RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1997/2021 **ATAS/1084/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 25 octobre 2021

6ème Chambre

En la cause

Monsieur A_____, domicilié à GENEVE, représenté par Syndicat SIT	recourant
contre	
OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI, sis Service juridique, rue des Gares 16, case postale 2660, GENEVE	intimé

Siégeant : Valérie MONTANI, Présidente; Teresa SOARES et Jean-Pierre WAVRE, Juges assesseurs

EN FAIT

A. a. Monsieur A_____ (ci-après : l'assuré), né le _____ 1970, s'est inscrit à l'office régional de placement (ci-après : ORP) le 24 février 2020.

b. L'ORP a suspendu le droit de l'assuré à l'indemnité de chômage pour une durée de 8 jours le 4 mars 2020, au motif que ses recherches personnelles d'emploi (RPE) étaient insuffisantes pendant la période précédant son inscription et pour une durée de 6 jours le 13 janvier 2021 au motif que ses RPE étaient insuffisantes en décembre 2020 (décision sur opposition du 20 mai 2021).

c. Le 19 novembre 2020, l'ORP a assigné l'assuré à un emploi de gestionnaire logistique et achats auprès de B_____ SA (l'employeur), auquel l'assuré à postulé. L'employeur a précisé par courriel qu'il avait contacté l'assuré la semaine du 28 novembre 2020 et qu'il lui avait laissé un message le 11 décembre à 17h34. Selon une liste récapitulative du 13 janvier 2021 de l'OCE, l'assuré avait été contacté par l'employeur qui avait laissé deux messages vocaux pour procéder à un pré-entretien téléphonique de sélection et l'assuré n'avait jamais répondu à la demande des deux appels.

d. Sollicité par sa conseillère en personnel afin qu'il explique pourquoi il n'avait pas donné suite aux deux messages téléphoniques de l'employeur, l'assuré a répondu qu'il avait reçu un seul message le vendredi après-midi, qu'il n'avait pas noté le numéro et qu'il n'avait pas eu la possibilité de le réécouter le lundi suivant. Il avait tenté de rappeler le numéro indiqué sur le téléphone le lundi mais sans succès.

e. Du 25 janvier au 28 février 2021, l'assuré a présenté une incapacité de travail totale, attestée par la doctoresse C_____, FMH psychiatrie et psychothérapie.

B. a. Par décision du 11 mars 2021, l'office cantonal de l'emploi (OCE) a suspendu le droit de l'assuré à l'indemnité de chômage pendant une durée de 34 jours, au motif qu'il avait fait échouer une possibilité d'emploi en ne donnant pas suite aux messages de l'employeur, et qu'il s'agissait de son deuxième manquement au moment des faits.

b. L'assuré a fait opposition à cette décision, en relevant qu'il avait écouté le message de l'employeur le soir à 20h, alors qu'il était dans le tram, qu'il avait eu l'intention de rappeler le lundi matin mais que le message avait disparu, qu'il avait tenté en vain de rappeler le numéro indiqué, qu'il avait cependant effacé la preuve de ces appels en mars 2021, qu'il vivait par ailleurs une période difficile, comme l'attestait son médecin psychiatre, la Dresse C_____, et qu'il faisait tout ce qu'il pouvait pour sortir du chômage.

c. Par décision du 10 mai 2021, l'OCE a rejeté l'opposition, en relevant que l'assuré n'amenait aucune preuve d'une tentative de prise de contact avec l'employeur, ni n'expliquait pourquoi il n'était pas atteignable la deuxième semaine de novembre 2020 et qu'une attestation médicale ne valait pas certificat médical.

d. Le 9 juin 2021, l'assuré, représenté par le syndicat interprofessionnel de travailleuses et travailleurs (SIT), a recouru auprès de la chambre des assurances sociales de la Cour de justice à l'encontre de la décision précitée, en concluant à son annulation, subsidiairement à la réduction de la sanction à 1 jour de suspension de son droit à l'indemnité en faisant valoir son état de santé difficile. Il a produit une attestation médicale et un certificat médical de la Dresse C_____ du 21 avril 2021.

e. L'OCE a conclu au rejet du recours en relevant qu'en décembre 2020, le recourant n'était pas en incapacité de travail.

f. Le recourant a persisté dans ses conclusions.

g. Le 11 octobre 2021, le chambre de céans a entendu les parties en audience de comparution personnelle.

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.

