

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 7 décembre 2012

Présidence de M. MERZ, juge unique
Greffier : M. d'Eggis

Cause pendante entre :

R. _____, à Moudon, recourant,

et

CAISSE I. _____, à Lausanne, intimée.

Art. 30 al. 1 let. a et al. 3 LACI; 45 al. 2 OACI

E n f a i t :

A. R._____ (ci-après : l'assuré), né le 6 octobre 1978, soudeur, était employé chez T._____ Sàrl de septembre 2008 à février 2011 à K._____ (VD). Par la suite, il s'est inscrit auprès de l'assurance-chômage et a été mis au bénéfice d'un délai-cadre d'indemnisation du 1^{er} mars 2011 au 28 février 2013.

Par contrat de mission signé le 15 novembre 2011, Z._____ SA a engagé l'assuré pour une mission de durée indéterminée dès le 16 novembre 2011 en qualité de soudeur à plein temps auprès de l'entreprise F._____ SA.

L'assuré n'est pas apparu à son lieu de travail le vendredi 18 novembre 2011. Par certificat médical du même jour, le Dr D._____, généraliste, a attesté que l'assuré avait subi une incapacité de travail le 18 novembre 2011.

B. Par courriel du 18 novembre 2011, Z._____ SA a informé l'ORP (Office régional de placement) que l'assuré avait abandonné son poste de travail sans aucune explication. Par courrier du 21 novembre 2011, la Caisse I._____ a demandé à l'assuré des explications écrites relatives aux motifs de sa démission auprès de Z._____ SA.

Dans une lettre datée du 25 novembre 2011, l'assuré a exposé à la Caisse I._____ qu'il avait fait un jour d'essai le 17 novembre 2011 dans l'entreprise F._____ SA et que le lendemain, il n'avait pas pu se rendre à son travail et avait consulté un médecin qui avait diagnostiqué une maladie respiratoire.

Le 13 décembre 2011, la Caisse I._____ a reçu le contrat de mission avec la mention manuscrite : "contrat annulé suite à son abandon de poste du mois de novembre".

En réponse à un courrier du 14 décembre 2011 de la Caisse I._____, Z._____ SA a répondu dans une lettre du 15 décembre 2011 notamment ce qui suit :

"En effet, M. R._____ a débuté une mission pour nous au 16 novembre 2011 pour une période de trois mois en temporaire avec à la clef un engagement en fixe après ce temps d'essais.

Malheureusement, ce dernier ne s'est pas présenté au travail le vendredi 18 novembre 2011 sans nous avertir ou l'entreprise en question.

Au vu de ce qui précède, son contrat de travail a été résilié pour abandon de poste."

Dans un courrier non daté reçu le 3 janvier 2012 par la Caisse I._____, l'assuré a exposé ce qui suit :

"Bonjour le 17 novembre jeudi j'étais allé faire une journée d'essai porc Z._____ SA (Chez F._____ SA), le 18 vendredi je ne suis pas allé parce que je aller pas bien et je suis allé chez le médecine que a diagnostiqué une maladie. Le 21 novembre lundi je suis présenter au lieu de travail et c'est la cheffe de entreprise F._____ SA exécuter le licenciement... Après je le dit que j'étais chez le médecin et que avez une justification pour le jour que je ne suis pas allé il ma dit de contacter mon empileur. Après tout ce mal attendu je ne comprends pas Z._____ SA. Licenciement mais il y a longtemps j'étais allé faire un autre essai et je continue inscrit chez eux et je fais toujours mes recherches."

C. Par décision du 7 février 2012, la Caisse I._____ a suspendu le droit de l'assuré à l'indemnité de chômage pour une durée de 31 jours indemnisables dès le 18 novembre 2011. La Caisse a retenu que la mission de l'assuré aurait dû se poursuivre jusqu'au 30 novembre 2011 et conduire à une autre mission dès le 1^{er} décembre 2011 pour plusieurs mois, puis aboutir à un placement fixe, et reproché à l'assuré de n'avoir pas averti l'employeur de l'absence du 18 novembre 2011, alors qu'il avait été malade du 18 au 20 novembre 2011, si bien que celui-ci n'avait pris connaissance de la situation que le 21 novembre 2011.

