RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

**A/1452/2021** **ATAS/871/2021**

# COUR DE JUSTICE

## Chambre des assurances sociales

# Arrêt du 26 août 2021

**5ème Chambre**

En la cause

| | |
|---|---|
| Monsieur A_____, domicilié à CAROUGE | recourant |
| contre | |
| OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI, Service juridique, sis rue des Gares 16, GENÈVE | intimé |

**Siégeant : Philippe KNUPFER, Président; Pierre-Bernard PETITAT et Monique STOLLER FÜLLEMANN, Juges assesseurs**

## EN FAIT

1. Par courrier du 31 mai 2019, B_____ SA a résilié les rapports de travail, d'un commun accord, avec son employé Monsieur A_____ (ci-après : l'assuré ou le recourant), chef de projet informatique, né en 1964, avec effet au 31 août 2019.

2. L'assuré s'est inscrit auprès de l'office cantonal de l'emploi (ci-après : l'OCE ou l'intimé) en date du 3 septembre 2019 avec demande d'ouverture d'un délai-cadre en sa faveur dès cette date.

3. En date du 13 novembre 2019, l'assuré a fait l'objet d'une sanction sous la forme d'une suspension de neuf jours du droit à l'indemnité en raison du fait qu'il n'avait pas suffisamment effectué de recherches d'emploi pendant son délai de congé. Sur recours auprès de la chambre de céans, la sanction a été confirmée.

4. En date du 2 mars 2021, l'OCE a notifié à l'assuré une décision de suspension du droit à l'indemnité pour une durée de huit jours, à compter du 23 février 2021, en raison du fait qu'il n'avait pas répondu à un entretien de conseil téléphonique qui devait se dérouler le 22 février 2021 à 10h00.

5. Par courrier du 3 mars 2021, l'assuré a demandé à l'OCE de bien vouloir excuser son manquement, expliquant qu'il n'avait pas pu répondre à l'entretien de conseil téléphonique, car il était souffrant et que finalement son entretien mensuel avait été déplacé deux jours plus tard le 26 février 2021 à 10h00. Il concluait en demandant à l'OCE de bien vouloir réévaluer la situation sur la base des éléments susmentionnés.

6. Par décision sur opposition du 8 avril 2021, l'OCE a écarté l'opposition de l'assuré et a confirmé la sanction figurant dans la décision du 2 mars 2021, au motif notamment, que selon les déclarations de la première heure faite à sa conseillère personnelle, le 22 février 2021 à 10h28, il était à la Poste au moment de l'appel et avait oublié de prendre son téléphone portable avec lui, raison pour laquelle il n'avait pas pu répondre. Il n'avait pas mentionné qu'il était souffrant. L'OCE ajoutait que dans son formulaire IPA du 27 février 2021, à la question de savoir s'il avait été en incapacité de travailler durant la période contrôlée, l'assuré avait répondu par la négative. Pour cette raison, le défaut de l'assuré n'était pas justifié et la sanction prononcée était proportionnée, tenant compte du fait qu'il s'agissait du deuxième manquement sanctionné.

7. Par écriture du 26 avril 2021, l'assuré a fait recours contre la décision du 8 avril 2021, déclarant qu'il était souffrant depuis plusieurs jours et « déconnecté de la réalité », raison pour laquelle il n'avait plus pensé à ce rendez-vous téléphonique et s'était rendu à la Poste et aussi à la pharmacie. Il avait remarqué, plus tard, des appels en absence sur son portable. Pour confirmer son argumentation, il joignait le ticket de caisse de la pharmacie, indiquant la date et l'heure, ainsi que l'attestation de son médecin qui confirmait son état le jour du rendez-vous téléphonique. Implicitement, il concluait à l'annulation de la sanction. En annexe figurait un ticket de caisse de la pharmacie des Fontaines, daté du 22 février 2021 à 10h08,

ainsi qu'un certificat médical du docteur C_____, généraliste, daté du 22 avril 2021 et se référant à la sanction prononcée par l'OCE en date du 22 février 2021. Le médecin expliquait qu'en raison de l'état grippal de l'assuré, celui-ci ne devait pas être pénalisé pour ce manquement, puisque cette situation était clairement corrélée à une pathologie médicale aiguë, ce qui entraînait une importante asthénie et des troubles de la concentration.

8. Par réponse du 21 mai 2021, l'OCE a relevé que l'attestation du Dr C_____ était datée du 22 avril 2021, soit postérieurement à la décision contestée et ne mentionnait aucunement une incapacité de travail totale de l'assuré en date du 22 février 2021. S'agissant du ticket de caisse de la pharmacie des Fontaines, il démontrait que l'assuré était en état de se rendre à la pharmacie et donc de répondre à un entretien téléphonique.

