RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/600/2004 **ATAS/555/2004**

ARRÊT

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

du 13 juillet 2004

1ère Chambre

En la cause

Monsieur F_____, recourant

contre

ACG-ASSOCIATION DES COMMIS DE GENEVE intimée
domiciliée rue du Perron 10 à Genève

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

EN FAIT

1. Monsieur F_____ a été engagé par la société X_____ en qualité de chef d'agence et agent de réservation depuis le 12 septembre 2001. Par courrier du 27 février 2003, il a informé son employeur qu'il entendait résilier leurs rapports de travail avec effet au 30 avril 2003, au motif principalement qu'une augmentation de salaire lui avait été refusée, augmentation lui paraissant au demeurant entièrement méritée. Il rappelle avoir accompli de nombreuses heures supplémentaires, sans pour autant prétendre à un dédommagement. Il reproche par ailleurs à son employeur de ne lui avoir versé ni gratification ni treizième salaire notamment.

   L'intéressé a déposé le 10 avril 2003, une demande auprès de la caisse de l'Association des commis de Genève (ci-après la Caisse) visant à l'octroi d'indemnités de chômage. Il précise que le motif de la résiliation de son contrat de travail est la restructuration de la société et qu'un litige est pendant aux Prud'hommes.

2. Par décision du 7 juillet 2003, la Caisse a informé l'assuré qu'il était suspendu dans l'exercice de son droit à l'indemnité de chômage durant trente et un jours.

3. Le 24 juillet 2003, celui-ci, représenté par l'Association Suisse des Assurés (ci-après ASSUAS), a contesté ladite décision. Il allègue que le comportement de son employeur, ne respectant aucune des clauses du contrat d'engagement, l'a contraint à saisir le Tribunal des Prud'hommes. Il se plaint de ce que nonobstant les avertissements réitérés auprès de son employeur, le climat de travail s'est péjoré de telle sorte qu'il « peut être quasiment qualifié de mobbing ».

4. Par décision sur opposition du 18 février 2004, la Caisse considère que l'assuré a démissionné principalement en raison du refus de son employeur de lui accorder une augmentation, relève que ce n'est qu'après sa démission, soit le 8 septembre 2003, qu'il a déposé une demande auprès de la juridiction des Prud'hommes relative au paiement de 462 fr. 20, représentant le solde de vacances et de 14'040 fr. représentant les heures supplémentaires effectuées, et rappelle enfin qu'au cours de l'audience qui s'est tenue devant le Tribunal des Prud'hommes le 12 janvier 2004, les parties sont arrivées à un accord, soit 2'286 fr. net pour les frais de déplacement et 5'500 fr. brut pour les heures supplémentaires et le solde des jours de compensation. Ayant constaté que la durée hebdomadaire de travail était de quarante heures, que le nombre d'heures supplémentaires par semaine calculé sur la base de l'accord conclu au Tribunal s'élevait à cinq heures, la Caisse en a conclu que « nous sommes en-dessous de la durée maximale de travail

hebdomadaire conforme à la loi sur le travail ». Dès lors, bien que l'assuré ait démissionné en raison du refus de l'employeur de lui augmenter le salaire, elle a jugé que les dispositions contractuelles relatives à ce point étaient respectées. Quant au climat de travail pouvant « quasiment être qualifié de mobbing », tel qu'il est décrit dans l'opposition, il n'est attesté par aucun certificat médical. La Caisse a ainsi confirmé la décision de suspension de trente et un jours.

5. L'intéressé a interjeté recours le 22 mars contre ladite décision sur opposition.

6. Entendu le 29 juin 2004, il a déclaré avoir « démissionné pour diverses raisons accumulées (heures supplémentaires, salaire non versé à temps, etc. ». Il a précisé avoir subi d'énormes pressions, sans pour autant que l'on puisse réellement qualifier la situation de mobbing. Il a à cet égard confirmé n'avoir pas connu de problème de santé en particulier, mais « s'être senti beaucoup mieux après avoir donné sa démission ». Il a ajouté n'avoir pas cherché de travail avant d'écrire sa lettre de démission persuadé qu'il trouverait un nouvel emploi très rapidement vu ses qualifications.

EN DROIT

1. a) 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 (art. 1 let. r LOJ).

