RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2347/2004 **ATAS/209/2005**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

6ème Chambre

du 14 mars 2005

En la cause

Monsieur P_____, recourant

contre

OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI, Groupe réclamation, 6, rue des Glacis-de-Rive, 1207 Genève intimé

Siégeant : Madame Valérie MONTANI, Présidente, Mesdames Doris WANGELER et Juliana BALDE, Juges.

EN FAIT

1. Monsieur P_____, né en 1948, est cuisinier de profession et est au bénéfice d'une patente de cafetier. Il a exercé son métier pour plusieurs employeurs dans le canton de Genève depuis 1984, le dernier étant la Clinique de Carouge où il occupait un poste à 60 %. Cet emploi était complété par des missions effectuées pour le compte de la société de travail temporaire Z_____.

2. L'intéressé espérait une augmentation de son taux d'activité à la clinique, mais celle-ci a engagé un autre cuisinier à plein-temps.

3. Le 1er mai 2003, l'assuré s'est inscrit en qualité de demandeur d'emploi auprès de l'Office cantonal de l'emploi (ci-après : OCE).

4. En date du 15 janvier 2004, un emploi de cuisinier à 50 % auprès de la société AMED SA lui a été assigné par l'Office régional de placement (ci-après : ORP). Selon le formulaire renvoyé par l'employeur, l'assuré a refusé le poste en raison du salaire dérisoire de 2'000 fr. brut qui était proposé pour un emploi à mi-temps.

5. Par courrier du 13 avril 2004, l'ORP a fixé à l'assuré un délai pour qu'il explique pour quelle raison il avait refusé le poste et qu'il donne sa version des faits.

6. Dans sa réponse du 19 avril 2004, l'assuré a expliqué que le poste ne correspondait pas à ses attentes, vu les conditions salariales dérisoires en fonction de ses qualités professionnelles. Après cet entretien, l'assuré avait immédiatement téléphoné à sa répondante à l'ORP, qui lui avait indiqué qu'elle n'avait pas été avertie du montant du salaire proposé, sans quoi elle ne lui aurait pas proposé le poste. Par ailleurs, il était toujours en gain intermédiaire pour Z_____.

7. Par décision du 21 avril 2004, l'ORP a prononcé une suspension de 33 jours de l'exercice du droit à l'indemnité de l'assuré en raison de son refus de travail convenable. En refusant délibérément de travailler au sein d'un établissement consentant au principe de son engagement à un salaire mensuel brut réputé convenable alors qu'il était établi qu'il n'avait aucune autre opportunité de travail au moment des faits, l'assuré avait commis une faute. Il s'était de facto privé de la possibilité d'obtenir un emploi convenable qui lui aurait permis de contribuer à diminuer le dommage de l'assurance-chômage, et cela exclusivement pour des raisons de convenance personnelle sans rapport avec le marché du travail. Il aurait donc dû accepter sans réserve l'emploi qui lui avait été assigné, quitte à en rechercher un autre ultérieurement, lui permettant de mieux satisfaire à ses besoins. Ce refus d'emploi était constitutif d'une faute grave, qu'il se justifiait de sanctionner par une suspension du droit à l'indemnité d'une durée de 31 à 45 jours.

8. Le 5 mai 2004, l'assuré a déposé une réclamation contre cette décision et a conclu à son annulation. Au moment où l'emploi en qualité de cuisinier lui avait été assigné par l'ORP, il n'était pas pleinement disponible, puisque lié par contrat avec Z_____ qui pouvait à tout moment l'appeler pour un emploi. Il était engagé auprès de cette société comme collaborateur d'une entreprise utilisatrice et n'avait donc pas refusé le poste pour des raisons salariales ou d'attentes en qualités professionnelles, mais parce qu'il n'était pas disponible. Il ne pensait pas avoir commis de faute et la suspension prononcée le mettait dans une situation financière délicate. Enfin, il indiquait faire tout son possible pour trouver un travail convenable, notamment par le biais d'ADDECO.

