RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2450/2003 **ATAS/135/2005**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

du 17 février 2005

3ème chambre

En la cause

Madame A_____, recourante

Contre

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

Siégeant : **Madame Karine STECK, Présidente,**
Mesdames Juliana BALDE et Doris WANGELER, juges

EN FAIT

1. Aide-cuisinière, Madame A_____ a bénéficié d'un premier délai-cadre d'indemnisation du 2 août 1999 au 1er août 2001. Un second délai-cadre a été ouvert du 1er décembre 2001 au 30 novembre 2003.

2. Le 11 juillet 2003, un poste d'employée de ménage à pourvoir auprès du X_____ lui a été assigné par l'Office régional de placement (ORP). L'employeur a par la suite informé ce dernier que l'assurée n'avait pas été engagée et précisé que, lors de l'entretien d'embauche, l'intéressée avait fait état de problèmes de santé et indiqué ne pas pouvoir passer l'aspirateur.

3. Invitée à s'exprimer sur ce sujet, l'assurée a confirmé avoir informé l'employeur de ses problèmes de santé et du fait qu'elle ne pouvait passer l'aspirateur. Elle avait toutefois proposé ses services à titre d'essai, ce que l'employeur avait refusé. L'intéressée a également indiqué qu'en raison de ses problèmes de santé, en particulier des maux de dos qui l'empêchent de porter des charges, elle ne peut plus travailler en qualité d'aide de cuisine mais estime pouvoir accepter un emploi dans le domaine du nettoyage à condition de ne pas être obligée d'utiliser un aspirateur.

4. Entendue dans le cadre de l'instruction du dossier, le responsable des ressources humaines du magasin intéressé, Monsieur L_____, a expliqué avoir rencontré l'assurée le 15 juillet 2003. Celle-ci lui a longuement parlé de ses problèmes de santé. Il a assuré que cette dernière n'était pas motivée par l'emploi proposé, mais plutôt préoccupée par son état physique.

5. A la demande de l'ORP, l'avis du médecin conseil de l'OCE a été sollicité. Le 25 juillet 2003, l'assurée a été convoquée à une visite médicale auprès du Dr B_____. Ce dernier, dans son préavis, a relevé que l'intéressée ne présentait aucune incapacité de travail et pouvait pleinement exercer sa profession. A part le port de charges très lourdes régulièrement, elle pouvait travailler à 100%.

6. Par décision du 21 octobre 2003, l'Office cantonal de l'emploi (OCE) a sanctionné l'assurée de 45 jours de suspension pour faute grave. Se référant à l'avis du médecin-conseil et au dossier médical de l'assurée, il a considéré que l'emploi proposé par l'ORP était convenable et correspondait en tous points à ses compétences professionnelles. L'OCE a par ailleurs relevé que, durant un délai-cadre précédent, l'assurée avait fait l'objet de deux sanctions pour n'avoir pas traité avec toute la diligence requise des assignations d'emploi émanant de l'ORP.

7. Le 4 novembre 2003, l'assurée a formé opposition contre cette décision. Elle a expliqué que, suite à l'assignation du 11 juillet 2003, elle avait convenu d'un entretien avec l'employeur et l'avait rencontré pour présenter sa candidature. Elle avait alors été dans l'obligation d'indiquer qu'elle n'était pas en mesure de passer

l'aspirateur en raison de ses problèmes dorsaux. Elle allègue que, dans un précédent emploi, elle avait dû passer l'aspirateur sur une grande surface, ce qui avait eu pour conséquence de la « bloquer » pendant deux jours. L'assurée a fait valoir qu'elle se devait de faire preuve d'honnêteté envers l'employeur en lui mentionnant ses limites. Elle a par ailleurs relevé que le médecin-conseil s'était contenté de lui toucher le dos et de constater qu'elle avait conservé beaucoup de poids après son accouchement.

8. Le Groupe réclamations a débouté l'assurée par décision sur opposition du 19 décembre 2003. Il a relevé qu'il ressortait des préavis médicaux versés au dossier qu'aucune restriction médicale n'empêchait l'assurée de se servir d'un aspirateur et que le travail qui lui avait été assigné était par conséquent convenable. Dès lors, en déclarant qu'elle ne pouvait se servir d'un aspirateur, l'assurée n'avait pas fait tout ce que l'on pouvait exiger d'elle pour convaincre l'employeur potentiel de l'engager. Au contraire, en parlant de problèmes de dos - au demeurant non avérés – elle l'avait découragé de donner une suite favorable à sa candidature.