Dans un arrêt du 30 mars 2004, cependant, le Tribunal administratif (ci-après TA) a constaté d'office la nullité de l'art. 1 let. r LOJ, considérant que le TCAS avait été créé en violation de l'art. 131 de la Constitution genevoise - Cst GE -.

b) Force est de constater que cette conclusion ne saurait lier le Tribunal de céans, aux motifs suivants :

- elle ne figure pas dans le dispositif de l'arrêt. Or, seul le dispositif d'un jugement peut acquérir l'autorité de la chose jugée, et non ses motifs. L'autorité de la chose jugée ne s'étend à ceux-ci que dans la mesure où le dispositif y renvoie expressément et où ils se rapportent à la question litigieuse (ATF 96 I 295 ; Knapp, Précis de droit administratif, 4ème édition, 1991, p. 248 ss ; Habscheid, droit judiciaire privé suisse, 1981 p. 313 et ss.).

- l'autorité de la chose jugée ne vaut quoi qu'il en soit que pour les moyens que le tribunal pouvait examiner (cf. Knapp, op. cit. p. 251). Or, il apparaît en l'espèce douteux que le TA devait, et même pouvait, à l'occasion d'un recours interjeté pour violation des droits politiques contre un arrêté du Conseil d'Etat fixant la date de l'élection des juges assesseurs au TCAS, contrôler la constitutionnalité de la loi instituant cette juridiction.

- une loi inconstitutionnelle ne saurait être déclarée nulle. Seul, l'acte pris en application de celle-ci est annulable (cf. Jean-François Aubert, Bundesstaatsrecht der Schweiz, vol. I, 1991, p. 178, note 430). Il convient au surplus de relever qu'un tribunal se doit en règle générale d'agir avec retenue, plus particulièrement lorsque les conséquences de l'annulation bouleverseraient tout un régime juridique (ATF 112 Ia 313). Tel est manifestement le cas ici, dès lors que le considérant topique de l'arrêt du TA revient à nier l'existence d'une juridiction qui fonctionne depuis le 1er août 2003 déjà, et dont les juges titulaires, ainsi que les juges suppléants, ont été régulièrement élus.

c) Le TCAS examine d'office sa compétence ; vu l'arrêt du TA du 30 mars 2004 niant jusqu'à son existence, il a également à vérifier la conformité à l'art. 131 Cst GE de la loi l'instituant.

Le TCAS est une juridiction administrative spéciale, en ce sens qu'elle traite du domaine particulier des assurances sociales. Il y a lieu de rappeler que selon l'art. 57 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales -LPGA-, entrée en vigueur le 1er janvier 2003, chaque canton institue un tribunal des assurances, qui statue en instance unique sur les recours dans le domaine des assurances sociales. Cette disposition légale fédérale oblige les cantons à regrouper tout le contentieux des assurances sociales sous le même toit, contentieux jusque là réparti à Genève entre diverses commissions cantonales de recours et le TA. C'est ainsi pour répondre à l'exigence posée par la loi fédérale que le législateur genevois a créé le TCAS.

Selon l'art. 131 al. 1 Cst GE, « La loi établit des tribunaux permanents pour juger toutes les causes civiles et pénales ; elle en règle le nombre, l'organisation, la juridiction et la compétence ». Lors de la création du TA en 1971, la disposition constitutionnelle a été complétée par un alinéa 2, libellé comme suit : «Un tribunal administratif est institué pour statuer sur les recours de droit administratif dans les cas où la loi le prévoit ».

La Constitution s'interprète selon les mêmes principes que les lois ordinaires. Les règles d'interprétation permettant au juge de dégager le sens d'une disposition sont connues : ce dernier peut recourir à une interprétation littérale, historique,

téléologique ou systématique de la norme. Le juge devra partir prioritairement du texte clair de la loi. Le TA, dans son arrêt du 30 mars 2004, a considéré que le texte de l'art. 131 al. 2 Cst GE ne laissait pas de place pour d'autres tribunaux statuant sur les recours de droit administratif ; il a interprété « un tribunal » comme signifiant « un seul tribunal ». Or, l'art. 131 al. 2 Cst GE précise que ce tribunal administratif est institué « dans les cas où la loi le prévoit ». C'est dire que nécessairement le reste du contentieux administratif relève d'autres juridictions. Ainsi l'interprétation littérale permet à elle seule de conclure que le terme « un » doit être qualifié, grammaticalement, d'article indéterminé.

