

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 8 mars 2013

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

Cause pendante entre :

R. _____, à Lausanne, recourant,

et

CAISSE CANTONALE DE CHÔMAGE, à Lausanne, intimée.

Art. 30 al. 1 let. a et al. 3 LACI

E n f a i t :

A. R. _____ (ci-après : l'assuré), né le 1^{er} novembre 1982, a été employé au restaurant X. _____ SA comme nettoyeur et plongeur du 6 mai 2011 au 31 mars 2012. L'assuré a été licencié par lettre du 27 janvier 2012 avec effet au 29 février 2012, délai prolongé jusqu'au 31 mars 2012 en raison de périodes de maladie du 16 au 28 février 2012, puis du 6 au 9 mars 2012. Le 2 février 2012, il s'est inscrit auprès de l'Office régional de placement de Lausanne (ci-après : ORP). Un délai-cadre d'indemnisation lui a été ouvert du 2 avril 2012 au 1^{er} avril 2014.

Invité par l'ORP à exposer les motifs qui ont conduit au licenciement de l'assuré, l'employeur a répondu par lettre du 14 février 2012 en exposant ce qui suit :

- "1. M. R. _____ refuse de se raser chaque jour. Ceci est la principale raison du licenciement (voir lettres d'avertissement du 01.07.2011 et du 31.10.2011).
2. Lors de son engagement, M. R. _____ avait les tâches suivantes : plonge et 2 jours par semaine remplacement travaux de nettoyage du restaurant. Nous avons indiqué à M. R. _____ que nous étions prêts à le former comme aide-pizzaiolo.
3. A plusieurs reprises, nous avons dû lui faire des remarques au sujet du rasage. Nous avons remarqué qu'il n'était pas toujours à l'heure le matin pour les nettoyages. Nous l'avons averti oralement.
4. A fin janvier, nous lui avons donné une nouvelle chance de le garder et de le former en pizzeria. A ce moment-là, il nous a informé qu'il préférerait partir si nous exigeons de notre part un rasage quotidien. Comme vous le savez certainement, le service de l'hygiène est très pointilleux, surtout dans la restauration. Ces règles sont les mêmes pour tous nos employés. Nous avons à faire avec des aliments et nous sommes en contact avec le public. Comment peut-on laisser un pizzaiolo, un employé en cuisine ou au service sans rasage quotidien ?
5. A part les remarques mentionnées ci-dessus, M. R. _____ est une personne calme et polie, qui a exercé ses tâches avec satisfaction.
6. Nous sommes en début de saison et son poste devra être repourvu par une autre personne.
En conclusion, c'est la première fois qu'une personne refuse un poste de travail, pour un motif similaire, ce qui est regrettable."

A ce courrier étaient joints deux lettres, toutes deux signées par l'employeur et par l'assuré. La première de ces lettres, datée du 1^{er} juillet 2011 et intitulée "1^{er} avertissement", a la teneur suivante :

"Nous nous référons à l'incident de travail survenu le 12 juin 2011. En effet, vous avez eu une altercation, pendant le service, avec votre collègue de travail M. (...). Nous vous rappelons que le travail doit se dérouler dans une ambiance agréable et dans un esprit de collaboration. Nous ne tolérons aucune dispute entre collègues. Nous ne voulons en aucun cas devoir intervenir une deuxième fois pour un incident de ce type. Si cela devrait être le cas, nous nous verrions dans l'obligation de prendre les mesures qui s'imposent."

La seconde lettre du 31 octobre 2011 intitulée "2^{ème} avertissement" expose notamment ce qui suit :

"Nous nous référons à l'incident de travail survenu le 25 octobre 2011, ainsi qu'à nos différents avertissements verbaux concernant le rasage matinal. Vous avez eu une altercation avec votre supérieur de travail M. (...), suite à une directive de sa part. En effet, il vous a invité à commencer votre travail, après votre pause café du matin, et à immédiatement effectuer les tâches qui auraient déjà dû être terminées avant la pause. Votre réaction suite à cette directive n'a pas du tout été adéquate vis-à-vis d'un supérieur. Nous vous rappelons que le travail doit se dérouler dans une ambiance agréable et dans un esprit de collaboration et que toutes les directives de travail de vos différents supérieurs doivent être suivies sans discuter. Nous ne tolérons aucune attitude similaire à l'avenir. De plus, nous vous rappelons par écrit que les standards de la maison exigent d'être rasé de près tous les matins, chose qui vous a déjà été rappelée par oral à maintes reprises et qui n'est toujours pas respectée. Nous ne voulons en aucun cas devoir intervenir une deuxième fois pour un incident de ce type. Si cela devait être le cas, nous nous verrions dans l'obligation de prendre les mesures qui s'imposent."

Interpellé pour se prononcer sur les raisons invoquées par l'ancien employeur, l'assuré a répondu par lettre du 25 février 2012 dont la teneur est la suivante :

"J'ai travaillé du 6 mai 2011 au 29 février 2012 comme aide de cuisine au restaurant " X. _____ SA". J'ai été licencié le 27 janvier 2012. Mon patron a invoqué les motifs suivants comme raison de mon licenciement : retard le matin et absence de rasage. Je conteste ces motifs.

