RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/877/2006 **ATAS/529/2006**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 1

du 30 mai 2006

En la cause

Monsieur G_____, domicilié Vernier	recourant
contre	
CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHOMAGE, sise rue de Montbrillant 40, case postale 2293, 1211 GENEVE 2	intimé

Siégeant : Mme Doris WANGELER, Présidente,
Mmes Karine STECK et Valérie MONTANI, Juges

EN FAIT

1. Monsieur G_____ a déposé une demande d'indemnité auprès de la CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE CHOMAGE (ci-après la caisse) le 10 septembre 2004, de sorte qu'un délai-cadre d'indemnisation a été ouvert en sa faveur jusqu'au 9 septembre 2006.

2. L'intéressé a été engagé par la société en nom collectif X_____dans le cadre d'une allocation d'initiation au travail (ci-après AIT) du 1er avril au 30 septembre 2005.

   Par courrier du 10 juin 2005, l'employeur a notifié à l'intéressé son congé avec effet immédiat pour justes motifs, constatant que depuis le 26 mai, il n'avait toujours pas repris sa place de travail, "malgré les différents mails que nous avons pu vous adresser, et les rendez-vous fixés auxquels vous n'avez pas daigné venir sans vous excuser". L'employeur a confirmé au conseiller en personnel de l'intéressé que celui-ci n'avait commencé son activité que l'après-midi du 4 avril 2005, invoquant le fait qu'il devait régler des affaires personnelles le matin, qu'il avait été malade du 5 au 10 avril 2005, qu'il avait produit un certificat médical établi le 8 avril 2005, qu'il avait également été absent pour cause de maladie du 9 au 13 mai 2005 sans toutefois justifier ce congé par un certificat et ne s'était finalement plus présenté à son poste de travail depuis le 27 mai 2005

3. L'intéressé s'est réinscrit auprès de l'OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI (ci-après OCE) et a présenté une nouvelle demande d'indemnité dès le 10 juin 2005. Selon lui, l'employeur n'avait pas respecté les conditions de l'AIT, alors que lui-même s'était efforcé d'augmenter le chiffre d'affaires de la société.

4. Par décision du 21 septembre 2005, la caisse a prononcé une suspension du droit de l'intéressé à l'indemnité de 46 jours, au motif qu'il était sans travail par sa propre faute.

5. L'intéressé a formé réclamation le 27 septembre 2005, expliquant que son employeur n'avait jamais pris le temps de s'occuper de sa formation et ne l'invitait pas à participer à des visites d'usines qui lui auraient permis pourtant de mieux connaître les produits, que les conditions de travail, tant en ce qui concerne les locaux que le mobilier de bureau, étaient exécrables, qu'il avait dès lors pris la décision d'effectuer ses prises de rendez-vous depuis son domicile sans même demander un remboursement de ses frais téléphoniques, Natel, internet, etc.

6. Par décision du 10 février 2006, la caisse a rejeté la réclamation. Elle relève notamment que selon le dossier informatique Plasta, l'assuré a eu un entretien téléphonique avec son conseiller en personnel le 20 avril 2005 et lui a indiqué que son activité auprès de la société X_____ se déroulait sans problème.

7. L'intéressé a interjeté recours le 8 mars 2006 contre ladite décision sur opposition. Il répète que son employeur n'a pas respecté le contrat AIT, n'assurant sa formation sur aucun produit. Il se plaint des conditions dans lesquelles il devait travailler. Il explique que s'il a déclaré par téléphone que tout allait bien, c'est uniquement au motif qu'il ne voulait pas créer d'éventuelles tensions avec son employeur. Il reconnaît avoir eu tort de ne pas s'être présenté à un rendez-vous avec un fournisseur, mais affirme que son travail de prospection et d'acquisition de clientèle, était effectué à satisfaction. Il considère ainsi que la suspension de son droit à l'indemnité pour 46 jours est disproportionnée.

8. Dans sa réponse du 30 mars 2006, la caisse a conclu au rejet du recours.

9. Entendu par le Tribunal de céans le 16 mai 2006, l'intéressé confirme reprocher à la société X_____ de ne pas l'avoir suffisamment encadré alors qu'il était au bénéfice d'une AIT. Il explique qu'il n'était en réalité pas malade du 5 au 10 avril 2005, qu'il travaillait à l'extérieur, rendant visite aux clients et effectuant les téléphones nécessaires depuis son domicile, et que s'il a fait établir un certificat médical par SOS Médecins, c'est uniquement à la demande de son employeur. S'agissant de la période du 9 au 13 mai 2005, il ne se souvient pas non plus avoir été malade. Il admet qu'il est vraisemblable qu'il n'a pas demandé l'autorisation à son employeur de travailler à domicile. Il affirme avoir continué à travailler pour la société jusqu'à la date à laquelle il a reçu sa lettre de licenciement, soit le 10 juin 2005. Il déclare n'avoir pas contesté la décision de licenciement auprès du Tribunal des prud'hommes.

   La représentante de la caisse a indiqué qu'une suspension de 39 jours avait déjà été prononcée à l'encontre de l'intéressé, en raison d'un licenciement immédiat pour justes motifs, et que la décision n'avait pas été contestée.

10. Sur quoi la cause a été 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'art. 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 entrée en vigueur le 1er janvier 2003 (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. Déposé dans les forme et délai légaux, le recours est recevable (art. 56 et 60 LPGA).

4. La loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA) est entrée en vigueur le 1er janvier 2003, entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine de l'assurance-chômage. Elle est applicable en l'espèce, dès lors que les faits juridiquement déterminants se sont déroulés postérieurement à son entrée en vigueur (cf. ATF 130 V 446 sv. consid. 1, 129 V 4 consid 1.2).

