RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1388/2021 **ATAS/954/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 16 septembre 2021

5ème Chambre

En la cause

Monsieur A_____, domicilié _____, à GENÈVE, représenté par GROUPE SIDA GENÈVE	recourant

contre

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

Siégeant : Philippe KNUPFER, Président; Toni KERELEZOV et Monique STOLLER FÜLLEMANN, Juges assesseurs

EN FAIT

1. Monsieur A_____ (ci-après : l'assuré ou le recourant), né le _____ 1982, s'est inscrit auprès de l'office cantonal de l'emploi (ci-après : l'OCE ou l'intimé), en date du 18 mai 2020, pour un taux d'activité à 100%.

2. L'attention de l'assuré a été attirée sur le fait que tout manquement aux obligations envers l'assurance-chômage, ainsi qu'aux instructions de l'ORP, pouvait entraîner une suspension du droit à l'indemnité.

3. En date du 29 septembre 2020, le service juridique de l'OCE lui a infligé une première sanction sous la forme d'une suspension du droit à l'indemnité de 3 jours, à compter du 1er septembre 2020, en raison du fait que pour la période allant de mai à août 2020 ses recherches d'emploi étaient insuffisantes en quantité. L'assuré n'a pas contesté la sanction.

4. Par décision du service juridique de l'OCE du 5 novembre 2020, une deuxième sanction a été infligée à l'assuré, sous la forme d'une suspension du droit à l'indemnité de 13 jours, à compter du 9 septembre 2020, en raison du fait que l'assuré avait été enjoint à effectuer une mesure du marché du travail, soit une formation chez Léman emploi du 7 au 18 septembre 2020, par décision du 21 août 2020, et qu'il ne s'était pas présenté à la mesure les deux premiers jours, soit les 7 et 8 septembre 2020, sans explication.

5. Par décision du service juridique de l'OCE du 11 novembre 2020, l'assuré a fait l'objet d'une troisième sanction, sous la forme d'une suspension du droit à l'indemnité de 14 jours, à compter du 1er octobre 2020 en raison du fait que ses recherches personnelles d'emploi relatives au mois de septembre 2020 avaient été remises tardivement.

6. Par courrier daté du 6 novembre 2020, l'assuré a fait opposition aux sanctions du 29 septembre et du 5 novembre 2020. Il expliquait être dans une situation financière difficile, faire l'objet d'un avis d'expulsion pour retard dans le paiement de son loyer et être séropositif depuis février 2014, sans que le prix des médicaments ne soit couvert par son assurance. Il ajoutait être tombé dans une grave dépression, être obligé de manger dans les restaurants sociaux, faisant de son mieux pour survivre et effectuer ses recherches d'emploi. S'agissant de la mesure du marché du travail chez Léman emploi, l'assuré expliquait avoir mal compris l'e-mail que lui avait adressé le conseiller de Léman emploi et s'être présenté le 9 septembre à 15h20 en lieu et place du 7 septembre 2020. Il précisait avoir immédiatement informé sa conseillère en personnel et avoir demandé qu'on l'inscrive au prochain cours, précisant qu'il était actuellement en train de suivre ledit cours. Il ajoutait qu'il ne comprenait pas la sévérité des sanctions dont il faisait l'objet, uniquement pour un problème de mauvaise compréhension de sa part.

7. L'OCE a invité l'assuré à indiquer pour quelles raisons il avait attendu le 6 novembre pour s'opposer à la première décision de sanction du 29 septembre 2020, celle-ci étant entrée en force dans l'intervalle. Un délai lui était fixé au

7 décembre 2020 pour fournir tout renseignement ou document permettant de justifier les raisons pour lesquelles il n'avait pas formé opposition dans le délai de 30 jours.

8. Par décision sur opposition du 7 décembre 2020, l'opposition du 6 novembre 2020 contre la première décision de sanction du 29 septembre 2020 a été déclaré irrecevable, car tardive, aucun motif de restitution des délais n'ayant pu être retenu.

9. En ce qui concerne la deuxième décision de sanction de 13 jours de suspension des indemnités, datée du 5 novembre 2020, le conseil de l'assuré a complété l'opposition du 6 novembre 2020, par courrier du 22 janvier 2021, reprenant les explications de l'assuré et alléguant qu'il ne s'agissait pas d'un abandon de cours, ni d'une non-présentation à un cours sans motif valable, mais d'une mauvaise communication entre l'assuré et Léman emploi. Par conséquent, la sanction de 13 jours de suspension n'était pas justifiée et ne respectait d'ailleurs pas la directive LACI, dès lors que le barème de sanction, sous chiffre D79 3D1, prévoyait une suspension équivalente au nombre effectif de jours de cours non fréquentés. Dès lors que l'assuré avait manqué 2 jours, l'OCE ne pouvait pas décider d'une suspension supérieure à 2 jours au maximum. Il concluait à l'annulation de toute sanction, subsidiairement à sa réduction à 2 jours en lieu et place de 13 jours.