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

2. L'art. 8 LACI énumère les conditions d'octroi de l'indemnité de chômage. L'assuré doit, pour bénéficier de cette prestation prévue par l'art. 7 al. 2 let. a LACI, être sans emploi ou partiellement sans emploi, avoir subi une perte de travail à prendre en considération, être domicilié en Suisse, avoir achevé sa scolarité obligatoire et n'avoir pas encore atteint l'âge donnant droit à une rente AVS et ne pas toucher de rente de vieillesse de l'AVS, remplir les conditions relatives à la période de cotisation ou en être libéré, être apte au placement et satisfaire aux exigences de contrôle (art. 8 al. 1 LACI). Ces conditions sont cumulatives (ATF 124 V 215 consid. 2). Elles sont précisées par plusieurs dispositions de la LACI et de l'ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 31 août 1983 (OACI - RS 837.02), ainsi que – dans les limites d'admissibilité de telles directives administratives (ATF 144 V 202 ; 144 V 195 ; ATAS/1191/2014 du 18 novembre 2014 consid. 4 p. 5 s. et doctrine et jurisprudence citées) – par les instructions édictées par le SECO en sa qualité d'autorité de surveillance de l'assurance-chômage chargée d'assurer une application uniforme du droit (art. 110 LACI), notamment par le biais du Bulletin relatif à l'indemnité de chômage (Bulletin LACI IC).

La condition de satisfaire aux exigences de contrôle, posée par l'art. 8 al. 1 let. g LACI, renvoie aux devoirs de l'assuré et prescriptions de contrôle prévus par l'art. 17 LACI. Cette disposition-ci impose aux chômeurs des devoirs matériels (al. 1 et 3) – qui concernent la recherche et l'acceptation d'un emploi, ainsi que la participation aux mesures de marché du travail et aux séances et entretiens obligatoires – et des devoirs formels (al. 2) – qui ont pour objet l'inscription au chômage et la revendication régulière des prestations au moyen de formules officielles (Boris RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, n. 1 ad art. 17).

3. Ne pas donner suite à une assignation à postuler pour un emploi à repourvoir représente une violation de l'obligation de diminuer le dommage ; cela revient à laisser échapper une possibilité concrète – quoiqu'incertaine – de retrouver un travail, le comportement de l'assuré important à cet égard plus que le résultat effectif du dépôt d'une candidature en termes d'obtention ou non d'un engagement (ATF 130 V 125 consid. 1 publié dans SVR 2004 ALV no 11 p. 31 ; ATF 122 V 34 consid. 3b). Aussi le défaut de candidature déposée est-il assimilé, sur le plan du principe, à un refus d'un emploi convenable, autrement dit à la violation d'une obligation qui, à l'instar de celle d'accepter un travail convenable, revêt une importance indéniable (arrêt du Tribunal fédéral des assurances U 368/99 du 16 mars 2000 ; ATAS/344/2017 du 2 mai 2017 consid. 5).

   Il y a refus d'un travail convenable non seulement en cas de refus d'emploi formulé explicitement, mais aussi lorsque l'assuré ne se donne pas la peine d'entrer en pourparlers avec l'employeur potentiel, ne le fait que tardivement, ou en posant des restrictions ou manifestant des hésitations à s'intéresser véritablement au poste considéré, ou encore en faisant échouer la conclusion du contrat par un comportement trahissant un manque d'empressement voire un désintérêt manifeste à vouloir s'engager (Boris RUBIN, op. cit., n. 66 ad art. 30 et jurisprudence citée).

4. a. La violation de ces obligations expose l'assuré à une suspension de son droit à l'indemnité. En effet, selon l'art. 30 al. 1 LACI, 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) ou 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).

   La durée de la suspension est proportionnelle à la gravité de la faute (art. 30 al. 3 LACI). 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. 4 OACI, il y a faute grave lorsque, sans

motif valable, l'assuré abandonne un emploi réputé convenable sans être assuré d'obtenir un nouvel emploi (let. a) ou qu'il refuse un emploi réputé convenable (let. b). Des antécédents remontant à moins de deux ans justifient une prolongation de la durée de suspension (art. 45 al. 5 OACI ; Boris RUBIN, op. cit., n. 114 ss ad art. 30). Par motif valable, il faut entendre un motif qui fait apparaître la faute comme étant de gravité moyenne ou légère. Il peut s'agir, dans le cas concret, d'un motif lié à la situation subjective de la personne concernée (d'éventuels problèmes de santé, la situation familiale ou l'appartenance religieuse) ou à des circonstances objectives (par exemple la durée déterminée du poste). Si des circonstances particulières le justifient, il est donc possible, exceptionnellement, de fixer un nombre de jours de suspension inférieur à 31 jours. Toutefois les motifs de s'écarter de la faute grave doivent être admis restrictivement (arrêt du Tribunal fédéral 8C 283/2021 du 25 août 202; 8C 313/2021 du 3 août 2021).