Une telle analyse est du reste confirmée par les interprétations historique et téléologique. Il résulte des travaux préparatoires (Mémorial du Grand Conseil – MGC - 1970, p. 554 ss.) que le législateur en 1970 entendait créer, aux côtés des juridictions civiles et pénales existantes prévues à l'art. 131 al. 1 Cst GE, un tribunal administratif indépendant du pouvoir exécutif. Ce tribunal était destiné à remplacer les autres autorités – Conseil d'Etat, commissions de recours, etc… qui avaient à connaître des recours contre les décisions des départements. Il n'était cependant pas question que ce remplacement soit général, raison pour laquelle ce tribunal s'était vu doté de compétences d'attribution. Il était évident que certaines commissions spéciales devaient subsister, notamment en raison de leur composition particulière (composition paritaire, experts…). Selon le Mémorial du Grand Conseil, p. 557, « dans le système envisagé, le TA, le Conseil d'Etat et les commissions spécialisées dont le maintien aura été décidé, constitueront autant de juridictions administratives distinctes et indépendantes, entre lesquelles se répartiront les compétences ».

Dès le 1er janvier 2000, le TA a été mis au bénéfice d'une clause générale de compétence. Il est ainsi devenu la juridiction administrative supérieure de droit commun (art. 56 A LOJ). A nouveau, le maintien des commissions de recours spéciales a été expressément réaffirmé (MGC 1997, p. 9430). La constitutionnalité de ces juridictions n'a de plus jamais été remise en cause, ni par le TF ni par le TFA. On ne voit pas dans ces conditions ce qui aurait empêché le législateur, quelques années plus tard, de confier la compétence en matière d'assurances sociales, jusque là dévolues à ces commissions de recours, à une juridiction administrative spéciale, le TCAS en l'occurrence.

Dès le 1er janvier 2000, le TA a été mis au bénéfice d'une clause générale de compétence. Il est ainsi devenu la juridiction administrative supérieure de droit commun (art. 56 A LOJ). A nouveau, le maintien des commissions de recours spéciales a été expressément réaffirmé (MGC 1997, p. 9430). La constitutionnalité de ces juridictions n'a de plus jamais été remise en cause, ni par le TF ni par le TFA. On ne voit pas dans ces conditions ce qui aurait empêché le législateur, quelques années plus tard, de confier la compétence en matière d'assurances sociales,

jusque là dévolues à ces commissions de recours, à une juridiction administrative spéciale, le TCAS en l'occurrence.

Si l'on devait suivre l'interprétation du TA dans son arrêt du 30 mars 2004, non seulement le TCAS, mais également toutes les autres commissions de recours spéciales, y compris celles rattachées au TA lui-même seraient inconstitutionnels. Tel n'a manifestement pas été le but visé par le législateur.

Au vu de ce qui précède, la création du TCAS en application de la LPGA est conforme à la Constitution genevoise.

L'élection des juges assesseurs ayant par ailleurs été annulée par le Tribunal fédéral, dans son arrêt du 27 janvier 2004, le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février 2004, une disposition transitoire permettant au TCAS de siéger sans assesseurs à trois juges titulaires, ce, dans l'attente de l'élection de nouveaux assesseurs.

2. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ ; E 2 05) a été modifiée et a institué, dès le 1er août 2003, un Tribunal cantonal des assurances sociales statuant, en instance unique, notamment sur les contestations relatives à la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (ci-après LACI) ainsi qu'à la loi cantonale en matière de chômage (cf. article 56V LOJ). La compétence du Tribunal de céans est ainsi établie pour juger du cas d'espèce.

3. Interjeté dans les délai et forme légaux, le recours est recevable (art. 56 et 60 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA – RS 830.1) et 49 al. 2 de la loi genevoise en matière de chômage (RSG J 2 20).