10. Par décision sur opposition du 5 mars 2021, l'OCE a confirmé la deuxième sanction et écarté l'attestation médicale produite, considérant que cette dernière n'était pas de nature à justifier le manquement de l'assuré, dès lors qu'il n'était pas en incapacité de travail au moment des faits. L'OCE ajoutait que la quotité de la sanction respectait le barème du SECO, car il s'agissait d'un deuxième manquement et que la mesure devait se dérouler pendant 10 jours, soit du 7 au 18 septembre 2020 et non pas pour moins de 10 jours, ce qui écartait l'application du chiffre D79 3D1.

11. Par écriture postée le 22 avril 2021, le conseil de l'assuré a recouru contre la décision du 5 mars 2021, notifiée le 8 mars 2021. Il concluait, principalement, à l'annulation de la sanction et, subsidiairement, à sa réduction à la quotité de deux jours de suspension du droit à l'indemnité. Le recours était motivé par le fait que c'était en raison d'une aggravation de son état psychiatrique que l'assuré ne s'était pas rendu aux rendez-vous des 7 et 8 septembre 2020 chez Léman emploi, croyant que le premier rendez-vous aurait lieu le 9 septembre 2020. À cet effet, il produisait un certificat médical daté du 27 novembre 2020 et signé par le docteur B_____, spécialiste FMH en médecine interne et en infectiologie, attestant que l'assuré avait, depuis la perte de son emploi fin avril 2020, présenté une aggravation de sa maladie psychiatrique, ayant gravement entamé sa capacité à gérer et suivre ses affaires administratives. En raison de la pandémie COVID-19, il n'avait pas pu reprendre un suivi psychothérapeutique. Le médecin concluait que le patient devait donc recevoir de la part des personnes responsables de son dossier social une indulgence particulière et, si possible, une prolongation des délais administratifs dans le domaine administratif. Le conseil du recourant reprenait l'argumentation

développée devant l'OCE quant au fait que le retard de présentation au cours était dû à une mauvaise communication, exacerbée par l'état psychiatrique du recourant, et ne pouvait pas être assimilé à un abandon de cours, ni à une non-présentation à un cours sans motif valable. De surcroît, le conseil du recourant répétait que le barème des sanctions appliquées par l'OCE était erroné et que l'assuré ne pouvait pas se voir infliger une sanction supérieure au nombre de jours manqués, soit deux jours au maximum.

12. Par réponse du 21 mai 2021, l'OCE a persisté intégralement dans les termes de sa décision, ajoutant que les courriers électroniques des 20 août et 2 septembre 2020 étaient explicites, répétant la planification d'un atelier portofolio B le 7 septembre 2020 et d'un atelier CV B le 8 septembre 2020. Seule l'heure de l'entretien personnel prévu le 9 septembre 2020 avait été décalée à 15h30. Au vu du texte des emails, il n'était pas possible de comprendre que les cours des 7 et 8 septembre 2020 avaient été annulés, comme le prétendait le recourant.

13. Par réplique du 25 juin 2021, le recourant a persisté dans ses conclusions tout en rappelant que la quotité de la sanction ne pouvait pas dépasser 10 à 12 jours, selon le barème SECO D79 3D, dès lors qu'il s'agissait d'une absence à un cours d'une durée d'environ trois semaines.

14. Par duplique du 8 juillet 2021, l'intimé a également persisté dans ses conclusions.

15. Sur ce, la cause été gardée à juger.

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 (art. 38 al. 3 et 60 LPGA), compte tenu de la suspension des délais du 7ème jour avant Pâques au 7ème jour après Pâques inclusivement (art. 61 let. b LPGA et art. 89B de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10), le recours est recevable.

3. Le litige porte sur le bien-fondé et la quotité de la sanction prononcée contre le recourant, pour ne pas avoir suivi, dès le début, la mesure de formation à laquelle il était inscrit.

4. Selon l'art. 17 al. 3 let. a LACI, l'assuré qui fait valoir des prestations d'assurance a l'obligation, lorsque l'autorité compétente le lui enjoint, de participer, aux mesures relatives au marché du travail propres à améliorer son aptitude au placement.