9. Le recourant a répliqué par courrier du 15 juin 2021, fournissant un addendum du 14 juin 2021 fait par le Dr C_____ sur son précédent certificat du 22 avril 2021 et mentionnant que « suite à la pathologie infectieuse aiguë ayant débuté le 20 février 2021, je confirme que Monsieur A_____ se trouvait bien évidemment en interruption de travail à 100%, du 20 février au 24 février 2021 inclus ». Le recourant ajoutait que « l'acharnement de l'OCE » était, à son avis, lié au fait qu'il avait contesté en 2019 la précédente sanction.

10. Par duplique du 22 juin 2021, l'OCE a considéré qu'aucun élément nouveau ne lui permettait de revoir la décision sur opposition du 8 avril 2021.

11. Par observation du 19 juillet 2021, le recourant a indiqué que la protection juridique qu'il avait consultée considérait que son absence avait été correctement justifiée, mais tardivement. Le recourant persistait dans les termes de son recours, ajoutant que si, par impossible, son manquement devait être confirmé, la durée de la suspension était disproportionnée et devait être réduite.

12. Sur ce, la cause a 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, le recours est recevable (art. 56 ss LPGA).

3. Le litige porte sur le bien-fondé de la suspension du droit du recourant à l'indemnité de chômage, durant 8 jours, pour avoir manqué un entretien téléphonique avec sa conseillère.

4. a. Le droit de l'assuré à l'indemnité est suspendu lorsqu'il est établi que celui-ci n'observe pas les prescriptions de contrôle du chômage ou les instructions de l'autorité compétente (cf. art. 30 al. 1 let. d LACI). Cette disposition s'applique notamment lorsque l'assuré manque un entretien de conseil et de contrôle (voir pour un résumé de la jurisprudence à ce sujet DTA 2000 n° 21 p. 101). Selon l'art. 16 al. 1 let. b OACI, l'office compétent examine s'il y a motif à suspension lorsque l'assuré ne donne pas suite aux injonctions qui lui ont été adressées. S'il y a motif à suspension, il prononce la suspension par voie de décision, conformément à l'art. 16 al. 2 OACI.

   b. Selon la jurisprudence, l'assuré qui ne se rend pas à un entretien de conseil doit en principe être sanctionné si l'on peut déduire de son comportement une légèreté, de l'indifférence ou un manque d'intérêt par rapport à ses obligations de chômeur ou de bénéficiaire de prestations. En application du principe de proportionnalité, l'assuré qui a manqué un rendez-vous consécutivement à une erreur ou à une inattention de sa part et qui s'en excuse spontanément ne peut toutefois être suspendu dans l'exercice de son droit à l'indemnité si l'on peut par ailleurs déduire de son comportement général qu'il prend ses obligations très au sérieux (arrêts du Tribunal fédéral 8C_834/2010 du 11 mai 2011 consid. 2.3 ; C 112/04 du 1er octobre 2004, consid. 2 ; C 145/01 du 4 octobre 2001 consid. 2.b ; Boris RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, n. 50 ad art. 30 et références citées). Tel est le cas, notamment, s'il a rempli de façon irréprochable ses obligations à l'égard de l'assurance-chômage durant les douze mois précédant cet oubli. Un éventuel manquement antérieur ne doit plus être pris en considération (arrêts du Tribunal fédéral 8C_777/2017 du 2 août 2018 consid. 3.2 ; 8C_675/2014 du 12 décembre 2014 consid. 3). Il suffit que l'assuré ait déjà commis une faute, de quelque nature qu'elle soit, sanctionnée ou non, pour qu'une sanction se justifie en cas d'absence injustifiée (arrêt du Tribunal fédéral 8C_777/2017 du 2 août 2018 consid. 3.2).

   Même une négligence légère dans l'accomplissement de l'obligation de renseigner peut entraîner une sanction (DTA 2007 p. 210).

5. À titre d'exemples, le Tribunal fédéral a considéré qu'il ne se justifiait pas de prononcer une suspension à l'égard d'assurés qui ne s'étaient pas présentés à un entretien de conseil, l'un parce qu'il avait confondu la date de son rendez-vous avec une autre date, l'autre parce qu'il était resté endormi, avait immédiatement appelé l'office régional de placement, à son réveil, pour s'excuser de son absence. Dans les deux cas, les assurés avaient toujours fait preuve d'un comportement ponctuel (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 145/01 du 4 octobre 2001).

Le Tribunal fédéral a admis que la suspension du droit à l'indemnité de l'assuré était injustifiée dans un cas où celui-ci avait noté par erreur dans son agenda un rendez-vous à l'ORP le 29 septembre 2006 au lieu du 26 septembre 2006. En effet, l'assuré n'avait aucunement manqué à ses obligations et avait réagi immédiatement après avoir eu connaissance de son erreur (arrêt du Tribunal fédéral 8C_157/2009 du 3 juillet 2009).

