RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2397/2003 **ATAS/1058/2004**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

du 16 décembre 2004

3ème chambre

En la cause

Monsieur K_____, au Petit-Lancy recourant

contre

OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI, Groupe réclamations, case postale 3507, 1211 Genève 3 intimé

Siégeant : Madame Karine STECK, Présidente,
Mesdames Isabelle DUBOIS et Doris WANGELER, Juges

EN FAIT

1. Monsieur K_____ s'est inscrit à l'Office régional de placement (ORP) et a présenté une demande d'indemnités de chômage le 17 septembre 2002.

2. Le 27 juin 2003, l'ORP lui a assigné un poste d'employé de service à pourvoir auprès du restaurant X_____.

3. Par courrier du 3 juillet 2003, l'employeur précité a informé l'ORP qu'il avait renoncé à engager l'assuré, à qui l'horaire de travail proposé ne convenait pas.

4. Invité à s'expliquer, l'assuré n'a pas répondu.

5. Des divers entretiens que l'assuré a eus avec son conseil en personnel, il ressort notamment qu'il ne souhaitait plus travailler dans la restauration – ou alors seulement avec un horaire de travail de jour - afin de pouvoir être présent auprès de ses enfants le soir. Lors d'un entretien avec son conseil le 19 mai 2003, l'assuré a par ailleurs annoncé qu'il prendrait des vacances dès le 1er août 2003. Son conseiller l'a alors rendu attentif au fait que les vacances n'étaient pas prioritaires sur la prise d'un emploi. A noter encore que lors d'un entretien le 18 juillet 2003, son conseiller en personnel lui a proposé un poste avec un horaire de jour auprès du bar LE GALION. L'assuré lui a répondu ne pas connaître le métier, alors même que dans son curriculum vitae, il indique avoir travaillé de 1996 à 1997 au bar B_____ en qualité de serveur barman.

6. Par décision du 29 août 2003, l'ORP a prononcé à son égard une suspension de son droit à l'indemnité de 35 jours. L'excuse invoquée par l'assuré auprès de l'employeur, à savoir le fait qu'il ne disposait pas de véhicule, a été considérée comme non pertinente. Il a été relevé que le restaurant ouvrait de 10 h à 14h30 et de 18 h à 24 h et que l'assuré avait donc la possibilité de se rendre au travail et d'en revenir en utilisant les transports publics. L'ORP a également relevé que l'assuré avait déjà refusé deux emplois auprès des restaurants P_____ et T_____ en invoquant le même motif.

7. Par courrier du 2 septembre 2003, l'assuré a formé réclamation contre cette décision. Il a allégué que lorsqu'il avait appelé le restaurant pour obtenir un rendez-vous, on lui avait indiqué que l'établissement fermait vers 00h30, voire 1h00 en haute saison, et que lorsqu'il avait précisé qu'il ne possédait pas de véhicule, il lui avait été répondu qu'il était inutile de poursuivre la discussion et de fixer un rendez-vous. Il a fait valoir que même si les horaires indiqués par l'ORP étaient corrects, il aurait encore dû ranger et nettoyer et n'aurait donc jamais pu finir son travail assez tôt pour prendre le dernier bus, sauf si son employeur l'avait laissé terminer plus tôt.

8. Du procès-verbal d'un entretien téléphonique avec Madame G_____ – du restaurant X_____ - qui s'était tenu le 30 septembre 2003, il ressort que c'est l'assuré qui a renoncé à se rendre à l'entretien.

9. Par décision sur opposition du 25 novembre 2003, le Groupe réclamations a confirmé la décision litigieuse. Il a fait remarquer que le comportement de l'assuré importait plus que le résultat de la démarche, que l'assuré n'avait pu apporter la preuve du contenu de l'entretien téléphonique avec le restaurant, qu'il ressortait par ailleurs de ses déclarations et de son comportement lors des entretiens de conseil qu'il avait vraisemblablement fait preuve d'une attitude montrant qu'il n'avait pas la volonté de se faire engager et qu'il avait d'ailleurs déjà refusé deux emplois pour le même motif sans que les échecs de ces deux assignations n'aient de suite. Le Groupe réclamations a fait remarquer que l'assuré ne pouvait ignorer que dans le domaine de la restauration, les emplois avec un horaire de jour étaient relativement peu nombreux et qu'il mettait tout aussi peu d'empressement à accepter des postes lui permettant de travailler seulement la journée. En conclusion, il a été reconnu coupable de faute grave.