5. Selon l'art. 30 al. 1 let. d LACI, le droit de l'assuré à l'indemnité est suspendu notamment lorsqu'il est établi que celui-ci ne se présente pas à une mesure de marché du travail ou l'interrompt sans motif valable.

6. La durée de la suspension est proportionnelle à la gravité de la faute (art. 30 al. 3 LACI ; arrêt du Tribunal fédéral 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, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, ch. 114 ss ad art. 30).

7. En tant qu'autorité de surveillance, le SECO a adopté un barème indicatif à l'intention des organes d'exécution. 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 et de fixer la sanction en fonction de la faute (arrêt du Tribunal fédéral 8C_425/2014 du 12 août 2014, consid. 5.1).

8. Selon les directives du SECO, un premier abandon de cours sans motif valable donne lieu, pour un cours de dix semaines à une suspension de dix-neuf à vingt jours du droit à l'indemnité de l'assuré, à augmenter en conséquence pour un cours plus long (Bulletin LACI/D79 n. 3 D.5 et 6).

9. La quotité de la suspension du droit à l'indemnité de chômage dans un cas concret constitue une question relevant du pouvoir d'appréciation (arrêt du Tribunal fédéral 8C_194/2013 du 26 septembre 2013 consid. 5.2). Le juge ne s'écarte de l'appréciation de l'administration que s'il existe de solides raisons. 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).

10. 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 130 III 321 consid. 3.2 et 3.3; ATF 126 V 353 consid. 5b;

ATF 125 V 193 consid. 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 319 consid. 5a).

11. En l'espèce, le conseil du recourant ne nie pas que ce dernier ne s'est pas présenté à la date fixée pour le premier jour de formation auprès de Léman emploi. Il allègue que ce manquement était dû à une mauvaise compréhension des e-mails envoyés par le responsable de formation au sein de Léman emploi et ne pouvait, en tout état, pas être considéré comme une non présentation ou un abandon de cours. Subsidiairement, le conseil du recourant critique l'application du barème des sanctions du SECO (ci-après : barème SECO), considérant que ce dernier ne devait donner lieu qu'à une suspension maximale de deux jours.

    Selon la communication par e-mail du 2 septembre 2020 envoyé par Léman emploi à l'intimé, Léman emploi a constaté l'absence non justifiée du recourant aux ateliers, en présentiel, des 7 et 8 septembre 2020, ajoutant que l'assuré s'était présenté dans les locaux de Léman emploi le 9 septembre pour son entretien personnel, disant « avoir eu une confusion avec son planning après avoir reçu un courriel de son coach modifiant l'heure du rendez-vous du 9 septembre. Il pensait commencer la mesure ce jour-là ».

    L'e-mail envoyé par Léman emploi au recourant en date du 2 septembre 2020 se réfère « au programme de formation qui débute lundi prochain. Je vous informe que l'heure de votre rendez-vous du 9 septembre a été décalée à 15h30. Merci de prendre en compte ce nouveau planning en pièce jointe ».

    Indubitablement, l'e-mail du mercredi 2 septembre 2020, se réfère à la formation qui débute « lundi prochain » soit le lundi 7 septembre 2020. Malgré le décalage de l'heure du rendez-vous en date du mercredi 9 septembre, le jour de commencement de la formation, soit le lundi 7 septembre était clairement rappelé dans le texte de l'e-mail et ne prêtait pas à confusion. Étant encore précisé qu'un nouveau planning était joint en annexe à l'e-mail, confirmant la date de début des cours.

    Compte tenu de ces éléments, il n'y avait pas lieu, objectivement, de confondre la date de début des cours. S'agissant de l'affection psychiatrique alléguée par le conseil du recourant, il convient de se montrer prudent quant à l'appréciation du médecin traitant du recourant, soit le Dr B_____, étant rappelé que ce dernier n'est pas psychiatre, mais infectiologue et qu'il ne prétend pas que le recourant était en incapacité de travail les 7 et 8 septembre 2020. On ne sait d'ailleurs pas à quelle psychothérapie il se réfère dans son attestation du 27 novembre 2020, ce d'autant moins que le recourant n'a produit aucun document médical permettant de rendre vraisemblable qu'il poursuivait effectivement un suivi psychothérapeutique auprès d'un psychiatre.

    Il résulte de ce qui précède que le recourant ne s'est pas présenté à la mesure de formation les deux premiers jours, sans motif valable ; dès lors, le principe de la faute pouvant donner lieu à une sanction doit être retenu.

