

# **GE\_GERICHTE ATAS/616/2019 vom 24. Juni 2019**

GE Cour de justice, 2019-06-24, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_616\\_2019](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_616_2019)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/616/2019 du 24 juin 2019

IT: GE\_GERICHTE ATAS/616/2019 del 24 giugno 2019

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Conformément à l'art. 134 al. 1 let. a ch. 8 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05) en vigueur dès le 1er janvier 2011, la chambre des assurances sociales de la Cour de justice 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 (LPGA - RS 830.1) relatives à la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, du 25 juin 1982 (loi sur l'assurance-chômage, LACI - RS 837.0). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

### **E. 2**

Interjeté en temps utile, le recours est recevable (art. 60 LPGA).

### **E. 3**

Le litige porte sur la suspension du droit à l'indemnité du recourant de 26,2 jours, pour chômage imputable à une faute, l'intimé ayant réduit la sanction initiale de 33 jours de suspension.

### **E. 4**

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 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 obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 31 août 1983 [OACI - RS 837.02]). La résiliation d'un contrat de travail procurant un revenu pris en considération à titre de gain intermédiaire

A/691/2019 - 5/10 - constitue un chômage fautif si le salaire répondait aux exigences d'admissibilité de l'art. 24 al. 3 LACI (DTA 1998 p. 41 ; Boris RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage 2014, p. 309, n°32). Pour qu'un assuré puisse être sanctionné en vertu de l'art. 44 al. 1 let. b OACI, trois conditions doivent être réunies. Il faut premièrement que l'assuré ait donné lui-même son congé. Il importe ensuite qu'au moment de résilier son contrat de travail, l'assuré n'ait pas eu d'assurance préalable d'un nouvel emploi. Enfin, il faut qu'aucune circonstance ne se soit opposée à la poursuite des rapports de travail (critère de l'exigibilité). Généralement des conditions de travail difficiles (chantiers, centres d'appels, etc.), des relations tendues avec les collègues et les supérieurs, une mauvaise atmosphère de travail ou des problèmes de santé non attestés médicalement ne suffisent pas à faire admettre que la continuation des rapports de travail n'était pas

exigible (Boris RUBIN, op. cit., p. 309-310).

#### **E. 5**

La durée de la suspension est proportionnelle à la gravité de la faute (art. 30 al. 3 LACI ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 254/06 du 26 novembre 2007 consid. 5.3).

L'OACI distingue trois catégories de faute – à savoir les fautes légères, moyennes et graves – et prévoit, pour chacune d'elles, une durée minimale et maximale de suspension, qui 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). Des antécédents remontant à moins de deux ans justifient une prolongation de la durée de suspension (art. 45 al. 5 OACI ; Boris RUBIN, op. cit., n. 114 ss ad art. 30).

#### **E. 6**

a. Destinées à assurer l'application uniforme des prescriptions légales, les directives de l'administration n'ont pas force de loi et, par voie de conséquence, ne lient ni les administrés ni les tribunaux; elles ne constituent pas des normes de droit fédéral au sens de l'art. 95 let. a LTF et n'ont pas à être suivies par le juge. Elles servent tout au plus à créer une pratique administrative uniforme et présentent à ce titre une certaine utilité; elles ne peuvent en revanche sortir du cadre fixé par la norme supérieure qu'elles sont censées concrétiser. En d'autres termes, à défaut de lacune, les directives ne peuvent prévoir autre chose que ce qui découle de la législation ou de la jurisprudence (ATF 132 V 121 consid. 4.4 et les références; ATF 131 V 42 consid. 2.3 et les références; arrêt du Tribunal fédéral 9C\_283/2010 du 17 décembre 2010 consid. 4.1). En tant qu'autorité de surveillance, le SECO a adopté un barème indicatif à l'intention des organes d'exécution (Bulletin LACI/IC). Un tel barème constitue un instrument précieux pour les organes d'exécution lors de la fixation de la sanction et contribue à une application plus égalitaire des sanctions dans les différents cantons. Cela ne dispense cependant pas les autorités décisionnelles d'apprécier le comportement de l'assuré compte tenu de toutes les circonstances – tant objectives que subjectives – du cas d'espèce notamment des circonstances personnelles, en particulier celles qui ont trait au comportement de l'intéressé au regard de ses devoirs généraux d'assuré qui fait valoir son droit à des prestations et de fixer la