Lorsque l'assuré oublie ou omet par erreur de donner suite à une assignation mais qu'un tel comportement négligent n'est pas caractéristique de l'intéressé et est contrebalancé par un effort particulier et des démarches concrètes démontrant qu'il a cherché activement à participer à la diminution du dommage, le juge des assurances est fondé à en tenir compte pour apprécier la gravité de la faute. Cela se justifie notamment au regard de la large palette des comportements visés par l'art. 45 al. 4 let b OACI, lequel concerne aussi bien le refus exprès d'un emploi convenable que le simple fait de laisser échapper une possibilité de retrouver un tel emploi (arrêt du Tribunal fédéral 8C 712/2020 du 21 juillet 2021).

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 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 concret, en particulier de celles qui ont trait au comportement de l'intéressé au regard de ses devoirs généraux d'assuré qui fait valoir son droit aux prestations. Elles pourront le cas échéant aller en dessous du minimum prévu par le barème indicatif (arrêt du Tribunal fédéral 8C 283/2021 du 25 août 2021). Le barème du SECO prévoit une suspension d'une durée de 31 à 45 jours en cas de premier refus d'un emploi convenable d'une durée indéterminée (Bulletin LACI IC D79/2.B/1).

5. a. La quotité de la suspension du droit à l'indemnité de chômage dans un cas concret constitue une question relevant du pouvoir d'appréciation. Il y a abus de celui-ci 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 137 V 71 consid. 5.1 ; arrêts du Tribunal fédéral 8C_758/2017 du 19 octobre 2018

consid. 4.2 ; 8C_601/2012 consid. 4.2, non publié in ATF 139 V 164 et les références).

Le pouvoir d'examen de la chambre de céans n'est pas limité dans ce contexte à la violation du droit (y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation), mais s'étend également à l'opportunité de la décision administrative (« Angemessenheitskontrolle »). En ce qui concerne l'opportunité de la décision en cause, l'examen du tribunal porte sur le point de savoir si une autre solution que celle que l'autorité, dans un cas concret, a adoptée dans le cadre de son pouvoir d'appréciation et en respectant les principes généraux du droit, n'aurait pas été plus judicieuse quant à son résultat. Le juge des assurances sociales ne peut toutefois, sans motif pertinent, substituer sa propre appréciation à celle de l'administration ; il doit s'appuyer sur des circonstances de nature à faire apparaître sa propre appréciation comme la mieux appropriée (ATF 137 V 71 consid. 5.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_758/2017 du 19 octobre 2018 consid. 4.3 ; Boris RUBIN, op. cit., n. 110 ad art. 30).

b. La chambre de céans a réduit la durée de la suspension du droit à l'indemnité d'un assuré de 31 jours à 22 jours pour défaut de suite donnée à une assignation reçue, en considérant que la faute de l'assuré, qui avait été convoqué à un entretien d'embauche pour un autre poste, était seulement moyenne (ATAS/1183/2018 du 18 décembre 2018). Dans le même sens, peut être qualifiée de moyenne la faute de l'assuré qui oublie de postuler à une assignation dès lors que ce comportement correspond à une inadvertance ponctuelle et isolée et non pas à de la désinvolture (arrêt du Tribunal fédéral 8C 712/2020 du 21 juillet 2021). En revanche, des lacunes en informatique ne constituent pas un motif valable de ne pas avoir postulé à la suite d'une assignation envoyée par courriel et sms dès lors que l'intéressé bénéficiait de l'assistance d'une personne partageant son ménage pour ses échanges électroniques avec l'autorité, lesquels n'avaient pas un caractère exceptionnel (arrêt du Tribunal fédéral 8C 283/2021 du 25 août 2021).

6. En l'occurrence, le recourant a postulé pour l'emploi qui lui avait été assigné le 19 novembre 2020. Il n'a cependant pas donné suite au message téléphonique laissé par l'employeur le 11 décembre 2020 à 17h34 sur son téléphone portable. En effet, le recourant a indiqué lors de l'audience de comparution personnelle qu'il avait effectivement entendu le 11 décembre 2020 un message lui disant de rappeler un numéro de portable, message qui s'était ensuite effacé ; bien qu'ayant pensé qu'il s'agissait de l'employeur, dont le numéro ressemblait à celui du message entrant, comme il avait pu le vérifier sur internet, il s'était contenté de rappeler le numéro du message entrant en vain ; il n'avait en revanche pas contacté directement l'employeur. Ce faisant, son comportement peut être assimilé à un refus de travail convenable. La question de savoir si l'employeur avait déjà contacté téléphoniquement le recourant dans la semaine du 28 novembre 2020, ce que le recourant conteste, peut ainsi rester ouverte. La négligence du recourant justifie ainsi une suspension de son droit à l'indemnité de chômage en application de l'art.

