RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4527/2005 **ATAS/452/2006**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 2

du 16 mai 2005

En la cause

Monsieur C_____ recourant

contre

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

Siégeant : Madame Isabelle DUBOIS , Présidente, Mesdames Juliana BALDE et Karine STECK, Juges

EN FAIT

1. Monsieur C_____ (ci-après le recourant) s'est inscrit auprès de la CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHOMAGE (ci-après la caisse) et un délai cadre a été ouvert en sa faveur du 1er juillet 2005 au 30 juin 2007.

2. Il ressort de la demande d'indemnités de chômage que le recourant a travaillé en qualité de sableur pour l'entreprise X_____, du 1er mai 2000 au 30 juillet 2005, date à laquelle le contrat a pris fin du fait de l'employeur. Sous la rubrique «motifs de la résiliation » le recourant a indiqué «incompatibilité d'humeur».

3. Selon la note d'entretien téléphonique avec l'employeur des 28 juillet et 25 août 2005 figurant au dossier, le recourant ne respectait pas les règles de l'entreprise, avait de nombreuses absences injustifiées et arrivées tardives. Il se comportait de façon agressive et mentait sur les motifs de ses absences et arrivées tardives. Plusieurs avertissements oraux ou écrits lui avaient été adressés préalablement au congé.

4. Par décision du 26 août 2005, la caisse a suspendu le droit à l'indemnité du recourant à raison de 38 jours, au motif que le recourant était responsable de son chômage.

5. Suite à l'opposition du recourant, la caisse a déclaré « annuler » sa décision, le 2 décembre 2005, la remplaçant par une suspension du droit à l'indemnité de 31 jours. La caisse relevait que la plupart des absences avaient été justifiées par des certificats médicaux, et que l'une d'elle s'expliquait par l'ensevelissement du père de l'assuré à l'étranger, de sorte qu'il n'était que partiellement responsable de son chômage. S'agissant d'une décision sur opposition, le recours au Tribunal de céans était mentionné dans les voies de droit.

6. Dans son recours du 20 décembre 2005, le recourant demande l'annulation de la décision litigieuse. Il conteste avoir été responsable de la perte de son emploi. Il a effectivement eu des absences, mais il en avait à chaque reprise informé son employeur. Il ne va pas systématiquement chez le médecin, surtout lorsqu'il connaît le motif de sa maladie. Or il souffre d'allergie professionnelle, d'ailleurs annoncée à la SUVA.

7. Dans sa réponse du 31 janvier 2006, la caisse conclut au rejet du recours. Elle relève avoir déjà tenu compte des arguments du recourant en diminuant la durée de la suspension dans le cadre de l'opposition. En outre, les absences répétées ne sont pas l'unique motif de la résiliation. S'y ajoute l'attitude agressive du recourant qui n'était plus supportable à l'employeur. Enfin, plusieurs avertissements lui avaient été adressés.

8. Par courrier du 7 février 2006, le Tribunal de céans s'est adressé au Dr L_____, médecin traitant de l'intéressé, aux fins de connaître les dates de

consultation du recourant en raison des pharyngites/laryngites à répétition dont il souffre. Selon la réponse de ce praticien, du 14 février 2006, le recourant l'a consulté en raison des problèmes d'allergie les 17 novembre 2004, 22 novembre 2004 et 24 février 2005. Par ailleurs, il l'a consulté également pour cause d'accident les 23 septembre, 29 septembre, 3 octobre, 7 octobre, 10 octobre, 24 octobre 2003.

9. Le Tribunal a ordonné la comparution personnelle des parties, qui s'est tenue en date du 7 mars 2006. Le recourant a expliqué qu'il n'avait jamais été malade plus d'un jour sans certificat médical. Il avait discuté avec son patron de son problème d'allergie chronique aux voies respiratoires et ils avaient convenu ensemble de résilier le contrat pour son échéance. Son patron avait été surpris de la lourde suspension qui lui avait été infligée. Il a admis s'être disputé à une reprise avec son patron, à l'occasion de son départ en vacances. Il ne se souvenait pas qu'un tiers ait participé à l'entretien de licenciement. Par ailleurs, le représentant de la caisse a indiqué que l'affection médicale du recourant ne lui était pas connue au moment de l'examen du dossier. Il a relevé que le recourant avait lui-même parlé d'incompatibilité d'humeur, dans sa demande d'indemnités. À l'issue de l'audience, il a été décidé de procéder à l'audition en qualité de témoin de Monsieur EINCHENBERGER, directeur de l'entreprise X_____.