9. Le 13 mai 2004, le Groupe du suivi des présentations de l'ORP s'est déterminé sur l'opposition de l'assuré et a conclu à son rejet. Il était établi que celui-ci était pleinement disponible au moment des faits et qu'il n'avait initialement pas contesté avoir refusé le poste en question. Il n'avait pas travaillé durant les mois de janvier et février 2004 et la mission effectuée en mars 2004 n'avait duré que 4,7 jours effectifs. Les données de contrôle remontant au mois de mai 2003 faisaient état d'activités régulières, mais temporaires et de durées inégales. L'assuré ne pouvait se fonder sur le contrat signé avec Z_____ pour marquer son indisponibilité. Le courrier du 19 avril 2004 attestait du fait que l'intéressé avait refusé l'emploi en raison des conditions salariales et de ses qualités professionnelles supérieures. Selon l'ORP, les déclarations des parties étaient concordantes et il y avait lieu de constater que l'assuré n'avait pas fait tout son possible pour retrouver un emploi convenable.

10. Par décision sur opposition du 5 novembre 2004, l'OCE a rejeté la réclamation et confirmé la décision de l'ORP. Les déclarations de l'assuré étaient contradictoires puisqu'il avait dans un premier temps affirmé avoir refusé le poste assigné en raison des conditions salariales et de ses attentes professionnelles. Par la suite, il avait nié cette raison et affirmé qu'il avait été contraint de refuser le poste par manque de disponibilité, étant lié par contrat avec Z_____. Il y avait lieu de retenir les premières déclarations de l'assuré dont les argument devaient être rejetés. En effet, le salaire proposé était conforme aux conventions en vigueur dans l'hôtellerie et l'assuré ne pouvait refuser le poste au motif qu'il ne correspondait pas à ses qualifications ou à ses attentes, puisque ce poste était parfaitement convenable eu égard à l'activité recherchée par l'intéressé. Celui-ci se devait d'accepter le poste assigné, même s'il ne correspondait pas à ses vœux professionnels, ce d'autant plus qu'il était pleinement disponible au moment de l'assignation. S'agissant d'une faute grave, la durée de la suspension était de 31 à 60 jours. Compte tenu du gain intermédiaire qu'aurait pu réaliser l'assuré en acceptant l'emploi assigné, la suspension de 33 jours correspondait à une suspension effective de 20 jours.

11. Par acte du 16 novembre 2004, l'assuré a interjeté recours contre cette décision auprès du Tribunal cantonal des assurances sociales. Selon lui, l'emploi ne devait pas être réputé convenable « seulement sur la base d'un salaire acceptable à 50 % ni sur le fait de ma disponibilité temporaire selon l'OCE ». Sa placeuse ne lui aurait pas proposé le poste si elle en avait connu les conditions et il ne lui avait jamais été mentionné qu'il commettait une faute grave en le refusant. Il préférait donner la priorité à une disponibilité temporaire qui pouvait le faire déboucher sur un emploi stable et son contrat avec Z_____ lui paraissait le meilleur moyen pour sortir du chômage. En acceptant l'emploi qui lui avait été assigné, il ne sortait pas du chômage et s'enlevait ce qui lui paraissait la plus importante porte de sortie pour un emploi stable et durable. La sanction devait donc être annulée.

12. Dans sa réponse du 7 décembre 2004, l'OCE a intégralement persisté dans les termes de sa décision. Le poste assigné était parfaitement convenable et correspondait aux aptitudes de l'assuré. Le salaire était conforme à la convention collective de travail de la branche. L'intéressé avait tout d'abord refusé le poste en raison du salaire proposé, puis avait modifié sa version en soutenant n'être pas disponible en raison de son contrat avec Z_____. Or, au moment des faits, il n'exécutait aucune mission pour cette entreprise et le contrat ne l'obligeait nullement à en accepter une. Pour cette raison, l'assuré devait accepter l'emploi assigné, à tout le moins jusqu'à ce qu'il en ait trouvé un autre à sa convenance.

13. Le 20 décembre 2004, le Tribunal de céans a convoqué les parties en audience de comparution personnelle. Le recourant a indiqué à cette occasion qu'il avait refusé le poste en raison du salaire trop bas et parce que cela ne le sortait pas du chômage. Il aurait gagné environ 1'600 fr. net par mois, ce qui était inférieur à ce qu'il touchait lors de remplacements pour Z_____ ou lorsqu'il travaillait à la Clinique de Carouge, soit dans ce dernier poste un temps de travail de 60 % pour un salaire de 2'600 fr. à 3'000 fr. par mois. Sa placeuse de l'OCE ne lui aurait pas assigné le poste si elle avait eu connaissance du salaire proposé, bien qu'un salaire brut de 4'000 fr. pour un cuisinier respectait la convention collective de travail. Enfin, ce travail avec un horaire de 9h00 à 14h00 ne lui permettait que difficilement de continuer des missions temporaires pour Z_____. Auparavant il bénéficiait de jours de congé, ce qui lui permettait plus facilement d'accepter ces missions.

