RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1549/2021 **ATAS/922/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 8 septembre 2021

4ème Chambre

En la cause

Monsieur A_____, domicilié c/o Mme B_____, à Onex	recourant
contre	
OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI, sis Service juridique, rue des Gares 16, Genève	intimé

Siégeant : Catherine TAPPONNIER, Présidente; Larissa ROBINSON-MOSER et Massimo DI TULLIO, Juges assesseurs

EN FAIT

A. Monsieur A_____ (ci-après l'assuré ou le recourant) est né le _____ 1980, ressortissant espagnol et père de deux enfants de 7 et 14 ans. Il a effectué sa scolarité en Colombie, puis a travaillé comme aide cuisinier pendant quatre ans avant de se rendre en Espagne, où il a travaillé dans la restauration pendant 13 ans, comme cuisinier. Il est ensuite venu en Suisse en 2017 et a travaillé dans un restaurant comme plongeur, puis dès juin 2018, comme cuisinier.

B. a. L'assuré a été licencié le 11 janvier 2019 pour le 28 février 2019 pour raisons économiques.

b. Il s'est inscrit auprès de l'office cantonal de l'emploi (ci-après l'OCE ou l'intimé) le 15 février 2019 pour le 1er mars suivant à 100%.

c. Le 23 avril 2019, le service juridique de l'OCE a prononcé contre lui une suspension de son droit à l'indemnité de trois jours pour ne pas avoir fait de recherches d'emploi pendant le délai de congé, notamment au mois de janvier 2019.

d. Le 4 juillet 2019, C_____ a informé la conseillère en personnel de l'assuré qu'il n'allait pas le garder. Il avait été convenu qu'il travaillerait pour lui une semaine en temporaire avant de décider s'il le prenait en fixe. L'assuré ne lui avait pas convenu, car il manquait de connaissances fondamentales dans la cuisine.

e. Par décision du 4 juillet 2019, le service juridique de l'OCE a prononcé contre l'assuré une suspension de huit jours pour ne pas s'être présenté à un entretien de conseil qui devait se dérouler le 28 juin 2019 sans excuse valable.

f. L'assuré a signé un contrat de travail comme nettoyeur pour D_____ du 8 août au 16 août 2019 à plein temps.

g. Il a suivi des cours de français du 5 août au 29 octobre 2019 et a été inscrit à un cours de français intensif du 7 octobre au 8 novembre 2019 à l'UOG.

h. Par décision du 20 novembre 2019, le service juridique de l'OCE a prononcé une suspension de 37 jours dans l'exercice du droit à l'indemnité de l'assuré pour avoir fait échouer son engagement par E_____, car il avait refusé de faire la plonge.

i. Le 22 septembre 2020, F_____ a accepté de faire un test d'aptitude professionnelle du 14 septembre au 18 septembre 2020 avec l'assuré, suite auquel l'assuré a été engagé jusqu'au 30 septembre 2020.

C. a. Le 14 janvier 2021, la conseillère en personnel de l'assuré lui a adressé une convocation pour un entretien téléphonique prévu le jeudi 11 février 2021 à 12h15 sur son téléphone mobile. Sa disponibilité pour cet entretien téléphonique était obligatoire.

b. Le 11 février 2021 à 16h07, l'assuré a adressé un courriel à sa conseillère en personnel lui disant qu'ils avaient rendez-vous à 12h15 et qu'elle ne l'avait pas appelé. Il attendait toujours son appel et lui souhaitait une bonne journée.

c. Sa conseillère en personnel lui a répondu le 12 février 2021, qu'ils avaient rendez-vous le jour précédent à 12h15. Elle avait essayé de le joindre à trois reprises entre 12h13 et 12h25 sans succès. Elle lui demandait pourquoi il n'avait pas tenté de la joindre s'il attendait son appel, connaissant sa ponctualité.

d. Le 12 février 2021, l'assuré a été sanctionné par le service juridique de l'OCE de 15 jours de suspension de son droit à l'indemnité pour ne pas avoir répondu à l'appel de sa conseillère sans excuse valable et s'agissant d'un quatrième manquement.

e. Le 3 mars 2021, l'assuré a formé opposition à cette décision.

f. Par décision sur opposition du 19 mars 2021, l'OCE a rejeté l'opposition de l'assuré, considérant que sa conseillère en personnel avait essayé de le joindre par trois appels qui avaient été déviés sur le combox. Les arguments de l'assuré n'étaient pas pertinents, dès lors qu'il devait être attentif à ses obligations découlant de l'assurance-chômage, ce d'autant plus qu'il avait déjà été sanctionné. S'il avait eu son téléphone à la main, il aurait constaté que sa conseillère en personnel avait tenté de l'appeler et aurait aussitôt dû la rappeler, ce qu'il n'avait pas fait. La quotité de la suspension de 15 jours respectait le barème du SECO et le principe de la proportionnalité s'agissant d'un quatrième manquement sanctionné et dont le deuxième pour le même manquement.