10. Par courrier du 15 décembre 2003, l'assuré a interjeté recours contre cette décision. Il maintient sa version des faits et soutient que lors de son entretien téléphonique, les horaires de travail qu'on lui a indiqués étaient : 10h à 14h, voire 14h30, et 18h à minuit trente, étant précisé que le restaurant pouvait fermer à 1h durant la haute saison. Ayant fait remarquer qu'il n'avait pas de moyen de locomotion, il s'est alors vu répondre qu'il n'était pas la peine d'organiser un entretien. Le recourant conteste avoir refusé l'emploi. Il admet ne pas pouvoir prouver ses allégations mais souligne que l'expérience démontre qu'un établissement qui ferme à minuit voit en réalité son personnel quitter le travail entre minuit trente et deux heures. Il allègue qu'il ne peut cacher à ses potentiels employeurs qu'il dépend des transports publics et que c'est par souci d'honnêteté qu'il le précise d'emblée.

11. Invitée à se prononcer, l'autorité intimée, dans son préavis du 28 janvier 2004, a maintenu sa position. Elle souligne qu'il n'est pas établi que l'assuré aurait dû terminer son travail après minuit et que s'il n'est pas possible d'exclure qu'il aurait peut-être parfois fini son service à une heure où il n'y a plus de transports publics, de telles situations ne se seraient certainement pas produites tous les jours. Dès lors il aurait pu s'arranger avec un collègue, voire prendre un taxi. L'autorité intimée souligne encore que l'assuré travaillant dans le domaine de la restauration, il ne peut pas se retrancher derrière des problèmes d'horaires et de transport.

12. Entendue en qualité de témoin lors d'une audience d'enquête le 2 décembre 2004, Madame G_____, du restaurant X_____, a indiqué que les horaires de travail dans l'établissement étaient : 10h-14h et 18h-00h. Elle a convenu qu'il pouvait arriver, plus particulièrement en été, que les employés doivent rester au-delà de ces heures. Durant la haute saison, cela pouvait arriver deux à trois fois par

semaine. Elle a cependant précisé que l'établissement s'efforçait d'effectuer un roulement entre les employés afin que ce ne soit pas toujours les mêmes qui restent plus tard. Elle s'est étonnée de l'affirmation selon laquelle l'assuré se serait vu refuser un entretien après avoir annoncé qu'il ne disposait pas de moyen de transport. En effet, selon elle, ceci n'est pas rédhibitoire et de plus, l'établissement avait besoin de personnel à cette période.

13. Entendu en comparution personnelle le 2 décembre 2004, l'assuré a pour sa part maintenu sa version des faits. Il réaffirme que c'est l'employeur qui a renoncé à lui fixer un rendez-vous lorsqu'il a annoncé qu'il ne disposait pas de moyen de transport. Il reconnaît qu'il est dans le métier depuis 1998 et qu'il est donc parfaitement conscient des exigences liées aux horaires. Il soutient qu'il ne refuserait pas une place pour cette raison. Cependant, il admet avoir déjà refusé par le passé deux postes similaires mais explique que les établissements concernés fermaient à 01h00, voire 2h00 le week-end. Or, il se refuse à payer plusieurs fois le prix d'une course de taxi pour retourner au Petit-Lancy où il demeure. Selon lui, il lui faudrait idéalement un établissement dont la cuisine ferme à 22h, afin qu'il puisse prendre le dernier bus, après avoir laissé aux clients le temps de manger et avoir rangé l'établissement.

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 (TCAS), composé de cinq juges, dont un président et un vice-président, cinq suppléants et seize juges assesseurs (art. 1 let. r et 56T LOJ).

   Suite à l'annulation de l'élection des seize juges assesseurs par le Tribunal fédéral (TF) le 27 janvier 2004 (ATF 130 I 106), le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février, une disposition transitoire urgente (art. 162 LOJ) permettant au TCAS de siéger sans assesseurs, à trois juges titulaires, dans l'attente de l'élection de nouveaux juges assesseurs.

2. 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.

3. Le litige porte sur la suspension des indemnités de chômage du recourant, pour non-respect d'une assignation d'emploi.

4. 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). En font notamment partie les prescriptions de contrôle et les instructions de l'office du travail prévues à l'art. 17 de la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982 (LACI). Cette disposition prévoit notamment, en son alinéa 3, que l'assuré est tenu d'accepter le travail convenable qui lui est proposé.

   Lorsqu'un assuré ne respecte pas ces prescriptions et instructions, il adopte un comportement qui, de manière générale, est de nature à prolonger la durée de son chômage. L'art. 30 al. 1 let. d LACI permet alors de le sanctionner par la suspension de son droit à l'indemnité de chômage. Jurisprudence et doctrine s'accordent à dire qu'une telle mesure constitue une manière appropriée et adéquate de faire participer l'assuré au dommage qu'il cause à l'assurance-chômage par une attitude contraire à ses obligations (ATF 125 V 199 consid. 6a ; 124 V 227 consid. 2b ; 122 V 40 consid. 4c/aa et 44 consid. 3c/aa ; RIEMER-KAFKA, Die Pflicht zur Selbstverantwortung, p. 461, GERHARDS, Kommentar zum AVIG, tome 1, ad. Art. 30).

