RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2119/2004-2-CHOMAG **ATAS/1073/2004**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

2ème chambre

du mardi 21 décembre 2004

En la cause

Monsieur F_____, domicilié à Genève, recourant

contre

OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI, Groupe réclamation, rue des Glacis-de-Rive 6 à Genève, Intimé

Siégeant : Mme Isabelle DUBOIS, Présidente, Mmes Doris WANGELER et Maya CRAMER, juges.

EN FAIT

1. Monsieur F_____ (ci-après le recourant), né en 1949, est cuisinier de profession. Il a travaillé en qualité de chef-cuisinier dans différents restaurants entre 1992 et 2002.

   Il s'est inscrit auprès de l'Office cantonal de l'emploi (ci-après l'OCE) avec effet au 1er octobre 2002.

2. En date du 25 novembre 2003, l'OCE a proposé au recourant un poste de cuisinier au restaurant « T_____». Sur la fiche-réponse remplie par le restaurant en question suite à l'entretien avec le recourant, il est mentionné que celui-ci « n'a pas été engagé parce qu'il a refusé la place ».

3. Par décision du 25 mars 2004, l'Office régional de placement (ci-après ORP) a prononcé à l'encontre du recourant une suspension de son droit à l'indemnité de 38 jours, au motif qu'il s'était privé d'un emploi alors que l'employeur lui avait assuré un salaire à la hauteur de ses qualifications.

4. Dans sa réclamation du 16 avril 2004, le recourant indique que le poste ne lui convenait pas car il était seul à s'occuper de tout y compris de la vaisselle et des nettoyages, alors qu'il a les compétences et l'expérience d'un chef de cuisine avec du personnel sous ses ordres.

5. Dans sa décision sur opposition du 26 août 2004, l'OCE confirme sa décision. Le recourant a commis une faute grave en refusant un emploi convenable. En outre la suspension correspond à celle préconisée par la jurisprudence, qui peut être pour faute grave de 31 et 60 jours. L'OCE relève en outre que s'il est exact que le recourant a trouvé ensuite du travail comme chef de cuisine auprès du restaurant « P_____ », le test d'aptitudes qu'il a effectué dans ce restaurant est postérieur à l'assignation en cause, de sorte qu'au moment de cet entretien d'embauche, il n'avait aucune perspective concrète de travail.

6. Dans son recours du 15 octobre 2004, le recourant relève tout d'abord avoir reçu la décision le 5 octobre 2004. Il avance trois raisons justifiant le refus du poste de travail : d'une part le poste comportait toutes les tâches d'un commis de cuisine et ne correspondait donc pas à son expérience de chef de cuisine ; d'autre part l'employeur ne lui a fait aucune proposition concrète en termes de salaire, lui indiquant simplement en rapport avec ses capacités ; enfin, aucune date d'engagement ne lui a été précisée.

7. Dans sa réponse du 21 octobre 2004, l'OCE relève que le pli recommandé notifié le 16 août 2004 n'avait pas été retiré et que le pli lui a été adressé sous pli simple en date du 5 octobre 2004. Sur le fond l'OCE a confirmé sa position.

8. Par ordonnance du 19 octobre 2004, le Tribunal a ordonné la comparution personnelle des parties, qui s'est tenue en date du 23 novembre 2004. Les déclarations des parties seront reprises en tant que de besoin ultérieurement. A l'issue de l'audience la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ) a été modifiée et a institué, dès le 1er août 2003, un Tribunal cantonal des assurances sociales, composé de 5 juges, dont un président et un vice-président, 5 suppléants et 16 juges assesseurs (art. 1 let. r et 56 T LOJ).

   Suite à l'annulation de l'élection des 16 juges assesseurs, par le Tribunal fédéral le 27 janvier 2004 (ATF 130 I 106), le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février, une disposition transitoire urgente permettant au Tribunal cantonal des assurances sociales de siéger sans assesseurs à trois juges titulaires, ce, dans l'attente de l'élection de nouveaux juges assesseurs.

2. Aux termes de l'art. 56V LOG, le tribunal de céans statue en instance unique, notamment sur les contestations relatives à la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (ci-après LASI) ainsi qu'à la loi cantonale en matière de chômage.

   Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

3. La loi sur la partie générale du droit des assurances sociales, entrée en vigueur au 1er janvier 2003 est applicable au cas d'espèce.

