RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

**A/461/2005** **ATAS/583/2005**

# ARRET

# DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

## 3ème Chambre

## du 30 juin 2005

En la cause

**Monsieur A_____**, domicilié à CAROUGE 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 Doris WANGELER, juges.**

## EN FAIT

1. Monsieur A_____ a été engagé le 1er avril 2003 par la société Y_____ SUISSE SA en qualité de garçon d'office.

2. Les 18 février, 14 avril et 10 mai 2004, l'assuré a fait l'objet de trois avertissements écrits de son employeur, lequel lui a reproché ses retards incessants, qualifiés d'inacceptables. Le dernier avertissement annonçait qu'il serait suivi d'un licenciement si l'intéressé ne modifiait pas son comportement.

3. Le 27 mai 2004, l'intéressé a été licencié avec effet au 30 juin 2004.

4. S'étant annoncé auprès de l'Office cantonal de l'emploi (ci-après OCE), il a bénéficié d'un nouveau délai-cadre d'indemnisation dès le 1er juillet 2004.

5. Interrogé sur les motifs du licenciement, l'employeur a indiqué à l'OCE, par courrier du 21 septembre 2004, que l'assuré avait fait l'objet de trois avertissements écrits qui n'avaient pas été suivis d'effet.

6. Quant à l'assuré, il a admis qu'il arrivait souvent en retard. Il a expliqué que son travail commençait à six heures du matin et qu'il lui arrivait de ne pas réussir à se réveiller.

7. Par décision du 28 septembre 2004, l'OCE a prononcé une suspension du droit à l'indemnité de 38 jours au motif que l'assuré avait donné à son employeur un motif de résiliation.

8. Le 1er octobre 2004, l'assuré a formé opposition à cette décision. Il a fait valoir qu'une suspension de 38 jours était disproportionnée, qu'il travaillait également le soir, ce qui expliquait qu'il était très fatigué et qu'il avait des difficultés à se lever.

9. Le 28 janvier 2005, l'OCE a rendu une décision sur opposition admettant partiellement cette dernière. Au vu des éléments du dossier, notamment de la jurisprudence du TFA, l'OCE a accepté de ramener la suspension à 31 jours afin de respecter le principe de la proportionnalité. Il a néanmoins relevé que de nombreuses arrivées tardives constituaient selon la jurisprudence un comportement fautif grave, ce d'autant que la ponctualité revêt une importance particulière dans la restauration où l'employeur doit pouvoir compter sur l'ensemble de son personnel.

10. Par courrier du 21 février 2005, l'assuré a interjeté recours. Il admet avoir commis une faute mais relève que le total de ses retards s'élève à une heure (15mn, 30mn et 15mn) et estime que la sanction qui lui est infligée est donc disproportionnée. Il explique avoir également travaillé en tant que nettoyeur le soir, si bien qu'il avait

de la peine à se réveiller aussi tôt. Il conclut à l'annulation ou à la diminution de la suspension.

11. Invitée à se prononcer, l'intimée, dans sa réponse du 19 avril 2005, a proposé le rejet du recours. Il a été rappelé que la sanction de 38 jours avait été ramenée à 31 jours, soit le minimum prévu en cas de faute grave.

12. Dans un courrier du 11 mai 2005, le recourant a fait valoir que la suspension qui lui est infligée correspond à 1080 heures de pénalisation alors que son arrivée tardive n'était que d'une heure. Il explique par ailleurs que son épouse est sans travail depuis deux ans et en attente d'une décision de prestations de l'assurance invalidité, et que la famille (ils ont un enfant de quatre ans) n'a donc que son salaire pour subsister. Il s'en remet à justice.

## 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 sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (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 31 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 l'activité temporaire (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).

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.

   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).

7. En l'espèce, les faits ne sont pas contestés par le recourant si bien qu'il apparaît qu'il a fourni des motifs objectifs de résiliation à son employeur et qu'une faute peut donc lui être reprochée. Reste à la qualifier et à déterminer la durée de la suspension qui doit être infligée.

8. 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, par exemple quant à la certitude d'obtenir un nouvel emploi lorsque les rapports de travail ont été résiliés d'un commun accord.

9. En l'occurrence et considérant d'ailleurs la jurisprudence à laquelle se réfère l'autorité intimée, soit 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 moyenne. Certes, son employeur a dû l'avertir à trois reprises avant de se résoudre à le licencier et l'on peut estimer que l'assuré aurait pu changer son comportement. Cependant, 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. Ce comportement a été réitéré sur une très courte période. Dès lors, et quand bien même la ponctualité revêt une importance particulière dans la restauration où l'employeur doit pouvoir compter sur l'ensemble de son personnel, il convient de tenir compte en l'occurrence du fait que les retards de l'assuré ont été de bien moindre importance et qu'ils se sont égrainés sur plusieurs mois. La faute du recourant sera donc qualifiée de moyenne, en l'occurrence.

10. S'agissant de la durée de la suspension et pour tenir compte notamment de la situation financière et familiale difficile de l'assuré, le Tribunal de céans est d'avis qu'il se justifie de réduire la suspension du droit à vingt jours.

11. Dans cette mesure, 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 ;

3. Annule les décisions du 28 septembre 2004 et du 28 janvier 2005 ;

4. Prononce la suspension du droit à l'indemnité de Monsieur A_____ durant vingt 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