6. a. Selon l'art. 30 al. 3 3ème phrase LACI, la durée de la suspension est proportionnelle à la gravité de la faute de l'assuré et ne peut excéder, par motif de suspension, 60 jours. Selon l'art. 45 al. 2 OACI, la durée de la suspension est de un à quinze jours en cas de faute légère, de seize à trente jours en cas de faute de gravité moyenne et de trente et un à soixante jours en cas de faute grave.

   La durée de la suspension du droit à l'indemnité de chômage est fixée compte tenu non seulement de la faute mais également du principe de proportionnalité (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 254/06 du 26 novembre 2007 consid. 5.3).

   b. 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 ces organes d'exécution lors de la fixation de la sanction et contribue à une application plus égalitaire 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 concret, 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 (arrêt du Tribunal fédéral 8C_601/2012 du 26 février 2013 consid. 4.1). Elles ne lient ni les administrés, ni le juge, ni même l'administration qui pourront, le cas échéant, aller en dessous du minimum prévu par le barème indicatif (arrêt du Tribunal fédéral 8C_708/2019 consid. 4.1).

   c. 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).

7. 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).

8. En l'espèce, le recourant a varié dans ses explications, expliquant dans un premier temps à sa conseillère qu'il était à la Poste au moment de l'appel téléphonique et qu'il n'avait pas pris son portable, puis produisant un ticket de caisse destinée à établir qu'il était en fait à la pharmacie des Fontaines au moment de l'appel téléphonique, puis invoquant enfin une incapacité de travail, confirmée le 14 juin 2021 par le Dr C_____.

   Comme le relève l'intimé, on peut s'interroger sur la pertinence d'un certificat médical établi deux mois après le manquement et complété encore deux mois plus tard par un addendum confirmant une incapacité de travail qui n'avait jamais été évoquée au préalable, ce d'autant plus que le recourant n'avait fait valoir aucune incapacité de travail dans le formulaire IPA du mois de février 2021. On ajoutera qu'un médecin consulté deux mois après le jour du manquement peut certes, émettre un avis général sur les conséquences éventuelles d'une grippe mais que l'on peut douter qu'il soit capable, quatre mois après le jour du manquement, de confirmer avec certitude que le recourant était totalement incapable de travailler en date du 22 février 2021.

   Néanmoins, il ne sera pas nécessaire de se pencher plus avant sur cette question dès lors qu'il est établi, par une pièce fournie par le recourant, qu'il était en mesure au moment du rendez-vous téléphonique de se déplacer à la pharmacie pour y acheter des médicaments. Dès lors, il convient d'admettre qu'il avait suffisamment de capacité de concentration pour entreprendre cette démarche, qui demande de s'habiller, de sortir de son domicile, d'effectuer un trajet, d'expliquer sa pathologie et de régler une facture, alors même que selon ses allégations, il ne disposait pas de suffisamment de facultés de concentration pour répondre à un simple appel téléphonique qui pouvait être effectué en demeurant à son domicile. Étant précisé qu'il aurait pu, lors de l'appel téléphonique de sa conseillère, immédiatement expliquer son état de santé et lui proposer un entretien quelques jours après, lorsqu'il se serait remis de sa maladie, ce qui ne demandait pas de disposer de facultés de concentration particulières.

   Compte tenu de ce qui précède, la chambre de céans considère qu'il est établi au degré de la vraisemblance prépondérante que malgré la pathologie alléguée, le recourant était en mesure de répondre à l'appel de sa conseillère, quitte à raccourcir la durée de l'appel, en expliquant qu'il était malade. Partant, le principe de la faute doit être admis.

   Reste à examiner la proportionnalité de la sanction appliquée par l'OCE.

Selon le barème du SECO précité, la sanction prévue dans le cas d'espèce, soit ne pas se présenter à un entretien de conseil pour la première fois, correspond à une faute légère et à une suspension du droit à l'indemnité du recourant, située entre 5 et 8 jours (Bulletin op. cit. D 79/3A).

Le chiffre D63 du barème prévoit que si l'assuré est suspendu de façon répétée dans son droit à l'indemnité, la durée de suspension est prolongée en conséquence.

S'agissant du deuxième manquement du recourant, l'OCE s'est fondée sur le chiffre maximal prévu par le ch. D79/3A, soit un total de 8 jours.

Il n'apparait pas que l'intimé ait fait un usage critiquable de son pouvoir d'appréciation en prononçant une sanction de 8 jours de suspension du droit à l'indemnité, compte tenu du fait qu'il s'agissait d'un deuxième manquement.

9. Dès lors que la sanction est justifiée et que sa quotité est conforme au principe de proportionnalité, la chambre de céans ne peut que rejeter le recours.

10. Pour le surplus, la procédure est gratuite.

**PAR CES MOTIFS,**
**LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :**

**Statuant**

**À la forme :**

1. Déclare le recours recevable.

**Au fond :**

2. Le rejette.
3. Dit que la procédure est gratuite.
4. 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 |
|---|---|
| Diana ZIERI | 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