Par décision supplémentaire du 7 février 2012, la Caisse I. _____ a rectifié le décompte de novembre 2011 en ce sens qu'une différence de 3'121 fr. 30 doit lui être restituée à titre de prestations versées à tort.

Par lettre du 27 février 2012, l'assuré a fait opposition à la décision de suspension pour le motif qu'il n'y avait pas eu d'abandon d'emploi et à la décision demandant la restitution des prestations versées à tort pour le motif qu'il pensait de bonne foi être leur bénéficiaire et que la restitution le mettrait dans une situation financière embarrassante. Il a exposé avoir remis le certificat médical à la reprise de son activité, le lundi 21 novembre 2011, mais que le responsable de l'entreprise l'avait alors licencié.

D. Par décision sur opposition du 10 avril 2012, la Caisse I. _____ a rejeté l'opposition du 27 février 2012 et confirmé la décision de suspension et la décision en restitution de prestations versées à tort. La Caisse a en bref retenu que le fait pour l'assuré de ne pas s'être présenté le 18 novembre 2011 sur son lieu de travail sans avertir l'employeur équivalait à un abandon de mission et a reproché à l'assuré d'avoir donné connaissance de la situation à l'employeur seulement lors la reprise d'emploi, le 21 novembre 2011.

E. Par acte du 18 mai 2012, R. _____ a recouru contre cette décision sur opposition en concluant à son annulation, en contestant avoir abandonné son emploi auprès de F. _____ SA où Z. _____ SA l'avait envoyé en mission et en rappelant avoir produit à la reprise du travail un certificat médical par lequel son médecin traitant avait attesté son incapacité de travail "jusqu'au dimanche 20 novembre 2011". Le recourant s'est référé à la jurisprudence du Tribunal fédéral traitant des absences de courte durée (ATF 108 II 301 et arrêt 4C.303/2005 du 1^{er} décembre 2005).

Dans sa réponse du 5 juin 2012, l'intimée a conclu au rejet du recours, sans dépens ni indemnité de procédure, en relevant que le fait pour le recourant de ne pas s'être présenté sur son lieu de travail le 18

novembre 2011 sans avertir Z._____ SA ou F._____ SA équivalait à un abandon d'emploi, d'autant que F._____ SA n'avait eu connaissance de la situation que le 21 novembre 2011.

Le recourant ne s'est plus déterminé dans le délai imparti pour ce faire.

E n d r o i t :

1. **a)** Les dispositions de la LPGA (loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales, RS 830.1) s'appliquent à l'assurance-chômage (art. 1 LACI [loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, RS 837.0]). Les décisions sur opposition et celles contre lesquelles la voie de l'opposition n'est pas ouverte sont sujettes à recours (art. 56 al. 1 LPGA) auprès du tribunal des assurances compétent (art. 58 LPGA et art. 128 al. 1 LACI, art. 119 et 128 al. 1 OACI [ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité; RS 837.02]). Le recours doit être déposé dans les trente jours suivant la notification de la décision sujette à recours (art. 60 al. 1 LPGA). En l'espèce, interjeté dans le respect du délai et des autres conditions formelles de recevabilité, le recours est recevable.

b) La Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal est compétente pour statuer (art. 93 al. 1 let. d LPA-VD [loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative, RSV 173.36]). La valeur litigieuse n'excédant pas 30'000 fr., au vu du nombre de jours de suspension du droit aux indemnités, la présente cause relève de la compétence d'un membre de la Cour, statuant en tant que juge unique (art. 94 al. 1 let. a LPA-VD).

2. En l'espèce, est litigieux le point de savoir si l'intimée était fondée à suspendre le droit du recourant à l'indemnité de chômage pour une durée de 31 jours indemnisables pour le motif que son comportement aurait donné lieu à la résiliation de son contrat de travail de durée

déterminée, avec possibilité de transformation à terme en contrat de travail de durée indéterminée.

Ce faisant, le recourant conteste également la modification du décompte de novembre 2011 et la demande de restitution de la différence de 3'121 francs 30 à titre de prestations versées à tort, selon décision rendue le même jour que celle relative à ladite suspension.

3. a) Aux termes de l'art. 30 al. 1 let. a LACI, le droit de l'assuré à l'indemnité est suspendu lorsqu'il est établi que celui-ci est sans travail par sa propre faute. 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).