D. a. L'assuré a formé recours contre la décision précitée auprès de la chambre des assurances sociales de la Cour de justice le 4 mai 2021. Il bénéficiait des indemnités de l'assurance-chômage depuis le 1er mars 2019 et avait toujours rempli ses obligations vis-à-vis de l'assurance-chômage et effectué ses recherches d'emploi avec soin, en quantité et en qualité suffisantes. Depuis son inscription au chômage, il avait trouvé par ses propres moyens dix missions temporaires et avait ainsi travaillé durant toute la durée de la pandémie, en 2020. Il travaillait, depuis septembre 2020, à 80% pour F_____ et s'était toujours conformé aux instructions liées aux entretiens de contrôle avec sa conseillère en personnel, lesquels se déroulaient par téléphone depuis mars 2020. Depuis qu'il travaillait à 80%, il avait convenu avec sa conseillère de fixer ces entretiens durant sa pause de midi.

Le 11 février 2021, il avait un rendez-vous téléphonique avec sa conseillère à 12h15. Il avait attendu dès le début de sa pause, téléphone en main, l'appel de celle-ci, mais il n'avait pas eu de téléphone de sa part, comme en attestait le relevé de ses appels entrants et sortants. Ni le relevé de son appareil fourni à l'OCE, ni la facture détaillée établie par la compagnie téléphonique auprès de laquelle il avait son abonnement n'indiquaient d'appel provenant du numéro de sa conseillère, qui était le 022 546 37 11, ni aucun autre numéro commençant par les six premiers chiffres précités. Le relevé des appels fourni par sa conseillère indiquait un appel de 3 secondes à 12h13, un appel de 7 secondes à 12h16 et un appel de 2 secondes à 12h25. Sans contester la bonne foi de sa conseillère et l'authenticité de son relevé téléphonique, il ignorait où avaient atterris ses appels. Ce n'était en tout cas pas sur

son téléphone et il ne pouvait pas admettre qu'il lui soit reproché de ne pas répondre à des appels qui ne lui étaient pas parvenus. Selon le directeur général de F_____, le réseau mobile était faible à l'emplacement de son lieu de travail. Enfin, la sanction prononcée avait été augmentée en raison du fait qu'il s'agissait de son quatrième manquement. Or, ses précédentes suspensions étaient dues à un manque d'information et portaient sur des faits différents. De ce fait, le recourant contestait le prolongement de la durée de la suspension. Il estimait que son comportement général en matière d'aptitude et de motivation à retrouver un emploi était irréprochable. Il n'avait en particulier pas manqué un entretien de conseil et n'avait jamais eu de suspension pour ce motif. À supposer que l'entretien téléphonique du 11 février 2021 avait été manqué en raison d'une erreur de sa part, ce qu'il contestait, il se serait agi de son premier manquement pour ce motif. De ce fait, il n'aurait pas dû faire l'objet d'une sanction, selon la jurisprudence, considérant qu'il prenait ses obligations de chômeur très au sérieux.

Le recourant a produit :

- un relevé des appels reçus sur son téléphone le 11 février 2011 et sa facture, dont il ressort qu'il n'a pas reçu d'appels entre 12h15 à 13h de sa conseillère en personnel ;
- le relevé des appels fourni par sa conseillère, qui est conforme à ses allégués ;
- une attestation établie le 3 mai 2021 par le directeur général de F_____ attestant que le lieu de travail du recourant se trouvait au sous-sol où le réseau mobile était très faible.

b. Par réponse du 3 mai 2021, l'intimé a conclu au rejet du recours.