En effet, je devais commencer à 6h du matin afin d'effectuer les nettoyages avant l'ouverture du restaurant à 8h30. Jusqu'au 12 décembre 2011 je ne suis jamais arrivé en retard car le bus N° 6 me permettait d'arriver à l'heure. Malheureusement à partir de cette date les TL ont changé leur horaire et supprimé le premier bus N° 6, ce qui a fait que le premier bus disponible me faisait arriver à 6h20 à [...]. J'ai expliqué cette situation à mon patron en lui disant que j'arriverais à faire les nettoyages dans le temps imparti, soit avant 8h30, même si je commençais à 6h30. Il a été convenu avec mon patron que je terminerai à la place une demi heure plus tard l'après-midi. C'est exactement ce que j'ai fait. J'ai toujours terminé les nettoyages avant 8h30. Il est donc faux de prétendre que j'arrivais en retard, j'ai bien, à partir du 12 décembre, commencé à travailler une demi heure plus tard mais c'était en accord avec mon patron et cela n'a jamais influencé sur la qualité de travail que j'effectuais et je terminais une demi-heure que auparavant.

D'autre part, mon patron me reproche aussi de, soi-disant, ne pas me raser tous les jours. De nouveau, cette affirmation est fausse. En effet je me rase soigneusement tous les jours, mais j'ai des cheveux, des poils foncés et le teint mat ce qui fait que j'ai rapidement, au bout de quelques heures, une ombre sombre sur les joues. Je ne considère pas que cela soit de ma faute. Je tiens par ailleurs à préciser que mon travail consistait à effectuer les nettoyages et la plonge et que je n'avais pas de contact avec les clients."

Par décision du 21 mars 2012, la Caisse cantonale de chômage a relevé notamment que le refus de se raser chaque jour était la principale raison du licenciement de l'assuré, qui travaillait dans le domaine de la restauration, que celui-ci n'était pas toujours à l'heure le matin pour les nettoyages et avait été averti à plusieurs reprises par oral et par écrit, si bien qu'il portait une part de responsabilité dans la perte de son emploi. La Caisse a donc retenu que l'assuré avait commis une faute de gravité moyenne et fixé la suspension du droit à l'indemnité à 16 jours indemnisables.

Par lettre du 27 mars 2012, l'assuré a fait opposition à cette décision en reprenant pour l'essentiel l'argumentation développée dans sa lettre du 25 février 2012.

Par décision du 8 juin 2012, la Caisse cantonale de chômage a rejeté l'opposition et confirmé la décision du 21 mars 2012 pour le motif que l'employeur avait adressé deux avertissements écrits des 1^{er} juillet et 31 octobre 2011, auxquels l'assuré ne s'était pas opposé et qu'il avait

même signés, si bien qu'une faute au sens de l'assurance-chômage était prouvée.

B. Par acte du 26 juin 2012, R._____ a recouru contre la décision sur opposition en concluant à son annulation. Il a repris une nouvelle fois les explications données dans sa lettre du 25 février 2012 au sujet de ses horaires de travail et de ses problèmes de rasage, en relevant qu'il n'avait aucun contact avec les clients du restaurant comme plongeur et nettoyeur et qu'il avait signé les avertissements car il craignait de perdre son emploi s'il refusait. Enfin, il a constaté que le licenciement était plutôt dû à ses problèmes de santé au début 2012.

Dans sa réponse du 22 août 2012, l'intimée a conclu au rejet du recours en se référant aux motifs de la décision attaquée.

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. 100 al. 3 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 16 jours indemnisables pour le motif que son comportement aurait donné lieu à la résiliation du contrat de travail conclu pour une durée indéterminée.

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 (Boris Rubin, Assurance-chômage, 2^e édition, 2006, p. 432 ch. 5.8.11.4.2 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 (p. ex. manque de respect envers les collègues; 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 (TFA C 218/00 du 30 novembre 2000; TFA du 18 septembre 1981 in : DTA 1982 No 4 p. 37; arrêt du Tribunal administratif du canton de Vaud 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; cf. TFA du 20 mai 1981 in : DTA 1981 No 29 p. 126).

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 (TFA 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, le recourant a été licencié le 27 janvier 2012 avec effet au 29 février 2012, délai prolongé jusqu'au 31 mars 2012 en raison de périodes de maladie. Il s'agit donc d'un licenciement ordinaire (art. 335 al. 1 CO), et non pas d'un licenciement avec effet immédiat (art. 337 CO). Il en découle que le congé donné au recourant n'avait pas besoin d'être précédé d'un avertissement. En effet, en tant que telle, la notion d'avertissement ne ressortit pas tant à la procédure de licenciement ordinaire qu'à celle de licenciement immédiat (TF 4A_419/2007 du 29 janvier 2008 consid. 2.6; Jean-Philippe Dunand, in Commentaire du contrat de travail, Dunand/Mahon éd., 2013, n. 92 ad art. 336 CO, p. 686). Il faut donc examiner si le comportement du recourant a conduit à son licenciement pour un motif qu'on peut lui reprocher du point de vue de l'assurance-chômage, les deux avertissements donnés au recourant devant être examiné sous cet angle.