Un comportement non fautif, mais simplement évitable peut être à l'origine d'une sanction. Cela signifie que même hors des cas de violation des obligations contractuelles, l'assuré encourt une sanction lorsqu'il aurait pu éviter un comportement donné en faisant preuve de la diligence voulue (Rubin, Assurance-chômage, 2^e édition, 2006, p. 432 et la jurisprudence citée). La validité d'une sanction est également indépendante du fait que le congé découle ou non d'une attitude incorrecte ou blâmable du travailleur. Une telle attitude ne constitue du reste pas forcément une violation des obligations contractuelles (Rubin, op. cit., p. 434).

Selon l'art. 20 let. b et c de la Convention no 168 de l'Organisation internationale du travail (OIT) concernant la promotion de l'emploi et la protection contre le chômage du 21 juin 1988 (RS 0.822.726.8), pour justifier une suspension, le comportement reproché à l'assuré doit être volontaire, sachant qu'un dol éventuel doit être admis lorsque la personne concernée pouvait et devait prévoir que son comportement allait amener l'employeur à résilier le contrat (cf. TF C 277/06 du 3 avril 2001, consid. 2; C 230/01 du 13 février 2003, consid. 1; cf. aussi ATF 124 V 234, consid. 3c).

b) Une faute au sens de l'assurance-chômage ne suppose pas nécessairement, comme en droit pénal ou civil, que l'on doive imputer à l'assuré un comportement répréhensible; elle est réalisée dès que la survenance du chômage ne relève pas de facteurs objectifs, mais réside dans un comportement que l'assuré pouvait éviter au vu des circonstances et des relations personnelles en cause (TF C 218/00 du 30 novembre 2000; DTA 1982 No 4; arrêt du Tribunal administratif PS.2007.0085 du 14 janvier 2008, consid. 2). 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 (ATF 112 V 242, consid. 1; TF 8C_660/2009 du 18 mars 2010, consid. 3; 8C_497/2011 du 4 avril 2012, consid. 4). Conformément au principe de l'obligation de diminuer le dommage, l'assuré doit s'efforcer de faire tout ce qui est en son pouvoir pour réduire le dommage ou éviter la réalisation du risque assuré (arrêt du tribunal administratif du canton de Vaud PS.2006.0263 du 12 mars 2007, consid. 2a/bb; DTA 1981 No 29).

Toutefois, l'incapacité du travailleur à accomplir son travail conformément à ce qui a été convenu n'entraîne une suspension du droit à l'indemnité de chômage que dans des cas précis. C'est ainsi qu'une suspension du droit à l'indemnité ne se justifie, en cas de résiliation du contrat, que si l'employé a fait preuve de mauvaise volonté, de mauvaise foi ou d'un manque de rendement fautif (TF C 218/05 du 10 juillet 2006, consid. 3; Rubin, op. cit., p. 433). Dans ce cas de figure, le licenciement trouve son origine dans une faute de l'assuré, ce qui justifie une sanction. Dans les autres cas, l'assuré n'a commis aucune faute et ne peut dès lors être sanctionné (Rubin, op. cit., p. 433).

c) 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 242, consid. 1; TF 8C_660/2009 du 18 mars 2010, consid. 3).

Une faute n'est pas établie au degré requis lorsque, en cas de rupture d'un contrat de travail, les indications de l'employeur manquent de crédibilité. De même, il convient de se fonder tant sur les déclarations de l'employeur que sur celles du travailleur pour déterminer si le chômage est fautif. Il ne faut pas donner systématiquement la préférence aux déclarations de l'employeur. Des motifs vagues de congé, qu'aucune preuve ni indice ne viennent étayer, ne permettent pas de conclure à une faute de comportement du travailleur qui tombe au chômage. Dans les cas où la faute ne peut être établie clairement, il faut plutôt avertir que sanctionner (Rubin, op. cit., p. 374).

d) Du point de vue du droit privé, la faute est l'élément essentiel de la justification d'un renvoi immédiat du travailleur. Selon l'art. 337 al. 3 CO, le juge apprécie librement s'il existe de justes motifs, mais en aucun cas il ne peut considérer comme tel le fait que le travailleur a été sans sa faute empêché de travailler (TF 4C.349/2000 du 28 mars 2001, consid. 3a).