A/691/2019 - 6/10 - sanction en fonction de la faute (arrêt du Tribunal fédéral 8C\_425/2014 du 12 août 2014, consid. 5.1). b. Selon le Bulletin LACI/IC valable dès le 1er janvier 2017, D75 (Echelle de suspensions à l'intention des caisses de chômage) n° 1.D, la résiliation du contrat de travail par l'assuré ou d'un commun accord sans être assuré d'obtenir un nouvel emploi, constitue une faute grave. Selon le Bulletin LACI/IC D26, une résiliation du contrat de travail par l'assuré ne peut être sanctionnée que si l'on pouvait attendre de lui qu'il conservât son emploi. Le caractère convenable de l'ancien emploi doit être apprécié sur la base de critères stricts. Les heures supplémentaires qui ne dépassent pas la durée du travail maximale légale, les différends quant au salaire, tant que les conventions collectives ou les dispositions contractuelles sont respectées, de même qu'un climat de travail tendu ne suffisent pas à faire qualifier un emploi de non convenable. Si l'assuré invoque des problèmes de santé, il doit les prouver par un certificat médical. Si l'assuré résilie un contrat de travail sur appel en raison du caractère trop extrême et imprévisible des fluctuations, il n'y a pas lieu de le suspendre de son droit à l'indemnité de chômage pour chômage fautif. La loi n'interdit pas le travail sur appel (ATF 125 III 67). Il faut cependant examiner si l'on peut exiger de la personne engagée dans une relation de travail sur appel qu'elle maintienne

la relation contractuelle plutôt que d'être au chômage (arrêt du Tribunal fédéral C 258/03 du 27 janvier 2004). Cet arrêt a confirmé la réduction de 31 à 16 jours de suspension du droit à l'indemnité de l'assurée qui avait résilié son contrat de travail, jugé convenable, mais prévoyant un horaire du soir, en raison de sa situation familiale, dès lors qu'elle assumait seule la charge et l'éducation de deux jeunes enfants. Selon l'art. 16 al. 2 let. g LACI, n'est pas réputé convenable et, par conséquent, est exclu de l'obligation d'être accepté, tout travail qui exige du travailleur une disponibilité sur appel constante dépassant le cadre de l'occupation garantie. L'exigibilité de la continuation des rapports de travail est examinée plus sévèrement que le caractère convenable d'un emploi au sens de l'art. 16 LACI (ATF 124 V 234 consid. 4b/bb, p. 238 ; arrêts du 10 mai 2013 [8C 1021/2012] consid. 2.2 ; 30 avril 2009 [8C 958/2008]). Les conditions fixées par l'art. 16 LACI n'en constituent pas moins des éléments d'appréciation importants du critère d'exigibilité. On pense ici notamment à la situation personnelle protégée par l'al. 2 let. c de cette disposition (âge, situation personnelle, santé), à l'inadéquation manifeste entre les exigences du poste et de la formation ou l'expérience professionnelle du travailleur (al. 2 let. b et d) ou au temps de déplacement maximal exigible fixé par l'al. 2 let. f. Un changement de circonstances à cet égard doit être pris en considération et peut devoir faire admettre qu'un emploi réputé convenable à un moment donné ne l'est plus ensuite, de sorte que la continuation des rapports

A/691/2019 - 7/10 - de travail n'est plus exigible (arrêt du 4 septembre 2001 [C 378/00] ; Boris RUBIN, op.cit., p. 310). Le Bulletin LACI/IC D76 prescrit qu'en matière de chômage fautif, les versions du travailleur et de l'employeur doivent être systématiquement confrontées, car la faute intentionnelle ou le dol éventuel (l'assuré tient pour possible la réalisation du dommage et l'accepte au cas où il se produirait) doivent être clairement établis (Bulletin LACI IC D18). En cas de divergences, des investigations complémentaires sont nécessaires (Bulletin LACI IC D5 ss). Selon le Bulletin LACI/IC D77 pour la détermination de la faute individuelle et de la quotité de la suspension dans le domaine de la faute grave il faut partir, selon le Tribunal fédéral, du milieu de la fourchette de 31 à 60 jours (art. 45, al. 3, let. c OACI), soit 45 jours, et tenir compte des facteurs aggravants, atténuants et du principe de proportionnalité (ATF 123 V 153). Ce principe doit également s'appliquer en cas de faute légère et moyenne (art. 45, al. 3, let. a et b OACI). Et aux termes du Bulletin LACI/IC D78 les facteurs pris en compte pour la détermination du degré de la faute dans la présente échelle ne sont pas exhaustifs. Ils peuvent se combiner avec d'autres facteurs aggravants ou atténuants.