10. L'audition du témoin a eu lieu en date du 4 avril 2006. Il a déclaré ce qui suit :

    «Lorsque j'ai licencié Monsieur C_____ je l'ai fait en présence de mon chef d'atelier, M. B_____, je lui ai transmis sa lettre de congé, il l'a signée de même que le témoin; il l'a pris relativement bien comme s'il s'y attendait; Monsieur B_____ a contresigné ce document comme témoin de la remise du congé et par sécurité. Les raisons de ce congé sont une accumulation d'insatisfactions de ma part, d'une part de nombreuses absences non justifiées, d'autre part, son comportement général vis-à-vis de ses collègues ou des clients ainsi que de moi-même. Il faisait par ailleurs beaucoup de téléphones dans son pays notamment, il profitait de mes absences. Il était assez impulsif, c'est vrai en revanche qu'il faisait bien son travail. J'aurais pu même le licencier avec effet immédiat mais j'ai préféré lui donner le délai légal de congé - il n'est pas certain que les conditions d'un congé immédiat aient été remplies, vu l'échelonnement des absences- et le dispenser de travailler dès le lendemain du congé.

    J'ignorais que le recourant souffrait d'allergies aux voies respiratoires liées à son travail et que la SUVA était au courant mais l'avait déclaré apte au travail.

    Vous me soumettez un tableau (pièce 13 défenderesse), c'est moi qui l'ai rempli. Il représente les absences régulières de Monsieur C_____. J'explique que lorsque j'ai mis des points d'interrogation c'est parce que j'avais des doutes sur le motif de l'absence, "pat. vacances" indique que j'étais en vacances et qu'à ce moment Monsieur C_____ a manqué. Dans la colonne "malade 1 jour" j'indique en fait le nombre d'heures retenues. Nous déduisions de son salaire les absences non justifiées, ainsi que les heures d'absence prises sur les heures de travail. Il est possible que nous ayons également déduit les jours de maladie non justifiés.

J'explique qu'après avoir reçu la sanction du chômage, le recourant est venu me voir très énervé avec un tiers pour m'expliquer ce qu'il lui arrivait; je ne savais pas qu'il y avait sanction en cas de licenciement. Je lui ai alors proposé de lui verser une indemnité de compensation de 1'250 fr., ce qu'il a accepté selon pièce que je produis ce jour. »

À l'issue de l'audience et vu les explications fournies par le témoin, le représentant de la caisse a sollicité un délai pour se déterminer. Ainsi, un délai au 30 avril 2006 a été accordé aux parties pour écritures après enquêtes.

11. Par courrier du 6 avril 2006, la caisse a indiqué ne pas pouvoir revenir sur le nombre de jours de suspension, même « s'il s'avère qu'une transaction serait de fait pertinente », au motif que le SECO s'oppose aux transactions judiciaires.

12. Ce courrier a été transmis au recourant le 11 avril 2006. Celui-ci n'ayant pas fait d'écritures dans le délai qui lui était accordé au 30 avril 2006, les parties ont été informées, par pli du 8 mai 2006, que la cause était 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'article 56 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. La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA) est entrée en vigueur le 1er janvier 2003, entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine des assurances sociales. Sur le plan matériel, le point de savoir quel droit s'applique doit être tranché à la lumière du principe selon lequel les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 130 V 230 consid. 1.1; 335 consid. 1.2; ATF 129 V 4 consid. 1.2; ATF 127 V 467 consid. 1, 126 V 136 consid. 4b et les références). Les règles de procédure quant à elles s'appliquent sans

réserve dès le jour de son entrée en vigueur (ATF 117 V 93 consid. 6b, 112 V 360 consid. 4a; RAMA 1998 KV 37 p. 316 consid. 3b). La LPGA s'applique donc au cas d'espèce.

4. Interjeté dans les forme et délai prévus par la loi, le présent recours est recevable (art. 56 à 60 LPGA).

5. Le litige porte sur la sanction qui a été infligée par la caisse au recourant, d'une durée de 31 jours pour faute grave.

6. L'article 30 LACI prévoit que le droit à l'indemnité est suspendu lorsqu'il est établi que l'assuré est sans travail par sa propre faute (art. 30, al. 1, let a LACI).