4. Conformément à l'art. 30 al. 1 let. a LACI, l'assuré est suspendu dans l'exercice de son droit à l'indemnité lorsqu'il est établi qu'il est sans travail par sa propre faute. Est notamment réputé tel l'assuré qui a résilié lui-même le contrat de travail, sans avoir été préalablement assuré d'obtenir un autre emploi, sauf s'il ne pouvait être exigé de lui qu'il conservât son ancien emploi (art. 44 al. 1 let. b de l'ordonnance sur l'assurance-chômage du 31 août 1983, ci-après OACI). Si l'assuré abandonne un emploi réputé convenable sans être assuré d'obtenir un nouvel emploi, il commet une faute grave au sens de l'art. 45 al. 3 OACI.

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 trente et un à soixante jours en cas de faute grave (art. 30 al. 3 LACI et art. 45 al. 2 let. a/b/c OACI).

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. 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 (Charles 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).

D'après la jurisprudence, l'impossibilité pour un assuré de conserver un emploi ne peut être admise en assurance-chômage que si des éléments solides établissent clairement que la continuation des rapports de travail était intolérable (DTA 1968 p. 47/ch. 15). En effet, les circonstances permettant d'admettre que l'on eût pu exiger de l'assuré qu'il conservât son ancien emploi doivent être appréciées de manière restrictive (DTA 1989 N° 7 p. 89).

La faute au sens du droit régissant l'assurance-chômage se distingue de la faute au sens du droit pénal par le fait que l'assuré ne doit pas forcément avoir un comportement répréhensible pour commettre une faute. Un assuré qui, pour des raisons honorables (par exemple abandon d'un emploi durable pour parfaire sa formation) provoque son chômage, agit en principe fautivement au sens de la LACI et s'expose de ce fait à une sanction (SECO, Circulaire IC 01.92/217).

Le but de l'art. 44 al. 1 let. b OACI, est d'éviter que des salariés ne donnent leur congé sans avoir assuré leur avenir et émargent ainsi abusivement à l'assurance-chômage. La réserve qu'elle comporte ne doit ainsi être retenue que de manière restrictive. Ce n'est dès lors que si la continuation de l'emploi met en péril la santé physique et psychique de l'assuré que ce dernier pourra être amené à donner son congé sans avoir de nouvel emploi en vue. En particulier, un rapport tendu avec des supérieurs ou des collègues de travail ne justifie pas l'abandon d'un emploi sans en avoir trouvé un autre (DTA 1986 p. 90/ch. 23 ; RJN 1998 311 ; RJJ 1997 213). En revanche, selon la jurisprudence cantonale, le fait de devoir rester fréquemment en dehors des heures habituelles de travail pour liquider certaines tâches sans être rémunéré au titre des heures supplémentaires et de devoir travailler dans un local de dimension restreinte, qui n'est pas muni de suffisamment de tables et de chaises, permet à un assuré de ne pas conserver un emploi, celui-ci ne pouvant être qualifié de convenable (déc. F. du 15 mars 2001 de la Commission cantonale de recours en matière d'assurance-chômage).

En l'espèce, la Caisse a considéré que la faute commise par le recourant était grave, ce qui justifiait une suspension de son droit à l'indemnité de trente et un jours.

5. Il s'agit ici de déterminer si l'emploi quitté était ou non convenable au sens de la jurisprudence.

6. L'assuré a très clairement expliqué toutes les raisons qui l'avaient poussé à démissionner.

Le Tribunal de céans comprend bien que l'accumulation de tous les motifs invoqués ait pu provoquer la décision de résilier le contrat de travail. La gravité des faits n'est cependant pas telle qu'on n'eût pu exiger de l'assuré qu'il conservât sa place de travail en attendant de retrouver un nouvel emploi. Aucun certificat médical n'est à cet égard produit ; l'assuré n'allègue du reste pas avoir souffert de problème de santé en raison notamment des pressions subies dans le cadre de son travail. On ne saurait dire dans le cas d'espèce que la continuation des rapports de travail était devenue intolérable. Le recourant a par ailleurs confirmé n'avoir pas véritablement cherché un nouvel emploi avant de donner sa démission.

Eu égard à la jurisprudence restrictive du Tribunal fédéral des assurances et compte tenu de toutes les circonstances du cas, force est de retenir une faute grave. Il se justifie dès lors de confirmer la décision de la Caisse qui a fixé la durée de la suspension du droit aux indemnités au minimum de trente et un jours.

* * *

PAR CES MOTIFS,

LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

conformément à la disposition transitoire de l'article 162 LOJ

A la forme :

1. Reçoit le recours.

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 par pli 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