    L'OCE a indiqué n'avoir pas entendu la placeuse, mais ne voyait pas pourquoi le poste n'aurait pas été proposé au recourant, puisque le salaire correspondait à la convention collective de travail.

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. Conformément à l'art. 56 V al. 1 let. a ch. 8 LOJ, le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations prévues à l'article 56 LPGA qui sont relatives à la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982 (ci-après : LACI).

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

3. La loi sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA), entrée en vigueur le 1er janvier 2003, est applicable au cas d'espèce. Ainsi, les conditions de forme et délai à respecter pour la recevabilité du recours sont celles des art. 56 à 60 LPGA. Interjeté dans les forme et délai légaux, le recours est recevable.

4. Le litige porte sur la suspension du droit à l'indemnité de chômage du recourant pour une durée de 33 jours pour non-respect d'une assignation d'emploi.

5. Le droit à l'indemnité de chômage a pour corollaire un certain nombre de devoirs qui découlent de l'obligation générale des assurés de réduire leur dommage (ATF 123 V 96 et références citées).

   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).

   En règle générale, l'assuré doit accepter immédiatement tout travail en vue de diminuer le dommage (art 16 al. 1 LACI) et est tenu d'accepter tout travail convenable qui lui est proposé (art. 17 al. 3 LACI).

   N'est pas réputé convenable et, par conséquent, est exclu de l'obligation d'être accepté, tout travail qui n'est pas conforme aux usages professionnels et locaux et,

en particulier, ne satisfait pas aux conditions des conventions collectives ou des contrats-type de travail ; qui ne tient pas raisonnablement compte des aptitudes de l'assuré ou de l'activité qu'il a précédemment exercée ; qui compromet dans une notable mesure le retour de l'assuré dans sa profession, pour autant qu'une telle perspective existe dans un délai raisonnable ; ou qui procure à l'assuré une rémunération qui est inférieure à 70 % du gain assuré, sauf si l'assuré touche des indemnités compensatoires (art. 16 al. 2 LACI).

L'office compétent examine s'il y a motif à suspension lorsque l'assuré refuse un travail qualifié de convenable ou ne prend pas, par sa propre faute, un emploi qui lui a été assigné (art. 16 al. 1 de l'ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 31 août 1983 ; ci-après : OACI).

Il y a refus d'un travail convenable assigné au chômeur non seulement lorsque celui-ci refuse explicitement un emploi mais également lorsqu'il omet expressément de l'accepter par une déclaration que les circonstances exigeaient qu'il fît. Afin de ne pas compromettre la possibilité de mettre un terme à son chômage, l'assuré doit, lors des pourparlers avec l'employeur futur, manifester clairement qu'il est disposé à passer un contrat (DTA 1984 N° 14 p. 167).

La durée de la suspension est proportionnelle à la gravité de la faute (art. 30 al. 3 LACI) Elle est de 1 à 15 jours en cas de faute légère, 16 à 30 jours en cas de faute d'une gravité moyenne, et 31 à 60 jours en cas de faute grave (art. 45 al. 2 OACI).

Il y a faute grave lorsque l'assuré abandonne un emploi réputé convenable sans être assuré d'obtenir un nouvel emploi ou lorsqu'il refuse un emploi réputé convenable sans motif valable (art. 45 al. 3 OACI).

Dans l'appréciation de la faute en cas de suspension pour abandon d'un emploi convenable sans assurance d'obtenir un nouvel emploi (art. 44 al. 1 let. b OACI), il faut en général accorder plus d'importance à l'état de fait concret que dans l'hypothèse du refus d'un emploi réputé convenable (art. 30 al. 1 let. d LACI) dans laquelle l'existence et l'importance de la faute sont le plus souvent clairement établies. Dans le cas d'une suspension conformément à l'art. 44 al. 1 let. b OACI, l'art. 45 al. 3 OACI constitue une règle dont l'administration et le juge des assurances peuvent s'écarter lorsque des circonstances particulières le justifient. Dans cette mesure, ils disposent d'un pouvoir d'appréciation qui n'est pas limité à une durée de suspension dans le cadre d'une faute grave, mais leur permet de prononcer une sanction plus légère (DTA 2000 n° 8 p. 42 consid. 2c ; ATFA non publié du 10 juillet 2003 en la cause C 12/03).