12. Cela fait, il convient d'examiner si la sanction respecte le principe de la proportionnalité.

Le cours de formation devait durer du 7 au 18 septembre 2020, sa durée est donc supérieure à 10 jours, mais inférieure à 3 semaines.

Le barème SECO prévoit à son chiffre D79 3.D pour « Non-présentation à un cours ou abandon de ce cours sans motif valable » une suspension d'une durée de 10 à 12 jours (ch. 2) lorsque le cours a une durée de moins de trois semaines, mais de 10 jours au moins. La faute est qualifiée de légère.

La sanction de 13 jours prononcée par l'OCE est plus sévère que le barème, ce qui est motivé par le fait qu'il s'agit d'un deuxième manquement, cette sanction étant prononcée un peu plus d'un mois après la première sanction du 29 septembre 2020 d'une durée de trois jours de suspension, celle-ci étant entrée en force.

Le barème SECO sous ch. D63d traite du cas des suspensions répétées pour un fait différent. Il stipule que pour prolonger la durée de suspension en conséquence, les ACt/ORP ne prennent en compte que les suspensions décidées par les ACt/ORP. Si la personne assurée est à nouveau suspendue durant la période d'observation de 2 ans, la durée de suspension doit être prolongée en conséquence, tout en tenant compte du comportement général de la personne assurée. Les ACt/ORP sont responsables de prolonger la durée de suspension selon leur appréciation et de justifier leur choix dans la décision. De la même manière, s'ils renoncent à prolonger la période de suspension, ils doivent le justifier dans leur décision.

Le chiffre D64 du barème SECO précise encore que la durée de la suspension est fixée en tenant compte de toutes les circonstances du cas particulier, telles que le mobile, les circonstances personnelles, l'âge, l'état civil, l'état de santé, une dépendance éventuelle, l'environnement social, le niveau de formation, les connaissances linguistiques, etc.

En l'occurrence, s'il s'était agi d'un premier manquement, l'OCE aurait vraisemblablement prononcé une suspension égale à la durée minimale de 10 jours. Cette durée a été augmentée de 3 jours, ce qui correspond exactement à la durée de la suspension faisant l'objet de la première sanction.

La chambre de céans considère que cette augmentation est disproportionnée, dès lors qu'elle revient à additionner la durée de la première sanction (3 jours) avec la durée minimale prévue pour le deuxième manquement (10 jours).

Il sied de tenir compte de la situation personnelle du recourant, difficile sur le plan personnel, l'obligeant notamment à avoir recours aux services sociaux pour s'alimenter. Le recourant n'a pas de formation et vit en situation précaire dans un environnement social peu favorisé. Sa situation est aggravée par une condition médicale sévère, en raison de sa séropositivité ; même si cette dernière n'a pas forcément les effets allégués par le recourant sur sa capacité de discernement, il

n’en reste pas moins qu’il est notoire que le traitement de la séropositivité par les antirétroviraux peut entraîner des troubles métaboliques.

De surcroît, les explications données par le recourant sur sa mauvaise compréhension quant au jour de début du cours de formation correspondent à celles qui ont été données par Léman emploi ; or, il convient d’admettre qu’une confusion sur le jour de début du cours est moins grave qu’une non présentation intentionnelle à une mesure prononcée par l’OCE ou à un abandon d’une formation en cours de route.

À l’aune de ces différents éléments et des circonstances du cas particulier, il convient de retenir la quotité minimale prévue par le barème SECO, soit 10 jours de suspension et d’ajouter 1 jour de suspension en raison du fait qu’il s’agit d’un deuxième manquement.

13. Le recours sera donc partiellement admis et la décision réformée, le nombre de jours de suspension du droit à l’indemnité de chômage étant réduit de 13 à 11 jours.

14. Le recourant, représenté par un avocat, obtient partiellement gain de cause, de sorte qu'il a droit à une indemnité à titre de participation à ses frais et dépens, que la chambre de céans fixera à CHF 1'000.- (art. 61 let. g LPGA ; art. 89H al. 3 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 – LPA ; RS E 5 10 ; art. 6 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en procédure administrative du 30 juillet 1986 ; RFPA - RS E 5 10.03).

15. Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA).

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 du 5 mars 2021 en ce sens que la suspension du droit à l'indemnité de chômage du recourant est réduite de treize à onze jours de suspension du droit à l'indemnité.
4. Alloue au recourant la somme de CHF 1'000.- à titre de participation à ses frais et dépens.
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	Le président
Nathalie LOCHER	Philippe KNUPFER

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