RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1308/2021 **ATAS/689/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 28 juin 2021

6ème Chambre

En la cause

Monsieur A_____, domicilié _____, à GENÈVE, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître Milos BLAGOJEVIC	recourant

contre

OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI, sis rue des Gares 16 GENÈVE	intimé

Siégeant : Valérie MONTANI, Présidente; Yda ARCE et Jean-Pierre WAVRE, Juges assesseurs

EN FAIT

A. a. Monsieur A_____ (ci-après : l'assuré), né le _____ 1984, père de B_____ né le _____ 2009 et C_____ né le _____ 2020, s'est inscrit à l'office régional de placement (ci-après : l'ORP) le 7 avril 2020 pour un emploi à plein temps. Son dernier contrat de travail de durée déterminée en tant que manutentionnaire s'est terminé le 30 mars 2020.

b. Le 25 août 2020, l'ORP a enjoint l'assuré de participer à une mesure auprès de D_____ du 31 août au 11 septembre 2020.

c. Le 27 août 2020, le procès-verbal d'entretien de conseil indique que l'assuré doit s'occuper de son enfant et que la situation ne permet pas l'entrée en mesure.

d. Le 31 août 2020, l'office cantonal de l'emploi (ci-après : l'OCE) a informé l'assuré que son aptitude au placement serait examinée, vu son indisponibilité à honorer les obligations envers l'ORP, notamment en matière d'entretien de conseil, au motif de devoir garder son enfant.

e. Le 8 septembre 2020, l'assuré a écrit à l'OCE qu'il s'occupait de son fils la nuit pour permettre à son épouse, qui avait vécu un accouchement difficile, de se reposer ; dès début octobre, il pourrait reprendre ses recherches d'emploi, stages et autres, dont le programme de réinsertion. Il a communiqué un certificat médical du docteur E_____ du 24 août 2020, centre médical F_____, indiquant que l'enfant C_____ avait besoin de la présence paternelle jusqu'à fin septembre 2020.

B. a. Par décision du 15 septembre 2020, l'OCE a déclaré l'assuré inapte au placement dès le 25 août 2020 et l'a invité à se réinscrire auprès de l'ORP lorsqu'il aurait une solution concrète de garde.

b. Le 24 septembre 2020, l'assuré a débuté une activité à plein temps d'employé de nettoyage pour G_____, pour une durée de trois mois et du 2 octobre au 15 octobre 2020, comme aide-monteur. Le 29 septembre 2020, l'ORP a annulé son dossier.

c. Le 2 octobre 2020, l'assuré a fait opposition à la décision précitée ; il avait demandé de ne pas suivre un cours mais avait continué d'effectuer des recherches d'emploi et décroché un travail le 21 septembre. Il était apte au placement à 100 %.

d. Par décision du 2 mars 2021, l'OCE a partiellement admis l'opposition et déclaré l'assuré inapte au placement du 24 août (recte : 25 août) au 23 septembre 2020 dès lors qu'il avait, dès le 24 septembre 2020, amené la preuve de la reprise d'une activité. L'assuré s'est inscrit à nouveau à l'ORP le 24 septembre 2020.

C. a. Le 14 avril 2021, l'assuré, représenté par un avocat, a recouru à l'encontre de la décision précitée, en concluant à son annulation et à l'octroi d'indemnité de chômage du 24 août au 23 septembre 2020. Il était apte à travailler selon un horaire adapté à sa situation, voire à temps partiel durant les après-midi. Le certificat du Dr E_____ ne visait qu'à le dispenser de participer à la mesure auprès de D_____

qui se déroulait dès 7h du matin, soit un horaire inadapté dès lors qu'il s'occupait de son enfant la nuit ; il avait continué à rechercher du travail et en avait trouvé un dès le 24 septembre 2020, soit même antérieurement aux 30 septembre 2020. En cas de doute, l'intimé aurait dû investiguer et éventuellement réduire l'indemnité ; par ailleurs, en application du principe de la proportionnalité, c'était tout au plus une suspension du droit au chômage que l'intimé aurait pu prononcer.

