006 consid. 1.2 et les références citées). Il y a faute propre de l'assuré au sens de l'assurance-chômage, si et dans la mesure où la survenance du chômage n'est pas imputable à des facteurs objectifs, mais qu'elle est due à son comportement qui, compte tenu des circonstances et rapports personnels, aurait pu être évité, ce que l'assurance ne saurait prendre en charge (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 207/05 du 31 octobre 2006 consid. 4.2).

Selon la jurisprudence, pour fixer la sanction dans un cas concret, il y a lieu de partir de la valeur moyenne de la fourchette correspondant au degré de gravité de la faute, soit 45 jours en cas de faute grave (ATF 123 V 150 consid. 3c)

7. Parmi l'abondante casuistique relative aux sanctions prononcées dans les cas visés par l'art. 44 al. 1 let. a OACI, on peut citer les exemples suivants: 31 jours pour un chauffeur d'une entreprise de livraison qui a une violente altercation avec un

employé de la poste dans le cadre de son travail et qui est licencié avec effet immédiat (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 281/02 du 24 septembre 2003); 31 jours pour un assuré ayant à plusieurs reprises falsifié le pointage de ses heures de travail, ce qui a conduit à son licenciement immédiat (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 154/03 du 16 février 2004); 31 jours pour un employé de restauration s'étant présenté à de nombreuses reprises en retard à son travail malgré trois avertissements (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 207/05 du 31 octobre 2006); 20 jours pour un magasinier ayant unilatéralement modifié ses horaires de travail, rompant ainsi le lien de confiance avec son employeur (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 127/00 du 20 décembre 2000); 25 jours dans le cas d'un chômeur placé dans une commune, ne s'impliquant pas dans son travail et dont l'attitude avec ses supérieurs laisse à désirer (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 307/02 du 27 janvier 2004); 25 jours pour une employée de chenil ayant fait acquérir un chiot pour son compte par un tiers au mépris des instructions de son employeur (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 58/06 du 31 mai 2006); 25 jours pour un employé qui manque de motivation, ne réalise pas les objectifs qui lui sont fixés et s'arroge des pauses non autorisées malgré plusieurs discussions avec son employeur sur la nécessité de s'améliorer (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 281/06 du 9 octobre 2007); sanction réduite par le Tribunal fédéral de 32 à 16 jours pour un employé qui ne prête pas suffisamment d'attention aux directives de son employeur en matière de suivi administratif du travail (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 277/06 du 3 avril 2007); suspension réduite à 16 jours pour un employé qui malgré un avertissement déploie une activité privée pendant son temps de travail au moyen de l'infrastructure de l'employeur (arrêt du Tribunal fédéral 8C_497/2011 du 4 avril 2012); suspension réduite de 44 à 31 jours pour une employée dont le travail donnait satisfaction mais qui a eu une dispute violente avec une collègue (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 185/05 du 20 octobre 2005); 38 jours pour un travailleur qui n'a pas averti son employeur du fait qu'il ne pourrait se rendre au travail (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 2/06 du 4 mai 2006); 45 jours pour un employé qui n'a pas annoncé une absence, alors que son manque de ponctualité, de communication et des problèmes d'alcool avaient déjà fait l'objet d'avertissements de son employeur (arrêt du Tribunal fédéral 8C_606/2010 du 20 août 2010); 36 jours pour un employé aux retards répétés au travail (arrêt du Tribunal fédéral 8C_649/2009 du 30 octobre 2009); suspension réduite à 16 jours pour un employé n'ayant pas respecté les directives de son employeur sur l'utilisation des outils informatiques (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 354/05 du 10 janvier 2007); 46 jours pour un assuré ayant subi un retrait de permis en raison de conduite en état d'ébriété alors que le permis était indispensable à l'exécution de son travail (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 121/00 du 20 juillet 2000); 31 jours pour une altercation après plusieurs mois de conflit entre une employée et sa collègue (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 38/03 du 6 mai 2003); 31 jours pour une arrivée tardive après deux avertissements (arrêt du Tribunal fédéral des assurances

C 84/06 du 4 septembre 2006) ; sanction réduite à 45 jours pour un employé ayant détourné des cartes concours remplies par son entreprise pour les faire valoir lui-même, obtenant ainsi 13 plaques de chocolat et privant son employeur du remboursement des frais d'affranchissement à hauteur de CHF 7.-, détruisant ainsi la relation de confiance, ce qui justifiait un licenciement avec effet immédiat (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 189/06 du 16 novembre 2006).