c. Lors d'une audience du 25 août 2021 le recourant a notamment déclaré que le jour du rendez-vous téléphonique en cause, il travaillait au sous-sol. Il avait déjà eu des rendez-vous téléphoniques avec sa conseillère depuis qu'il travaillait pour F_____, soit depuis septembre 2020. Ces rendez-vous s'étaient bien passés jusqu'au 11 février, mais ce jour-là, il travaillait au sous-sol alors qu'en général, il travaillait à l'étage. Son chef savait qu'il attendait un appel de sa conseillère et l'avait autorisé à sortir pour prendre l'appel, mais en restant au sous-sol, dans un endroit où il était censé avoir du réseau. Sur le moment, il n'avait pas pensé qu'il pouvait y avoir un problème de réseau. Il avait attendu en vain l'appel, le téléphone à la main. Sur question de l'intimé, il a précisé que « normalement », il avait vérifié qu'il y avait du réseau, mais que celui-ci n'était pas fiable à cet endroit et qu'il était concentré dans son travail. Il avait attendu 15 minutes, puis avait repris le travail. Il n'avait pas appelé sa conseillère. Son patron ne voulait pas qu'il fasse d'appel privé pendant son travail. À 17h, à sa sortie du travail, il était trop tard pour l'appeler. D'habitude, c'était sa conseillère qui l'appelait. Il n'avait pas pensé à la l'appeler pendant sa pause et après c'était trop tard, car il avait repris le travail.

Sur question de l'intimé, l'assuré a confirmé qu'il avait le numéro téléphone de sa conseillère dans son téléphone, puisqu'elle l'avait déjà appelé, mais qu'il ne l'avait

pas enregistré dans ses contacts. Il avait adressé un message à sa conseillère le 11 février à 16h07 avec son téléphone pendant sa pause de 5 minutes, car cela l'inquiétait de ne pas avoir reçu son appel. Il n'avait pas eu le temps de le faire avant, car il avait beaucoup de travail et faisait confiance à sa conseillère, avec laquelle il n'avait jamais eu de problème avec les appels. Il n'avait pas de combox.

Madame G_____, la conseillère en personnel du recourant, entendue comme témoin, a indiqué que depuis que celui-ci était en emploi tous leurs appels étaient prévus à 12h15. Jusque-là tout s'était bien passé. Le jour en cause, elle avait appelé à l'heure précise et était tombée sur le combox. Elle ne laissait en général pas de message. Elle avait appelé trois fois et était toujours tombée sur le combox. Les appels se faisaient en principe à l'heure pile, puis 10 minutes après. Elle communiquait avec le recourant en espagnol, même s'il a fait beaucoup de progrès en français. Selon elle, il était très conscient de son obligation de répondre au téléphone et des risques que cela engendrerait s'il ne le faisait pas et cela depuis le début de son inscription au mois de mars 2019. De plus, il avait eu des informations en espagnol sur ses obligations vis-à-vis du chômage qu'elle lui avait données lors du premier entretien en 2019. Il avait déjà eu une sanction pour absence à un entretien en présentiel en 2019. Le message que le recourant lui avait envoyé en espagnol le 12 février 2021 à 10h20 pouvait être traduit ainsi : « Bonjour Mme G_____, ceci est mon retour d'hier (fichier d'appel). Il n'y a pas d'appel à 12h15. Je l'attendais comme d'habitude ».

Le recourant avait un travail assez difficile, très physique, qui n'était pas dans son domaine d'activité. Comme ses appels étaient tombés directement sur le combox, elle pensait que le téléphone du recourant était éteint. Il était possible qu'il y ait eu un problème de réseau si le recourant était au sous-sol. Elle était toujours ponctuelle dans ses appels, et à la place du recourant, voyant qu'il ne recevait pas son appel, elle pensait qu'il aurait dû l'appeler. Il aurait dû essayer de trouver du réseau pour essayer de la rappeler à l'heure du rendez-vous pendant sa pause.

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. Le litige porte sur le bien-fondé de la suspension de 15 jours du droit à l'indemnité du recourant au motif qu'il n'a pas répondu à l'appel de sa conseillère le 11 février 2021.

3. L’assuré qui fait valoir des prestations d’assurance doit, avec l’assistance de l’Office du travail compétent, entreprendre tout ce qu’on peut raisonnablement exiger de lui pour éviter le chômage ou l’abréger. Il lui incombe, en particulier, de chercher du travail, au besoin en dehors de la profession qu’il exerçait précédemment. Il doit pouvoir apporter la preuve des efforts qu'il a fournis (art. 17 al. 1 LACI).

   Selon l’art. 17 al. 3 let. b LACI, l’assuré a l’obligation, lorsque l’autorité compétente le lui enjoint, de participer aux entretiens de conseil, aux réunions d’information et aux consultations spécialisées.

   L'art. 22 OACI prévoit que le premier entretien de conseil et de contrôle doit avoir lieu au plus tard quinze jours après que l’assuré s’est présenté à la commune ou à l’office compétent en vue du placement (al. 1) ; l’office compétent a au moins un entretien de conseil et de contrôle par mois avec chaque assuré. Lors de cet entretien, il contrôle l’aptitude au placement de l’assuré et examine si celui-ci est disposé à être placé (al. 2) ; l’office compétent convoque à un entretien de conseil et de contrôle tous les deux mois au moins les assurés qui exercent une activité à plein temps leur procurant un gain intermédiaire ou une activité bénévole relevant de l’art. 15, al. 4, LACI (al. 3) ; il convient avec l’assuré de la manière dont il pourra être atteint en règle générale dans le délai d’un jour (al. 4).