Il y a lieu cependant de préciser que lorsqu'un assuré peut se prévaloir d'un motif valable, il n'y a pas forcément faute grave même en cas de refus d'un emploi assigné et réputé convenable. 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 ou à des circonstances objectives (ATFA du 29 octobre 2003 en la cause C 162/02, prévu pour la publication aux ATF 130 V ; ATFA non publié du 4 mai 2004 en la cause C 180/03)

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances, les assurés qui ne prennent pas ou cessent par leur propre faute une activité de gain intermédiaire ne peuvent être suspendus dans leur droit à l'indemnité que dans la mesure correspondant à la différence entre l'indemnité de chômage et les indemnités compensatoires (DTA 1998 no 9 p. 48 consid. 5a).

6. En l'espèce, il n'est pas contesté que le recourant a refusé le poste de cuisinier qui lui avait été assigné par l'intimé, en raison d'un salaire qu'il a estimé trop bas et du fait que l'emploi à 50 % ne le sortait pas complètement du chômage. Par ailleurs, l'horaire fixe de 9h00 à 14h00 ne lui permettait plus d'accepter des missions temporaires de plusieurs jours, comme c'était le cas avant dès lors qu'il bénéficiait de jours de congé groupés.

   S'agissant des conditions salariales proposées par l'employeur potentiel, force est de constater qu'elles sont conformes aux salaires de la branche d'activité, ce que le recourant a expressément admis lors de l'audience de comparution personnelle.

   S'agissant des attentes du recourant et de ses qualités professionnelles, le fait qu'il soit titulaire d'une patente de cafetier-restaurateur et qu'il soit au bénéfice d'une certaine expérience professionnelle ne permet pas de conclure que l'emploi qui lui était assigné ne tenait pas raisonnablement compte de ses aptitudes (art. 16 al. 2 let. b LACI). En effet, l'activité de cuisinier correspond à celle qu'il a exercée ces dix dernières années, de sorte que l'on pouvait raisonnablement attendre du recourant qu'il travaille comme cuisinier chez AMED SA.

   Enfin, le recourant était totalement disponible au moment où le poste lui a été proposé, du fait qu'il n'effectuait aucune mission temporaire pour Z_____.

   Eu égard à ce qui précède et dès lors que le recourant n'était pas assuré d'obtenir une autre place de travail au moment de l'assignation de l'ORP, il avait l'obligation d'accepter le travail proposé. Le refus du recourant justifie une suspension de son droit à l'indemnité conformément à l'art. 30 al. 1 let. d LACI.

   L'administration a retenu une faute grave. Toutefois, des circonstances particulières justifient que le Tribunal s'écarte de la règle posée par l'art. 45 al. 3 OACI et considère que la faute est de degré moyen. En effet, le recourant a allégué de façon convaincante que le motif de refus résidait – outre dans la rémunération trop basse argument qu'il convient d'écarter au vu de la conformité du salaire à la CCT – dans le fait que l'horaire de travail était rigide et lui fermait pratiquement la porte des missions temporaires d'appoint qu'il avait l'habitude d'effectuer sur mandat

d'Z_____ durant plusieurs jours d'affiliée. Bien que cet élément n'autorisait pas le recourant à refuser l'emploi proposé, le Tribunal de céans en tiendra compte pour qualifier la faute de moyenne et prononcer en conséquence une suspension de 28 jours en lieu et place de celle de 33 jours. Cet élément est en effet pertinent dans l'optique d'une exploitation maximale du temps de travail du recourant et de l'augmentation des gains de celui-ci.

7. Le recours sera donc partiellement admis et la décision litigieuse modifiée.

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Statuant

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

A la forme :

1. Déclare le recours recevable ;

Au fond :

2. L'admet partiellement ;

3. Annule la décision sur opposition du 5 novembre 2004 ;

4. Prononce une suspension de 28 jours à l'encontre de M. P_____ ;

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 par plis 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 lettres a) b) et c) ci-dessus, le Tribunal fédéral des assurances ne pourra pas entrer 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).

La greffière : La Présidente :

Nancy BISIN Valérie MONTANI

Le secrétaire-juriste :
Marius HAEMMIG

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