#### **E. 7**

Selon le Tribunal fédéral, le but de la suspension du droit à l'indemnité, dans l'assurance-chômage, vise à faire participer l'assuré de façon équitable au dommage qu'il cause à cette assurance sociale, en raison d'une attitude contraire aux obligations qui lui incombent. La durée de la suspension du droit à l'indemnité de chômage est fixée compte tenu non seulement de la gravité de la faute, mais également du principe de proportionnalité (ATF 125 V 197 consid. 6a ; Thomas NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung in Schweizerisches Bundes- verwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, 2ème éd. 2007, n. 855 p. 2435).

#### **E. 8**

La quotité de la suspension du droit à l'indemnité de chômage dans un cas concret constitue une question relevant du pouvoir d'appréciation. La juridiction cantonale ne doit pas dans ce contexte exercer son pouvoir d'appréciation de manière contraire au droit, soit commettre un excès positif ("Ermessensüberschreitung") ou négatif ("Ermessensunterschreitung") de son pouvoir d'appréciation ou abuser ("Ermessensmissbrauch") de celui-ci (ATF non publié 8C\_658/2009 du 19 janvier 2010, consid. 1.2 ; ATF non publié 8C\_31/2007 du 25 septembre 2007, consid. 3.1, non publié in ATF 133 V 640 mais dans SVR 2008 ALV n° 12 p. 35). Il y a abus du pouvoir d'appréciation lorsque l'autorité, tout en restant dans les limites du pouvoir d'appréciation qui est le sien, se fonde sur des considérations qui manquent de pertinence et sont étrangères au but visé par les dispositions légales applicables, ou viole des principes généraux du droit tels que l'interdiction de l'arbitraire et de l'inégalité de traitement, le principe de la bonne foi et le principe de la proportionnalité (ATF 123 V 150 consid. 2 et les références). Commet un excès positif de son pouvoir d'appréciation, l'autorité qui exerce son appréciation alors que la loi l'exclut, ou qui, au lieu de choisir entre les deux solutions possibles, en

A/691/2019 - 8/10 - adopte une troisième. Il y a également excès du pouvoir d'appréciation dans le cas où l'excès de pouvoir est négatif, soit lorsque l'autorité considère qu'elle est liée, alors que la loi l'autorise à statuer selon son appréciation, ou qu'elle renonce d'emblée en tout ou partie à exercer son pouvoir d'appréciation (ATF 116 V 307 consid. 2 ; ATF non publié 8C\_2/2012 du 14 juin 2012, consid. 2.2).

## **E. 9**

Le juge des assurances sociales 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. 5b ; ATF 125 V 195 consid. 2 et les références ; cf. ATF 130 III 324 consid. 3.2 et 3.3). 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. 5a). Dans le domaine des assurances sociales, la procédure est régie par la maxime inquisitoire, selon laquelle les faits pertinents de la cause doivent être constatés d'office par le juge. Mais ce principe n'est pas absolu. Sa portée est restreinte par le devoir des parties de collaborer à l'instruction de l'affaire (art. 61 let. c LPG). Celui-ci comprend en particulier l'obligation des parties d'apporter, dans la mesure où cela peut être raisonnablement exigé d'elles, les preuves commandées par la nature du litige et des faits invoqués, faute de quoi elles risquent de devoir supporter les conséquences de l'absence de preuves (ATF 125 V 195 consid. 2 et les références ; cf. ATF 130 I 183 consid. 3.2). Le devoir du juge de constater les faits pertinents ne dispense donc pas les parties de collaborer à l'administration des preuves en donnant des indications sur les faits de la cause ou en désignant des moyens de preuve (ATF 130 I 184 consid. 3.2 ; ATF 128 III 411 consid. 3.2). Autrement dit, si la maxime inquisitoire dispense les parties de l'obligation de prouver, elle ne les libère pas du fardeau de la preuve. En cas d'absence de preuve, c'est à la partie qui voulait en déduire un droit d'en supporter les conséquences (ATF 117 V 264 consid. 3), sauf si l'impossibilité de prouver un fait peut être imputée à son adverse partie (ATF 124 V 375 consid. 3).