   Aux termes de l'art. 60 LPGA, le recours doit être déposé dans les 30 jours suivant la notification de la décision sujette à recours. S'agissant d'un envoi recommandé, il est réputé notifié à la date à laquelle son destinataire le reçoit effectivement. Lorsque l'envoi n'est pas retiré dans le délai de garde de 7 jours, il est réputé avoir été communiqué le dernier jour du délai (cf. ATF 117 V 131). Cette fiction n'est admise que lorsque l'assuré doit s'attendre à une décision, ce qui est le cas en l'espèce puisqu'il s'était opposé à la décision de l'ORP du 25 mars 2004, par pli du 16 avril 2004.

   Cependant, il ressort du dossier que la décision datée du 26 août 2004 a été conservée à l'Office postal puis réadressée à l'OCE en date du 5 octobre 2004. A cette date l'OCE a renvoyé la décision par pli simple, sans toutefois mentionner le fait que l'envoi n'avait été fait qu'à titre d'information et n'emportait pas nouveau délai de recours.

   La question se pose donc de savoir si le recours déposé en date du 15 octobre 2004 doit être déclaré recevable ou non.

Il ressort de la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances (ci-après TFA) qu'en cas de nouvelle notification deux situations doivent être distinguées. Si cet envoi a lieu pendant le délai de recours ordinaire du premier pli, une deuxième notification portant les voies de droit et ne précisant pas qu'il s'agit d'un envoi à titre de simple information a pour effet de faire repartir le délai de recours. Dans un tel cas, en effet, le TFA a jugé que la protection de la bonne foi imposait une telle solution. Il a donc relativisé sa précédente jurisprudence dans le sens que normalement le délai de recours commence à courir à l'expiration du délai de garde de 7 jours, mais peut être prolongé en vertu du principe constitutionnel de la protection de la bonne foi lorsque avant son expiration une information génératrice de confiance a été donnée (cf. ATF 115 Ia page 12 in JDT 1991 I page 105 et ss).

En revanche, si la deuxième notification intervient une fois que le délai ordinaire de recours relatif à la première notification est écoulé, la deuxième notification ne peut faire partir aucun délai. Le principe de la bonne foi ne peut en effet s'appliquer ici, car comme l'a précisé le TFA, la première décision est entrée en force, elle est devenue définitive et exécutoire (cf. ATF 118 V 190).

4. En l'espèce la décision notifiée le 26 août 2004 n'a été renvoyée à l'OCE qu'en date du 5 octobre 2004, et c'est à cette date que la deuxième notification a eu lieu. Or, en date du 5 octobre 2004, le délai pour recourir suite à la première notification était échu. On se trouve donc dans la deuxième hypothèse. Vu ce qui précède, il n'est pas possible de considérer que le délai de recours a été prolongé ou qu'il doit être restitué au recourant au motif qu'un deuxième envoi a eu lieu. On doit bien au contraire considérer qu'en ne prenant pas ses dispositions pour prendre connaissance de la première notification, le recourant doit se voir opposer le fait qu'elle est devenue définitive et exécutoire.

   En conséquence, le recours doit être déclaré irrecevable.

*****

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Statuant

(conformément à la disposition transitoire de l'art. 162 LOJ)

1. Déclare le recours irrecevable.

2. Déboute les parties de toutes autres conclusions.

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 10 jours dès sa notification par pli recommandé adressé au Tribunal fédéral des assurances, Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE, en trois exemplaires. Le délai ne peut être prolongé. Le mémoire doit : a) indiquer exactement quelle décision le recourant désire obtenir en lieu et place de la décision attaquée; b) exposer pour quels motifs il estime pouvoir demander cette autre décision; c) porter sa signature ou celle de son représentant. Si le mémoire ne contient pas les trois éléments énumérés sous lettre a) b) et c) ci-dessus, le Tribunal fédéral des assurances ne pourra pas enter en matière sur le recours qu'il devra déclarer irrecevable. Le mémoire de recours mentionnera encore les moyens de preuve, qui seront joints, ainsi que la décision attaquée et l'enveloppe dans laquelle elle a été expédiée au recourant (art. 132, 106 et 108 OJ).

Le greffier:	La Présidente :
Pierre RIES	Isabelle DUBOIS

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