30 al. 1 let. d LACI. Le premier refus d'un emploi réputé convenable constitue une faute grave qui implique normalement le prononcé d'une suspension du droit à l'indemnité de chômage, pour une durée de 31 à 45 jours, à moins que le recourant puisse se prévaloir d'un motif valable à l'appui de son refus, à savoir d'un motif lié à sa situation subjective ou à des circonstances objectives, qui ferait apparaître sa faute comme étant de gravité moyenne ou légère.

En l'occurrence, l'intimé s'est considéré lié par le minimum de 31 jours prévu par l'art. 45 al. 4 OACI et le bulletin LACI. Toutefois des circonstances particulières justifiaient de s'écarter de la présomption qu'un défaut de suite donnée à une assignation procède d'une faute grave.

En effet, le recourant a produit une attestation médicale de sa psychiatre traitante, la Dresse C_____, du 21 avril 2021, faisant état d'un diagnostic d'état dépressif sévère, avec une dégradation de son état psychique en décembre 2020, des idées noires presque suicidaires, des troubles du sommeil, de l'appétit – entrainant une perte de poids de 16 kilos entre décembre 2020 à janvier 2021 – des troubles de la concentration, de la mémoire, des douleurs à la tête et à la poitrine, ainsi que des difficultés à respirer et des vertiges. En particulier, elle a attesté que, le 11 décembre 2020, le recourant se sentait très mal en début d'après-midi et qu'il était incapable de faire face à la vie quotidienne ; le traitement avait dû être ajusté pour stabiliser son état psychique. Le recourant a précisé, lors de l'audience de comparution personnelle du 11 octobre 2021, qu'il avait consulté la Dresse C_____ le 11 décembre 2020 alors qu'il était très déprimé et que son état s'était dégradé depuis octobre 2020.

Contrairement à l'avis de l'intimé, l'attestation de la Dresse C_____ et les explications du recourant, si elles ne permettent pas d'établir une incapacité de travail du recourant en décembre 2020, prouvent cependant qu'il était affecté dans sa santé psychique dans une mesure importante et que sa capacité à effectuer les démarches attendues de l'intimé était fortement diminuée.

En effet, sa capacité de concentration, de mémoire et son énergie étaient profondément atteintes, dès le mois décembre 2020, le conduisant même à une incapacité de travail totale du 25 janvier au 28 février 2021. Dans ces conditions, la négligence du recourant à répondre au message de l'employeur du 11 décembre 2020 n'est, au degré de la vraisemblance prépondérante, pas due à un comportement désinvolte de sa part, mais a été conditionnée par son affection psychique. Cette circonstance permet d'admettre la présence d'un motif valable, lié à la situation subjective du recourant, laquelle diminue la sévérité de la faute commise.

Par ailleurs, le recourant a, malgré ses difficultés de santé, participé à trois entretiens de conseil, alors que son état psychique s'était déjà dégradé, les 17 novembre, 4 décembre et 8 décembre 2020. Il a en outre effectué des recherches d'emploi dans tous les cantons romands, ce qui lui a permis de trouver un emploi à

Aubonne dès le 13 septembre 2021, pour une durée de 18 mois. Ces éléments, qui ne sont pas contestés par l'intimé, témoignent de ce que le recourant a pris au sérieux ses obligations de chômeur et s'est employé, dans la mesure des capacités dont il disposait, à effectuer les démarches utiles en vue de sortir du chômage.

La chambre de céans, pour les motifs précités, considère que la faute du recourant doit être qualifiée de moyenne, justifiant le prononcé d'une suspension de 16 jours du droit à l'indemnité de chômage, laquelle doit encore être augmentée à 19 jours pour tenir compte, comme l'a fait l'intimé, du fait qu'il s'agit d'une récidive justifiant une majoration de la sanction de 3 jours de suspension du droit à l'indemnité du recourant.

7. Admettant ainsi partiellement le recours, elle réformera la décision attaquée dans le sens précité.

Le recourant obtenant partiellement gain de cause, une indemnité de CHF 2'000.- lui sera accordée à titre de participation à ses frais et dépens (art. 61 let. g LPGA; art. 6 du règlement sur les frais, émolument et indemnités en matière administrative du 30 juillet 1986 [RFPA – E 5 10.03]).

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 de l'intimé dans le sens que la suspension du droit à l'indemnité du recourant est réduite de 34 à 19 jours.
4. Alloue une indemnité de CHF 2'000.- 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
Adriana MALANGA	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