8. La quotité de la suspension du droit à l'indemnité de chômage dans un cas concret constitue une question relevant du pouvoir d'appréciation (arrêt du Tribunal fédéral 8C_577/2011 du 31 août 2012 consid. 3.2.2). Le juge ne s'écarte de l'appréciation de l'administration que s'il existe de solides raisons (ATF 123 V 150 consid. 2).

L'art. 61 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative (LPA – E 5 10) dispose que le recours peut être formé pour violation du droit y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation. Il y a abus du pouvoir d'appréciation lorsque l'autorité, tout en restant dans les limites du pouvoir d'appréciation qui est le sien, se fonde sur des considérations qui manquent de pertinence et sont étrangères au but visé par les dispositions légales applicables, ou viole des principes généraux du droit tels que l'interdiction de l'arbitraire et de l'inégalité de traitement, le principe de la bonne foi et le principe de la proportionnalité. Commet un excès positif de son pouvoir d'appréciation, l'autorité qui exerce son appréciation alors que la loi l'exclut, ou qui, au lieu de choisir entre les deux solutions possibles, en adopte une troisième. Il y a également excès du pouvoir d'appréciation dans le cas où l'excès de pouvoir est négatif, soit lorsque l'autorité considère qu'elle est liée, alors que la loi l'autorise à statuer selon son appréciation, ou qu'elle renonce d'emblée en tout ou partie à exercer son pouvoir d'appréciation (arrêt du Tribunal fédéral 8C_33/2012 du 26 juin 2012 consid. 2).

9. Une suspension du droit à l'indemnité ne peut 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 242 consid. 1).

En vertu du principe inquisitoire, il appartient avant tout à la caisse – et au juge en cas de recours – de déterminer les motifs qui ont conduit à la résiliation du contrat de travail (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 380/00 du 26 avril 2001 consid. 2d).

10. En l'espèce, la recourante ne conteste plus qu'elle n'a pas traité certains chèques, mais se prévaut du fait que son employeur ne l'a pas licenciée avec effet immédiat, ce qui démontrerait selon elle qu'il ne s'agissait pas d'une faute grave. Or, comme cela ressort de la doctrine et de la jurisprudence citées, il n'y a pas de corrélation entre l'existence de justes motifs de renvoi immédiat au sens du droit du travail et la notion de faute grave selon l'assurance-chômage.

La recourante allègue également qu'elle n'a pu accomplir l'intégralité de ses tâches en raison de sa surcharge de travail. La question de savoir s'il s'agirait là d'une circonstance justifiant de renoncer à une sanction peut cependant rester ouverte. Il faut rappeler qu'en vertu de son obligation de fidélité, le travailleur est tenu de sauvegarder les intérêts légitimes de son employeur (art. 321a al. 1 CO) et, par conséquent, de s'abstenir de tout ce qui peut lui nuire. L'employeur a un intérêt tout particulier à pouvoir se fier à la rectitude absolue du travailleur lorsque ce dernier exerce une fonction à responsabilités où il devrait être à même d'agir seul sans le contrôle de son employeur et sans exposer celui-ci à un dommage (ATF 124 III 25 consid. 3a). Ainsi, si la recourante n'était pas en mesure de s'acquitter de tous les travaux qui lui étaient confiés, il lui appartenait conformément à son devoir de fidélité d'en aviser son employeur afin qu'il puisse prendre les dispositions nécessaires pour éviter tout dommage. Or, malgré les allégations de la recourante, il n'est pas démontré qu'elle se soit plainte de ne pouvoir exécuter son travail auprès de ses supérieurs. Le courriel adressé à son employeur en date du 24 mars 2013 semble au contraire révéler qu'elle ne s'est pas ouverte à son supérieur des problèmes rencontrés, puisqu'elle indique que « tout cela ne serait pas arrivé » si elle avait eu le courage de venir le voir. On relèvera de surcroît que selon le compte-rendu établi le 11 décembre 2013 par son employeur, les chèques non encaissés étaient éparpillés à divers endroits, notamment dans un sac contenant les effets personnels de la recourante. Cet élément concourt à démontrer sa négligence. En effet, si un surcroît de travail était en cause, il est vraisemblable que la recourante aurait rassemblé tous les chèques en un seul endroit en attendant de pouvoir s'en occuper, et il était d'ailleurs raisonnablement exigible qu'elle les range en un emplacement idoine. Le fait qu'elle les ait disséminés en plusieurs endroits, notamment parmi ses effets personnels, ce qui accroissait le risque de les égarer et d'oublier de les traiter, relève en soi d'une mauvaise exécution du travail.