## **E. 10**

En l'occurrence, il est établi que le recourant a travaillé, sur appel, pour l'employeur, de manière plus ou moins régulière du 1er août 2015 au 5 octobre 2018. Il a effectué 102 jours de travail en 2015, 225 jours en 2016, 210 jours en 2017 et 150 jours en 2018. Il n'est pas contesté que le salaire réalisé par le recourant répondait aux exigences d'admissibilité de l'art. 24 al. 3 LACI précité, soit était conforme aux usages professionnels et locaux. Par ailleurs, même en l'absence d'un contrat écrit, il n'est pas contestable que le recourant a été engagé par l'employeur, par un contrat oral, pour une activité exercée sur appel, que le recourant a effectivement exercée entre le 1er août 2015 et le 5 octobre 2018.

A/691/2019 - 9/10 - Enfin, l'emploi était exigible, nonobstant les critiques évoquées par le recourant au sujet du manque de régularité d'un travail sur appel et de l'absence d'information que l'employeur aurait dû lui fournir sur les règles de sécurité et les risques de l'emploi, ces éléments n'étant pas de nature, au vu de la jurisprudence précitée, à qualifier l'activité de non-exigible. Le recourant a indiqué qu'il s'était rendu chez l'employeur le 23 octobre 2018 pour l'informer qu'il partait à Neuchâtel, endroit où il y avait de fortes possibilités d'emploi, pour signer un contrat de travail (recours du 20 février 2019 et procès-verbal d'audience du 17 juin 2019). Le recourant a précisé qu'il avait séjourné trois semaines à Neuchâtel et qu'il n'avait pas indiqué à l'employeur qu'il le tiendrait au courant s'il obtenait ou non un emploi (procès-verbal d'audience du 17 juin 2019). Ces déclarations sont corroborées par celles de l'employeur, lequel a indiqué par téléphone à l'intimé le 7 décembre 2018 que le recourant avait démissionné pour un autre travail (cf. rapport d'entretien(s) sur motif de la rupture du contrat de travail de la caisse) et que le recourant avait résilié son contrat de travail car il avait trouvé un emploi fixe sur Neuchâtel (cf. attestation de gain intermédiaire du 7 novembre 2018). Au vu de ce qui précède, il est établi, au degré de la vraisemblance prépondérante, que le recourant a mis fin à son contrat de travail sur appel, par oral, le 23 octobre 2018, en signifiant à l'employeur qu'il partait à Neuchâtel pour signer un contrat de travail fixe ; par ailleurs, au moment de résilier son contrat, le recourant n'avait pas l'assurance de bénéficier d'un nouvel emploi, notamment dans le canton de Neuchâtel ; il ne le prétend d'ailleurs pas ; enfin, comme on l'a vu, l'activité de chauffeur pour l'employeur était exigible du recourant. En conséquence, c'est à juste titre que l'intimée a considéré que le recourant, en résiliant son contrat de travail, avait commis une faute justifiant le prononcé d'une sanction. S'agissant de la quotité de la sanction, il convient cependant de tenir compte du fait que le recourant, titulaire d'un livret B-CE, au bénéfice d'un contrat oral précaire, sur appel, depuis l'année 2015, marié et père d'une enfant, pouvait légitimement souhaiter améliorer sa situation de travail en recherchant un emploi fixe, en l'occurrence dans le canton de Neuchâtel, de sorte que cette circonstance atténue la gravité de sa faute, justifiant la réduction de la sanction à 20 jours de suspension de son droit à l'indemnité au lieu de 26,2 jours (à cet égard, arrêt du Tribunal fédéral précité C 258/03).

## **E. 11**

Partant, le recours sera partiellement admis et la décision litigieuse réformée dans le sens que la sanction est réduite à 20 jours de suspension du droit à l'indemnité du recourant. Pour le surplus, la procédure est gratuite.

A/691/2019 - 10/10 - PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant À la forme :

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.