5. 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).

6. Dans le domaine des assurances sociales, le juge fonde sa décision, sauf disposition contraire 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 121 V 47 consid. 2a, 208 consid. 6b). Par ailleurs, la procédure est réglée par le principe inquisitoire, selon lequel les faits pertinents de la cause doivent être constatés d'office par le juge. Mais ce principe n'est pas absolu. Sa portée est restreinte par le devoir des parties de collaborer à l'instruction de l'affaire (ATF 122 V 158 consid. 1a ; 121 V 210 consid. 6c et réf. citées). Celui-ci comprend en particulier l'obligation des parties d'apporter, dans la mesure où cela peut être raisonnablement exigé d'elles, les preuves commandées par la nature du litige et des faits invoqués, faute de quoi elles risquent de devoir supporter les conséquences de l'absence de preuve (ATF 117 V 264 consid. 3b et références citées).

7. 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 (art. 30 al. 3 LACI). Selon l'art. 45 al. 2 de l'ordonnance fédérale sur l'assurance-chômage du 31 août 1983 (OACI), la durée de la suspension 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.

   L'art. 45 al. 3 OACI dispose qu'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.

   Il y a faute au sens de la LACI lorsque la survenance du chômage n'est pas imputable à des facteurs objectifs d'ordre conjoncturel mais due à un comportement que l'intéressé pouvait éviter et dont l'assurance-chômage n'a pas à répondre. Par ailleurs, on attend de l'assuré qu'il ne cause pas lui-même le dommage mais qu'il le prévienne. Dès lors, le critère de la culpabilité retenue par la jurisprudence est celle du « comportement raisonnablement exigible » de l'assuré. Il faut se demander dans chaque cas d'espèce si, au vu de toutes les circonstances, on pouvait raisonnablement exiger du travailleur qu'il conservât sa place de travail (MUNOZ, La fin du contrat individuel de travail et le droit aux indemnités de l'assurance-chômage, Lausanne, thèse 1992, p. 167 et p. 175).

8. Dans un arrêt non publié C 386/97 du 9 novembre 1998, le Tribunal fédéral des assurances a jugé que l'art. 45 al. 3 OACI était conforme à la loi et que par conséquent, dans le cadre de sa disposition, le pouvoir d'appréciation de l'administration et du juge des assurances sociales était limité par la durée de la sanction prévue pour une faute grave – à savoir entre 31 et 60 jours.

9. En l'espèce, il ressort des déclarations de Madame G_____ que c'est l'assuré qui a décliné l'offre d'un entretien et non l'inverse. Cette déclaration, faite à l'ORP quelque temps après les faits, a été confirmée par les dires de cette personne durant les enquêtes. Elle a en effet indiqué que le fait de dépendre des transports publics n'était pas rédhibitoire aux yeux de l'employeur. Qui plus est, les premières déclarations du recourant vont en ce sens et il a par ailleurs admis avoir refusé par le passé deux offres d'emploi pour cette même raison. Il y a dès lors lieu de considérer comme hautement vraisemblable que ce soit lui qui ait renoncé à un entretien et non l'inverse, comme il l'affirme à présent. Dès lors, il faut considérer qu'il a manqué à ses obligations.

10. Ainsi qu'il a déjà été relevé, le recourant a déjà par deux fois dans le passé refusé des offres d'emploi sous prétexte que les horaires ne lui convenaient pas vu sa dépendance aux transports publics. Par ailleurs, n'apparaît pas proportionné de refuser une offre d'emploi sous prétexte qu'il lui aurait sans doute fallu recourir à un taxi une à deux fois par semaine.

11. Force est de constater que le recourant a, par son comportement, laissé échapper une possibilité d'emploi qui lui et que les circonstances invoquées n'enlèvent pas à l'emploi offert son caractère convenable. Eu égard à la situation subjective du recourant et aux circonstances du cas d'espèce, il n'y a aucun motif faisant apparaître sa faute comme étant seulement de gravité moyenne ou légère. Dès lors, la suspension du droit à l'indemnité prononcée par l'autorité intimée n'apparaît pas critiquable, puisqu'elle correspond à la durée de la suspension prévue pour une faute grave.

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. 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 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 :
Janine BOFFI	Karine STECK

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

le