De plus, l'employeur a fait état de fausses écritures passées par la recourante pour couvrir ses manquements, ce qu'elle conteste. C'est ici le lieu de rappeler que le juge des assurances sociales 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 353 consid. 5b; ATF 125 V 193 consid. 2). Le grief concernant les fausses écritures ressort clairement du compte-rendu du 11 décembre 2013 de son employeur. La Cour de céans retient que l'employeur n'avait aucun motif de travestir la vérité sur ce point, dès lors qu'il avait renoncé à licencier la recourante avec effet immédiat et n'avait donc pas à invoquer de justes motifs. Il y a donc lieu d'admettre au degré de la vraisemblance prépondérante que l'on peut reprocher des irrégularités comptables à la recourante. Or, la confiance nécessaire au maintien des relations contractuelles est réduite à néant si le travailleur crée, aux

fins de tromper l'employeur, des pièces destinées à la comptabilité et ne correspondant pas à la réalité (ATF 101 Ia 545 consid. 2c).

Eu égard à ces éléments, on ne peut contester que le comportement de la recourante était de nature à détruire les rapports de confiance indispensables à la poursuite du contrat de travail, ce qui constitue une faute grave au sens de la jurisprudence citée. Quant à sa quotité, si l'on tient compte du fait que la sanction en cas de faute grave doit être fixée en partant de la valeur moyenne de la fourchette, soit 45 jours, la suspension prononcée en l'espèce ne prête pas flanc à la critique. Elle est en-deçà de la valeur moyenne de 45 jours et se situe ainsi dans la moyenne inférieure de la faute grave. Eu égard aux manquements reprochés à la recourante, une sanction de 38 jours ne paraît nullement disproportionnée, de sorte que la Cour de céans ne peut que la confirmer.

Il est vrai que l'intimée ne s'est pas fondée expressément sur les falsifications comptables reprochées par l'employeur à la recourante pour établir sa sanction, et qu'elle paraissait d'ailleurs ignorer leur existence. Cependant, l'autorité de recours examine librement l'existence et la qualification juridique d'un motif de suspension et peut par conséquent confirmer une sanction en ce qui concerne le nombre de jours de suspension en substituant les motifs (Boris RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, n. 18 ad art. 30). La Cour de céans est dès lors fondée à confirmer la sanction par substitution de motifs ou en complétant ceux sur lesquels s'est fondée l'intimée. De jurisprudence constante, si le juge cantonal entend confirmer une décision pour un motif substitué, il doit donner à l'assuré la possibilité de s'exprimer, sous peine de violer son droit d'être entendu garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution (Cst ; RS 101) (ATF 125 V 368 consid. 4a ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_384/2010 du 15 mars 2011 consid. 5.2). En l'espèce, la Cour de céans a donné à la recourante la possibilité de se prononcer sur les documents produits par son employeur, de sorte que cette garantie procédurale a été respectée.

11. Compte tenu de ces éléments, le recours sera rejeté.

La recourante, qui succombe, n'a pas droit à des dépens (art. 61 let. g LPGA).

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

**PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :**

Statuant

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 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

Isabelle CASTILLO

Juliana BALDÉ

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