   Pour les mêmes motifs les dispositions de la novelle du 22 mars 2002 modifiant la LACI, ainsi que les modifications de l'Ordonnance sur l'assurance-chômage (OACI) du 28 mai 2003, entrées en vigueur le 1er juillet 2003 (RO 2003 1753 et 1851) sont applicables au cas d'espèce.

5. Le litige porte sur la durée de la suspension du droit aux indemnités de l'assurance-chômage retenue par la caisse.

6. Selon l'art. 30 al. 1 let. a LACI, l'assuré doit être suspendu dans l'exercice de son droit à l'indemnité lorsqu'il est sans travail par sa propre faute. Tel est notamment le cas de 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 de l'ordonnance sur l'assurance-chômage - OACI). La suspension du droit à l'indemnité prononcée en raison du chômage due à une faute de l'assuré en application de cette disposition ne suppose pas une résiliation des rapports de travail pour de justes motifs aux 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. Une suspension du droit à l'indemnité ne peut cependant 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 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).

7. Selon la jurisprudence et la doctrine, l'autorité administrative ou le juge ne doivent considérer un fait comme prouvé que lorsqu'ils sont convaincus de sa réalité

(KUMMER, Grundriss des Zivilprozessrechts, 4ème édition Berne 1984, p. 136 ; GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2ème édition, p. 278 ch. 5). Dans le domaine des assurances sociales, le juge 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 360 consid. 5 let. b 125 V 195 consid. ch. 2 et les références). Aussi, n'existe-t-il pas en droit des assurances sociales, un principe selon lequel l'administration ou le juge devrait statuer, dans le doute, en faveur de l'assuré (ATF 126 V 322 consid. 5 let. a).

8. 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.

   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 al. 1 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 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, 1993/1994 n° 26 p. 183 sv. consid. 2a; SJ 1992 p. 551 consid. 1).

   Le chômage est notamment considéré comme fautif lorsque l'assuré, par son comportement, en particulier par la violation de ses obligations contractuelles de travail, a donné à son employeur un motif de résiliation de son contrat de travail.

   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.

   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.

9. En l'espèce, l'employeur a licencié l'intéressé avec effet immédiat pour justes motifs. Il lui a reproché ses trop nombreuses absences. L'intéressé admet ne pas s'être rendu à la place de travail qui lui avait été attribuée, du 5 au 10 avril, et du 9 au 13 mai, et dès le 27 mai, mais affirme qu'il travaillait durant ce temps depuis son domicile. Force est de constater que le fait qu'il exerçait néanmoins son activité comme il le prétend ne présente pas le degré de vraisemblance prépondérante requis par la jurisprudence. Il déclare au surplus qu'il n'en a pas demandé l'autorisation à son employeur. Son comportement dès lors ne peut être considéré que comme fautif, ce d'autant plus que les explications données lors de l'audience de comparution personnelle s'agissant plus particulièrement des conditions dans lesquelles le certificat médical du 8 avril 2005 a été établi sont pour le moins étonnantes. Certes l'intéressé s'est-il plaint des conditions de travail d'une part et du fait que son employeur ne prenait pas le temps de s'occuper de sa formation, d'autre part, il y a toutefois lieu de constater qu'il n'a exprimé aucune doléance auprès de son conseiller. Quand bien même, le fait de ne pas venir travailler, sans autre explication, ne saurait se justifier.

   C'est dès lors à juste titre que la caisse a qualifié la faute commise par l'intéressé de grave.

10. Reste à examiner la durée de la suspension.

    La suspension se détermine d'après la gravité de la faute compte tenu des conditions personnelles de l'assuré. Il importe en l'occurrence de prendre en considération toutes les circonstances propres au cas d'espèce notamment les mobiles et le comportement antérieur de l'intéressé (SECO, circulaire IC 01.92 chiffre 247).

    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 de trente et un à soixante jours en cas de faute grave (art. 30 al. 3 LACI et 45 al. 2 let. a/b/c de l'ordonnance sur l'assurance-chômage - OACI).

    Aucune suspension pour chômage fautif ne sera prononcée lorsque le comportement de l'assuré est excusable. Il a été considéré que tel était le cas lorsque l'assuré a réduit son taux d'occupation pour assumer son obligation d'entretien envers sa famille (s'occuper des enfants, d'un conjoint invalide, etc.), et que son employeur le met en demeure de choisir entre augmenter à nouveau son taux d'occupation ou être licencié (circulaire relative à l'indemnité de chômage, janvier 03, D17).

La Commission de recours en matière d'assurance-chômage (CRAC), alors compétente, a notamment eu l'occasion d'annuler la suspension de 36 jours infligée à une assurée qui s'était vue licencier pour manque de flexibilité. Il était en effet apparu que celle-ci devait constamment se tenir à disposition de son employeur et qu'il lui était impossible d'organiser sa vie privée (décision du 30 mai 2002 rendue en la cause A/328/02).

Le TFA, quant à lui, s'est en revanche borné à réduire la durée de la suspension de 40 à 20 jours dans le cas d'un travailleur qui avait pris des vacances malgré le refus formel de l'employeur, au motif que ce dernier, en ne fixant pas lui-même des dates de vacances, avait aussi eu un comportement fautif qui venait tempérer la faute, grave, du travailleur (ATFA non publié C 379/99 du 19 avril 2000).

11. A cet égard et vu les circonstances du cas d'espèce, le Tribunal de céans considère qu'une suspension d'une durée de 46 jours dans l'exercice du droit de l'intéressé à l'indemnité respecte le principe de proportionnalité, étant rappelé qu'une suspension de 39 jours avait déjà été prononcée à son encontre.

    Le recours, mal fondé, doit ainsi être rejeté.

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. 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 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 :
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 le