4. L’art. 30 al. 1 LACI dispose que le droit de l’assuré à l’indemnité est suspendu notamment lorsqu’il est établi que celui-ci ne fait pas tout ce qu’on peut raisonnablement exiger de lui pour trouver un travail convenable (let. c), n’observe pas les prescriptions de contrôle du chômage ou les instructions de l’autorité compétente, notamment refuse un travail convenable, ne se présente pas à une mesure de marché du travail ou l’interrompt sans motif valable, ou encore compromet ou empêche, par son comportement, le déroulement de la mesure ou la réalisation de son but (let. d).

   L'assuré qui a oublié de se rendre à un entretien de conseil et qui s'en excuse spontanément ne peut pas être suspendu dans l'exercice de son droit à l'indemnité si l'on peut admettre, par ailleurs, sur le vu des circonstances, qu'il prend ses obligations de chômeur très au sérieux. 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 (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 123/04 du 18 juillet 2005).

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).

Selon l'art. 45 al. 5 OACI, si l'assuré est suspendu de façon répétée dans son droit à l'indemnité, la durée de suspension est prolongée en conséquence. Les suspensions subies pendant les deux dernières années sont prises en compte dans le calcul de la prolongation.

En tant qu'autorité de surveillance, le Secrétariat d'État à l'économie (ci-après : SECO) a adopté un barème indicatif à l'intention des organes d'exécution (Bulletin LACI/D72 et ss). 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).

Selon le barème des suspensions établi par le SECO, lorsque l'assuré n'observe pas les instructions de l'OCE, en ne se rendant notamment pas à un entretien de conseil, sans excuse valable, l'autorité doit infliger une sanction de 5 à 8 jours lors du premier manquement et de 9 à 15 jours lors du second manquement. Dès le troisième manquement, le dossier doit être renvoyé pour décision à l'autorité cantonale (Bulletin LACI IC/D79.3A).

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).

Lorsque la suspension infligée s'écarte de l'échelle des suspensions, l'autorité qui la prononce doit assortir sa décision d'un exposé des motifs justifiant sa sévérité ou sa clémence particulière (Bulletin LACI D72).

6. 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).

7. En l'espèce, il est rendu vraisemblable, à teneur des relevés figurant à la procédure, que si sa conseillère a bien essayé de l'appeler à trois reprises entre 12h13 et 12h25 le jour convenu pour l'entretien téléphonique, ces appels n'ont pas été réceptionnés par le téléphone du recourant, ce qui confirme les dires de ce dernier et peut s'expliquer par un réseau faible dans le sous-sol où il se trouvait. L'on ne peut dès lors retenir à son encontre qu'il n'était pas disponible au moment des appels. S'agissant toutefois d'une obligation importante - qu'il ne pouvait ignorer vu les informations reçues à ce sujet dans sa langue maternelle par sa conseillère et la documentation reçue -, il ne pouvait se contenter d'attendre l'appel de cette dernière, mais aurait dû réagir en l'appelant lui-même dans le temps imparti à l'entretien. Il ne pouvait être retenu que le recourant prenait ses obligations de chômeur très au sérieux, puisqu'il avait déjà été sanctionné à trois reprises dont une fois pour un cas similaire, de sorte que la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances (C 123/04 du 18 juillet 2005) ne s'appliquait pas au cas d'espèce. C'est donc à juste titre que l'intimé a sanctionné le recourant.

   Il doit être tenu compte des précédentes sanctions pour fixer la durée de la suspension du droit à l'indemnité de chômage, même s'il ne s'agit pas des mêmes manquements. Si la faute du recourant apparaît relativement légère dans le cas d'espèce du fait qu'il n'a pas reçu les appels de sa conseillère, il faut tenir compte du fait qu'il s'agissait d'un quatrième manquement. Dans ces circonstances, l'intimé n'a pas excédé son pouvoir d'appréciation en fixant la suspension à 15 jours, étant rappelé que cette durée correspond encore à une faute légère, selon l'art. 45 al. 3 OACI.

8. La décision querellée doit ainsi être confirmée et le recours rejeté.

9. La procédure est gratuite (art. 61 let. a LPG).

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	La présidente
Isabelle CASTILLO	Catherine TAPPONNIER

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