   L'ordonnance (ci-après OACI) prévoit 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 (art. 44, al. 1, let. a OACI)

   La suspension prend effet à partir du 1er jour qui suit la cessation du rapport de travail lorsque l'assuré est devenu chômeur par sa propre faute. La durée de la suspension est de 1 à 15 jours en cas de faute légère, 16 à 30 jours en cas de faute de gravité moyenne, 31 à 60 jours en cas de faute grave (art. 45, al. 1 et 2 OACI).

   Selon le Secrétariat d'Etat à l'économie (ci-après SECO), il doit y avoir un lien de causalité adéquat entre le motif de licenciement, c'est-à-dire le comportement fautif de l'assuré, et le chômage. 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. Le comportement fautif de l'assuré ayant donné à son employeur un motif de résiliation du contrat de travail doit être clairement établi (cf. circulaire sur l'indemnité de chômage du SECO, janvier 2003, D 14 à D18).

   Dans la fixation de la durée de la suspension du droit à l'indemnité, l'administration, et le juge s'il est saisi d'un recours, dispose dans ce domaine d'un large pouvoir d'appréciation (cf. ATF 123 V page 151-152 et les références).

7. S'agissant d'un contrat résilié par l'employeur pour faute de l'employé, c'est la gravité de cette faute qui fondera le barème de la suspension. C'est ainsi que le Tribunal fédéral des assurances a par exemple considéré qu'un employé qui prend ses vacances en dehors du planning fixé par l'employeur et contre la volonté de celui-ci, et qui voit son contrat résilié pour ce motif, commet en principe une faute grave. Cependant, dans ce cas, le TFA avait considéré que l'employeur, n'ayant pas fait de proposition de date de vacances à son employé que celui-ci n'aurait pas respecté, la faute pouvait être qualifiée de moyenne par l'autorité inférieure (cf ATFA C 373/99 du 19 avril 2000), de même dans un arrêt concernant un employé licencié en raison de son comportement, que l'administration avait qualifié de faute

grave, le TFA a confirmé que l'autorité inférieure avait ramené cette faute à une faute de gravité moyenne à juste titre. Le TFA a rappelé qu'en cas de différent entre employé et employeur, les seules affirmations de ce dernier ne sont pas suffisantes pour établir une faute contestée par l'assuré et non confirmée par d'autres preuves ou indices aptes à convaincre l'administration ou le juge (cf. ATFA C 253/99 du 16 février 2000). Enfin, dans un ATFA C 362/00 du 12 janvier 2001, le Tribunal fédéra 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 eu l'occasion de ramener la 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).

8. Au vu de la jurisprudence susmentionnée, il convient de qualifier la faute du recourant de moyenne. La suspension sera donc située entre 16 et 31 jours. La durée de la suspension 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 (ATAS 583/2005).

   En l'espèce, le congé était justifié, selon l'employeur, d'une part en raison des absences injustifiées du recourant, d'autre part en raison de son comportement général. On peut retenir avec une vraisemblance prépondérante que le comportement du recourant a été, en raison d'une accumulation d'éléments, de nature à provoquer le licenciement par l'employeur. En particulier, il ressort du dossier que les explications du recourant n'étaient pas toujours claires, voire contradictoires.

   Il faut cependant constater que les avertissements avaient trait principalement aux absences du recourant. Or ce dernier a démontré qu'à plusieurs reprises il a dû effectivement se rendre chez son médecin, et qu'il souffre d'une allergie professionnelle qui lui cause des pharyngites/laryngites à répétition, ce que l'employeur ignorait alors même que figure au dossier un rapport de la SUVA à ce sujet. Il ressort par ailleurs du tableau d'absences produit par l'employeur que les arrivées tardives du recourant était de peu d'importance. Par conséquent, il y a lieu de ramener la suspension à 20 jours.

9. À noter que les instructions du SECO à l'intention des caisses, selon lesquelles des transactions judiciaires ne seraient pas possibles, sont regrettables, cela d'autant plus que la transaction judiciaire est prévue tant par la LPGA (article 50 al. 3) que

par la loi de procédure administrative cantonale (article 56W LOJ), et que le recours à un effet dévolutif complet.

***

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 août et de décembre 2005.

3. Fixe la durée de la suspension du droit à l'indemnité à 20 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 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).

Le greffier	La Présidente :
Pierre RIES	Isabelle DUBOIS

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