b. Le 11 mai 2021, l'intimé a conclu au rejet du recours en relevant que les recherches d'emploi du recourant ne prouvaient pas qu'il était apte au placement et qu'il aurait eu le temps, depuis la naissance de son enfant de mettre en place un système de garde.

c. Le 1er juin 2021, le recourant a répliqué en soulignant qu'il avait uniquement demandé une dispense de suivre la mesure imposée par l'intimé.

d. Le 28 juin 2020, la chambre de céans a entendu les parties en audience. La représentante de l'intimé a conclu à la reconnaissance de l'aptitude au placement du recourant à 50% du 25 août au 23 septembre 2020. Le recourant a persisté dans ses conclusions, en admission d'une aptitude au placement totale durant la période litigieuse.

EN DROIT

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), 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.

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

3. Le litige porte sur la question de l'aptitude au placement à 100% du recourant du 25 août au 23 septembre 2020, étant relevé que l'intimé a reconnu, en cours de procédure, une aptitude à 50% du recourant durant la période précitée.

4. a. L'assuré n'a droit à l'indemnité de chômage que s'il est apte au placement (art. 8 al. 1 let. f LACI). Est réputé apte à être placé le chômeur qui est disposé à accepter un travail convenable et à participer à des mesures d'intégration et est en mesure et en droit de le faire (art. 15 al. 1 LACI). Par mesures d'intégration, on entend toutes les mesures ordonnées par l'ORP, c'est-à-dire aussi bien les assignations à participer à des mesures de marché du travail que les rendez-vous pour les entretiens de conseil à l'ORP (Boris RUBIN, Assurance-chômage, Droit fédéral, Survol des mesures cantonales, procédure, 2ème éd., Zurich 2006, n° 3.9.6 p. 209). L'assuré doit en outre se conformer aux prescriptions de contrôle (art. 17 al. 2 LACI).

L'aptitude au placement comprend ainsi deux éléments : la capacité de travail d'une part, c'est-à-dire la faculté de fournir un travail – plus précisément d'exercer une activité lucrative salariée – sans que l'assuré en soit empêché pour des causes inhérentes à sa personne, et, d'autre part, la disposition à accepter un travail convenable au sens de l'art. 16 LACI, ce qui implique non seulement la volonté de prendre un tel travail s'il se présente, mais aussi une disponibilité suffisante quant au temps que l'assuré peut consacrer à un emploi et quant au nombre des employeurs potentiels (ATF 125 V 58 consid. 6a, 123 V 216 consid. 3 et la référence).

L'aptitude au placement peut être niée notamment en raison de recherches d'emploi continuellement insuffisantes, en cas de refus réitéré d'accepter un travail convenable, ou encore lorsque l'assuré limite ses démarches à un domaine d'activité dans lequel il n'a, concrètement, qu'une très faible chance de trouver un emploi (ATF 120 V 392 consid. 1 p. 394 et les références).

b. Si le chômeur se soustrait à ses devoirs d'assuré, il ne sera en principe pas d'emblée privé de prestations. Le droit de l'assuré à l'indemnité est d'abord suspendu (art. 30 al. 1 LACI et art. 44 s OACI) puis, en cas de réitération, l'assuré est déclaré inapte au placement (art. 8 al. 1 let. F et 15 LACI ; ATF 120 V 233 consid. 50 p. 251, 112 V 215 consid. 1b p. 218 ; Thomas NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in : Soziale Sicherheit, SBVR vol. XIV, 3e éd. 2016, n. 323 p. 2363). En vertu du principe de la proportionnalité, l'aptitude au placement ne peut être niée qu'en présence de manquements répétés et au terme d'un processus de sanctions de plus en plus longues, et pour autant que les fautes aient été commises en quelques semaines, voire en quelques mois. Il faut qu'un ou plusieurs manquements au moins correspondent à des fautes moyennes ou graves. Il n'est pas possible de constater l'inaptitude au placement seulement si quelques fautes légères ont été commises. L'assuré doit pouvoir se rendre compte, au vu de la gradation des sanctions endurées, que son comportement compromet de plus en plus son droit à l'indemnité. En cas de cumul de manquements sanctionnées, l'inaptitude prend effet le premier jour qui suit le manquement qui entraîne la constatation de l'inaptitude au placement (arrêt du Tribunal fédéral 8C 65/2020 du 24 juin 2020).