Le devoir de fidélité du travailleur lui impose d'annoncer rapidement son incapacité de travail à l'employeur (Wyler, Droit du travail, 2^{ème} éd., 2008, p. 568). Seules des circonstances tout à fait exceptionnelles permettent à l'employeur d'invoquer un abus de droit résultant du retard du travailleur à informer l'employeur de son incapacité, car l'intérêt du travailleur à la protection contre le licenciement en temps inopportun l'emporte sur l'atteinte aux principes de la bonne foi que peut constituer la violation du devoir de fidélité par la remise tardive d'un certificat médical (TF 4C.346/2004 du 15 février 2005, consid. 5, DTA 2005 103 cité par Wyler, ibidem, note infrapaginale 2140).

Pour constituer un juste motif de licenciement, le refus de travailler ou les absences injustifiées doivent être persistants et précédés d'avertissements contenant la menace claire d'un renvoi immédiat. Il en

va différemment lorsque l'absence s'étend sur plusieurs jours ou intervient alors que l'employeur a clairement formulé l'exigence que l'employé soit présent (ATF 108 II 301, consid. 3b). Si le travailleur justifie l'abandon d'emploi par la maladie et que l'employeur a des doutes sur l'authenticité du motif, celui-ci ne peut pas résilier le contrat mais doit mettre l'employé en demeure de reprendre le travail ou de présenter un certificat médical, sauf si une telle sommation apparaît d'emblée inutile (arrêt 4C.339/2006 du 21 décembre 2006, consid. 2.1). Pour qu'il y ait abandon d'emploi au sens de l'art. 337d CO, il faut que la décision du salarié d'abandonner son poste soit claire et définitive (Fuld, L'obligation d'offrir ses services en cas de licenciement en temps inopportun, in Panorama II en droit du travail, 2012, p. 147).

e) Dans le domaine des assurances sociales, le juge doit, pour autant que la loi n'en dispose pas autrement, rendre son arrêt suivant le principe probatoire de la vraisemblance prépondérante, principe selon lequel la simple possibilité d'un état de fait donné ne suffit pas à satisfaire aux exigences de preuves, le juge devant plutôt s'en tenir à la présentation des faits qu'il considère comme la plus vraisemblable parmi toutes les possibilités du cours des événements (ATF 125 V 193 consid. 2, 121 V 45 consid. 2a).

f) La durée de la suspension est proportionnelle à la gravité de la faute mais ne peut excéder, par motif de suspension, soixante jours (art. 30 al. 3 LACI). Elle 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 (art. 45 al. 3 OACI). Il y a faute grave lorsque, sans motif valable, l'assuré abandonne un emploi réputé convenable sans être assuré d'obtenir un nouvel emploi ou qu'il refuse un emploi réputé convenable (art. 45 al. 4 OACI). La durée de la suspension se mesure d'après le degré de gravité de la faute commise et non en fonction du dommage causé (Circulaire du Secrétariat d'Etat à l'économie relative à l'indemnité de chômage, état au 1er janvier 2007 [IC 2007], D1).

g) En l'espèce, par l'intermédiaire de l'entreprise de placement Z. _____ SA, le recourant a été engagé en qualité de soudeur au service de l'entreprise F. _____ SA "pendant une période de trois mois en temporaire avec à la clef un engagement en fixe après ce temps d'essais", selon la lettre adressée le 15 décembre 2011 par Z. _____ SA à l'intimée. Le contrat de mission du 15 novembre 2011 et la lettre de l'employeur du 15 décembre 2011 indiquent que la mission a commencé le 16 novembre 2011, alors que l'assuré expose dans ses lettres des 26 novembre 2011 et 3 janvier 2012 qu'il a fait un jour d'essai le 17 novembre 2011. Quoi qu'il en soit, il est établi que le recourant ne s'est pas rendu sur son lieu de travail le vendredi 18 novembre 2011, a consulté le même jour un médecin pour cause de maladie et s'est présenté à son employeur le lundi 21 novembre 2011, avec un certificat médical établi le 18 novembre 2011 par le Dr D. _____ justifiant son absence. C'est dans ces circonstances que F. _____ SA l'a licencié avec effet immédiat pour abandon d'emploi.