Le principal reproche fait par l'intimée au recourant dans la décision du 27 mars 2012 est de ne pas s'être rasé chaque jour, grief de l'employeur qu'elle considère comme la principale cause du licenciement. Quant à la décision attaquée, elle se contente de renvoyer aux deux avertissements adressés au recourant, ce qui est sommaire.

Le premier avertissement donné le 1^{er} juillet 2011 concerne une altercation du recourant avec un collègue de travail; il n'y est fait aucune mention au sujet d'un rasage irrégulier ou insuffisant, si bien qu'il ne saurait être mis en relation avec le licenciement. Le deuxième avertissement donné le 31 octobre 2011 a trait à une nouvelle altercation du recourant avec son supérieur, avec un rappel écrit au sujet de l'exigence d'être rasé de près tous les matins, qui n'est pas évoqué à titre principal mais est mis en relation avec l'autre grief au sujet du respect des instructions données au travail par la hiérarchie. L'intimée considère que la signature par l'assuré des deux avertissements vaut aveu, lequel fonde une faute de sa part. Un tel raisonnement ne saurait être suivi. En effet, par sa signature, le recourant déclare uniquement avoir pris connaissance ou avoir lu et compris les avertissements. Il est douteux qu'on puisse y voir une reconnaissance expresse du fait que des reproches pouvaient lui être fait quant à son rasage matinal, compte tenu de leur aspect subsidiaire dans les reproches faits par l'employeur.

Quoi qu'il en soit, le principal grief de l'employeur évoqué à l'appui du licenciement a trait au rasage matinal, et non pas à une nouvelle altercation au travail dont le recourant aurait été responsable. Dans la mesure où le rasage matinal ne revêtait qu'une importance secondaire dans le cadre du deuxième avertissement donné le 31 octobre 2011 et compte tenu du fait que le recourant a contesté se raser d'une manière négligente, évoquant un problème de peau et de pilosité, le motif tiré d'un rasage irrégulier ne pouvait pas fonder le licenciement, tout au moins sans un nouvel avertissement formulé expressément à ce sujet. Le comportement reproché au recourant doit être examiné avec d'autant plus de réserve que les affirmations de l'employeur et de l'employé divergent au sujet d'une éventuelle négligence de ce dernier au sujet du rasage.

A cela s'ajoute que le rasage quotidien ne peut pas faire partie des exigences imposées à un travailleur occupant un emploi de plongeur et de nettoyeur, par définition sans contact direct ni avec les aliments, ni du reste en principe avec la clientèle d'un établissement public de restauration. On peut relever que l'art. 39 al. 1 LADB (loi vaudoise sur les auberges et les débits de boissons du 26 mars 2002, RSV 935.31) prévoit que tout établissement doit répondre aux exigences notamment en matière sanitaire et d'hygiène alimentaire, sans formuler aucune exigence en matière de rasage. De même, l'OHyg (ordonnance du DFI sur l'hygiène du 23 novembre 2005; RS 817.024.1), qui définit les exigences s'appliquant à l'hygiène du personnel des établissements du secteur alimentaire (art. 1 al. 1 let. b), dispose que toute personne qui travaille dans un établissement du secteur alimentaire doit veiller à avoir une hygiène personnelle et une propreté adéquate lorsqu'elle utilise des denrées alimentaires (art. 21 al. 1). Or, outre le fait qu'aucune mention n'est faite par l'OHyg au rasage, il faut souligner que l'activité du recourant ne concernait pas l'utilisation des denrées alimentaires. Sur le site Internet de l'Etat de Vaud (www.vd.ch/fileadmin/user), on peut lire un avis intitulé "hygiène dans les cuisines" qui mentionne, parmi les précautions indispensables, notamment se laver soigneusement les mains avant chaque reprise du travail, enlever les bijoux et les montres (seule l'alliance est tolérée), porter si nécessaire une coiffe et pratiquer des soins corporels journaliers. Aucune mention expresse au rasage n'y est faite et, à nouveau, cet avis vise surtout à limiter la contamination des aliments, avec lesquels le recourant n'était pas en contact direct. Dans ces conditions, si l'on peut laisser ouverte la question de savoir si un rasage quotidien (et l'absence du port de la barbe) peut être exigé d'une personne qui est en contact avec les aliments destinés à la consommation du public, force est d'admettre qu'un employeur ne saurait imposer une telle exigence à un agent de nettoyage et à un plongeur, que la clientèle ne remarque en principe pas. Du point de vue de l'assurance-chômage, on ne saurait donc retenir que le recourant a commis une faute en suscitant son licenciement par un comportement général ayant donné lieu au licenciement. Le recours est ainsi fondé.

4. Compte tenu de ce qui précède, il convient d'admettre le recours et d'annuler la décision attaquée.

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.
- II.** La décision sur opposition rendue le 8 juin 2012 par la Caisse cantonale de chômage est annulée.
- III.** 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 cantonale de chômage,
- 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 :