Le Tribunal fédéral a toujours nié l'aptitude au placement si aucune recherche d'emploi valable n'était disponible, ou si, en plus des recherches d'emploi manquantes ou insuffisantes, d'autres motifs, tels que le refus (multiple) d'emplois assignés, étaient avérés. En revanche, le Tribunal fédéral est très réticent à accorder l'aptitude (recte inaptitude) au placement lorsque le comportement fautif a uniquement pris la forme de recherches d'emploi insuffisantes. Même si de tels efforts insuffisants ont été entrepris durant plusieurs mois et, le cas échéant, étaient combinés avec l'absence non excusée à des entretiens de conseil, le Tribunal fédéral a toujours confirmé l'aptitude au placement lorsque, au minimum, certains efforts étaient fournis. Cependant, dans de telles configurations, il existe aussi des

cas limites qui justifient pour le moins un examen de l'aptitude au placement (Audit Letter, Édition 2018/2, septembre 2018).

S'agissant d'un assuré qui avait refusé à réitérées reprises de participer à des mesures d'intégration de l'assurance-chômage, le Tribunal fédéral a considéré que cela suffisait à nier son aptitude au placement, précisant que les entretiens ont pour but le contrôle de l'aptitude et de la disponibilité au placement des assurés et que le recourant avait empêché l'autorité compétente d'en vérifier les conditions de réalisation sur une période relativement longue (arrêt du Tribunal fédéral 8C_749/2011 du 16 août 2012 consid. 4).

Par ailleurs, l'aptitude au placement doit être admise avec beaucoup de retenue lorsque, en raison de l'existence d'autres obligations ou de circonstances particulières, un assuré désire seulement exercer une activité lucrative à des heures déterminées de la journée ou de la semaine. Un chômeur doit être considéré comme inapte au placement lorsqu'une trop grande limitation dans le choix des postes de travail rend très incertaine la possibilité de trouver un emploi. Peu importe, à cet égard, le motif pour lequel le choix des emplois potentiels est limité (ATF 120 V 385 consid. 3a p. 388 ; BORIS RUBIN op.cit., n. 26 ad art. 15 LACI). Dans cet arrêt (8C 65/2020 du 24 juin 2020), le Tribunal fédéral a considéré que l'aptitude au placement doit être niée pour un assuré qui avait refusé à deux reprises d'offrir ses services pour des activités lucratives, au motif que les horaires de travail ne lui convenaient pas pour des raisons d'ordre personnel (postes incompatibles avec la garde partagée de son fils).