Le fait pour le recourant de s'être présenté chez l'employeur le lundi 21 novembre 2011 avec un certificat médical justifiant son absence le vendredi 18 novembre 2011, soit pendant un seul jour de travail, exclut le refus clair et net du travailleur de poursuivre les rapports de travail, partant l'abandon d'emploi. Cette constatation s'impose d'autant plus qu'il n'est ni allégué ni établi que le recourant aurait dû travailler durant le week-end séparant le jour de maladie et la reprise du travail. Ni l'employeur ni l'intimée n'ont par ailleurs soutenu que le recourant aurait été informé d'une obligation particulière d'informer le jour même l'employeur en cas de maladie, sous peine d'encourir un licenciement avec effet immédiat. De ce point de vue, on ne peut pas non plus retenir que le recourant aurait refusé un emploi convenable au sens de l'art. 45 al. 4 let. b OACI. Enfin, l'employeur n'a adressé aucun avertissement au recourant, qui venait d'être embauché, se contentant de résilier immédiatement le contrat de travail. La production le lundi 21 novembre 2011, à la reprise du travail après le week-end, du certificat médical destiné à justifier l'absence du vendredi précédent sur le lieu de travail ne pouvait pas justifier le licenciement avec effet immédiat. Tout au plus, durant le temps

d'essai, l'employeur pouvait-il résilier le contrat de travail moyennant un délai de congé de sept jours (art. 335b al. 1 CO).

C'est toutefois en raison du fait que le recourant venait d'être engagé et de commencer une période d'essai chez l'employeur que l'on peut admettre que son comportement général a conduit au licenciement, même en l'absence de reproches d'ordre professionnel et de faute sur le plan contractuel. En effet, on peut attendre d'un travailleur, durant les premiers jours de son temps d'essai, qu'il montre un zèle particulier et s'applique à conserver la confiance de son employeur, notamment en téléphonant à celui-ci immédiatement pour l'informer qu'il est malade et doit consulter un médecin, ce que le recourant n'a pas fait alors qu'il en a manifestement eu la possibilité. Il tombe sous le sens que l'employeur pouvait attendre une diligence particulière de son nouveau collaborateur pendant les premiers jours de service durant le temps d'essai, notamment après la première journée d'essai. De ce point de vue, le recourant n'a pas montré la promptitude que l'on pouvait attendre de lui et a commis une faute, qu'il convient toutefois de qualifier de légère pour tenir compte de l'ensemble de la situation décrite ci-dessus. Il convient dès lors de réduire de 31 à 3 le nombre de jours de suspension.

h) La réduction à 3 jours de suspension implique un nouveau calcul de la somme à restituer à titre de prestations versées à tort. La décision rendue le 7 février 2012 relative à la restitution des prestations de l'assurance-chômage doit donc être annulée, la cause étant renvoyée à l'intimée pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

4. En définitive, la décision attaquée doit être réformée en ce sens que la suspension du droit aux indemnités de chômage est fixée à trois jours ouvrables à partir du 18 novembre 2011.

La décision rendue le 7 février 2012 relative à la restitution des prestations de l'assurance-chômage est annulée, la cause étant renvoyée à l'intimée pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires, la procédure étant gratuite (art. 61 let. a LPGA), ni d'allouer de dépens, le recourant n'étant pas représenté par un mandataire professionnel (art. 61 let. g LPGA).

**Par ces motifs,
le juge unique
prononce :**

- I.** Le recours est admis partiellement.
- II.** La décision rendue le 7 février 2012 par Caisse I. _____ est réformée en ce sens que la suspension du droit aux indemnités de chômage est fixée à trois jours ouvrables à partir du 18 novembre 2011.
- III.** La décision rendue le 7 février 2012 relative à la restitution des prestations de l'assurance-chômage est annulée, la cause étant renvoyée à Caisse I. _____ pour nouvelle décision dans le sens des considérants.
- IV.** Il n'est pas perçu de frais de justice ni alloué de dépens.

Le juge unique :

Le greffier :

Du

L'arrêt qui précède est notifié à :

- M. R. _____,
- Caisse I. _____,
- Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO),

par l'envoi de photocopies.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière de droit public devant le Tribunal fédéral au sens des art. 82 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral ; RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne) dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

Le greffier :