c. L'OFIAMT - aujourd'hui, le Secrétariat d'Etat à l'économie - a édicté une directive relative à l'inaptitude au placement des assurés ayant la garde d'enfants en bas âge, parue dans le bulletin AC 93/1, fiche 3. Cette directive, qui figure dans la compilation AC 98/1 - fiche 8, est conforme au droit fédéral (DTA 2006 n° 3 p. 64 consid. 4 et les références [arrêt du 20 juillet 2005, C 88/05]). Elle prévoit que les assurés, hommes et femmes, qui assument la garde de leurs enfants doivent remplir les mêmes conditions que les autres assurés pour être réputés aptes au placement selon l'art. 15 al. 1 LACI. Ils doivent donc être disposés à accepter un travail convenable et en mesure de le faire. Il leur appartient donc d'organiser leur vie personnelle et familiale de telle manière qu'ils ne soient pas empêchés d'occuper un emploi. Selon cette directive, la manière dont les parents entendent régler la question de la garde de leurs enfants relève de leur vie privée. En conséquence, l'assurance-chômage n'entreprendra aucune vérification à ce sujet au moment du dépôt de la demande d'indemnités, sous réserve de cas d'abus manifestes. En revanche, si au cours de la période d'indemnisation, la volonté ou la possibilité de confier la garde des enfants à une tierce personne apparaît douteuse au vu des déclarations ou du comportement de l'assuré (recherches d'emploi insuffisantes, exigences mises à l'acceptation d'un emploi ou refus d'un emploi convenable), l'aptitude au placement devra être vérifiée en exigeant, au besoin, la preuve d'une possibilité concrète de garde. Cette réglementation doit être appliquée d'une

manière rigoureusement identique aux pères et mères (cf. consid. 4 de l'arrêt du 19 mai 2006, C 44/05 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C 769/2018 du 5 septembre 2019).

5. En ce qui concerne la preuve, 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, 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).

6. En l'occurrence, le recourant a précisé, lors de l'audience du 21 juin 2020, que, devant s'occuper de son enfant durant les nuits, il n'était disponible, durant la période litigieuse, pour accepter un emploi ou suivre une mesure ordonnée par l'intimé, que dès midi. Le recourant estime qu'il présente néanmoins une aptitude au placement à 100% dès lors qu'il est prêt à travailler selon un horaire arrangé, soit dès midi jusqu'en fin de soirée.

   Préalablement, il y a lieu de constater que le recourant n'est pas empêché de travailler pour un motif lié à la garde de son jeune enfant durant les horaires qu'il a indiqués, son épouse étant disponible à ce moment-là.

   En revanche et au vu de la jurisprudence précitée, le recourant présente une aptitude au placement réduite dès lors qu'il a indiqué que, durant la période litigieuse, il n'était prêt à accepter un emploi que durant un horaire limité et décalé par rapport à un horaire normal de travail, soit à partir de midi jusqu'en soirée. Or, cette exigence restreint le champ possible des emplois. Même si le recourant a été engagé comme employé de nettoyage, sur des chantiers dès le 24 septembre 2020 selon un horaire qui lui convenait, soit de midi à 19h-20h (PV d'audience du 21 juin 2021), cet emploi était temporaire, sur appel et l'horaire a été accepté par le chef du recourant, à la demande de celui-ci, ce qui démontre qu'il ne s'agit pas d'un horaire usuel, même dans le domaine concerné. Il convient ainsi de constater que les conditions posées par le recourant ont comme conséquence une trop grande limitation dans le choix des postes de travail, de sorte qu'une aptitude au placement à 100% ne peut lui être reconnue.

7. Partant, le recours sera partiellement admis et la décision litigieuse réformée dans le sens que le recourant est reconnu apte au placement à 50% du 25 août au 23 septembre 2020.

8. Le recourant, qui obtient partiellement gain de cause, a droit à une indemnité à titre de participation à ses frais et dépens que la chambre de céans fixera en l'espèce à CHF 1'500.- (art. 61 let. G LPGA et art. 6 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en procédure administrative du 30 juillet 1986 [RFPA – RS E 5 10.03]).

9. Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 89H al. 1 LPA).

PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

À la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet partiellement.
3. Réforme la décision de l'intimé du 2 mars 2021, dans le sens que l'aptitude au placement du recourant est de 50% du 25 août au 23 septembre 2020.
4. Alloue une indemnité de CHF 1'500.- au recourant, à la charge de l'intimé.
5. Dit que la procédure est gratuite.
6. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110); le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière	La présidente
Julia BARRY	Valérie MONTANI

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'au Secrétariat d'État à l'économie par le greffe le