9. Le 18 décembre 2003, l'assurée a interjeté recours contre cette décision. Elle relève que le rapport médical du médecin-conseil ne lui a pas été transmis et allègue que l'examen auquel s'est livré ce dernier était excessivement sommaire. Pour le surplus, elle reprend les arguments déjà invoqués auparavant. Elle estime avoir fait preuve d'honnêteté en informant l'employeur potentiel de ses difficultés et relève avoir proposé de faire un essai. Elle invoque le rapport médical du Dr C_____, dont il ressort qu'elle doit éviter le port de poids dépassant 8 kilos, les montée et descente d'escaliers trop fréquentes, et les mouvements répétitifs des membres supérieurs en position debout. Elle estime que l'OCE minimise ses limitations physiques et assure qu'elle ne peut passer l'aspirateur durant des heures.

10. Invité à se prononcer, l'OCE, dans son préavis du 30 janvier 2004, a conclu au rejet du recours.

11. Par courrier du 16 février 2004, la recourante a encore fait remarquer que passer l'aspirateur entraînait un mouvement répétitif du bras et de l'épaule ainsi que des torsions répétées pour atteindre toutes les surfaces. Elle a relevé que dans un magasin, il lui faudrait monter des escaliers pour les nettoyer, ce qui impliquait le port de l'aspirateur. Elle a par ailleurs produit un certificat médical émanant du Dr C_____, daté du 6 février 2001, dont il ressort qu'elle souffre d'une affection de la colonne lombaire récurrente pour laquelle un traitement médicamenteux et une physiothérapie antalgique régulière sont requis « bien que la capacité de travail chez cette patiente est actuellement de 100%, elle devrait être limitée au port de charges ne dépassant pas les 8 kilos, la montée et descente trop fréquentes d'escaliers, des mouvements répétitifs des membres supérieurs en position debout et la position accroupie pendant trop longtemps ». Enfin, la

recourante a également produit un courrier adressé par le Dr C_____ au Dr B_____, médecin conseil de l'OCE, en date du 21 juillet 2003, diagnostiquant un lumbago droit récurrent rebelle au traitement, une bascule du bassin en défaveur de la droite de 0,8 cm, un effacement de la lordose lombaire avec trouble dégénératif étagé de la colonne lombaire, un syndrome fibromyalgique incomplet, un syndrome anxio-dépressif récurrent ainsi que de l'obésité. Le médecin précise qu'il n'a pas revu la patiente depuis plus d'une année et que sa capacité de travail, bien que complète, ne devrait être limitée qu'au port de poids ne dépassant pas 8 kilos, afin d'éviter de nouveaux épisodes lombalgiques et une aggravation vers une somatisation trop importante. Il a par ailleurs repris les autres limitations évoquées dans son certificat médical du 6 février 2001.

12. Par courrier du 1er avril 2004, l'OCE a maintenu sa position.

13. Par courrier du 16 avril 2004, la recourante a fait remarquer que le rapport médical du Dr B_____ ne lui avait jamais été communiqué. Elle estime dès lors que son droit d'être entendue a été violé. Elle invoque une fois encore le rapport médical du Dr C_____ et reprend par ailleurs ses précédents arguments.

EN DROIT

1. La loi genevoise du 22 novembre 1941 sur l'organisation judiciaire (LOJ ; E 2 O5) a été modifiée et a institué, dès le 1er août 2003, un Tribunal cantonal des assurances sociales. 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 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. Conformément à l'art. 56 V al. 1 let. a ch. 8 LOJ, le TCAS connaît en instance unique des contestations prévues à l'article 56 LPGA relatives à la loi fédérale 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (LACI). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est donc établie.

3. Préalablement, la recourante invoque la violation de son droit d'être entendue. Elle explique que le préavis du médecin-conseil sur lequel l'autorité intimée a basé sa décision ne lui a jamais été soumis.

4. Le droit d'être entendu est une garantie constitutionnelle de caractère formel, dont la violation doit entraîner l'annulation de la décision attaquée, indépendamment des

chances de succès du recourant sur le fond (ATF 127 V 437 consid. 3d/aa, 127 V 132 consid. 2b). La jurisprudence, rendue sous l'empire de l'art. 4 de l'ancienne constitution, et qui s'applique également à l'art. 29 al. 2 Cst (ATF 127 I 56 consid. 2b, 127 III 578 consid. 2c, 126 V 130 consid. 2a), a déduit du droit d'être entendu en particulier, le droit pour le justiciable de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à son détriment, celui de fournir des preuves quant aux faits de nature à influer sur le sort de la décision, celui d'avoir accès au dossier, celui de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos (ATF 126 I 16 consid. 2a/aa, 124 V 181 consid. 2a, 375 consid. 3b).

5. En l'espèce, il y a manifestement eu violation du droit d'être entendu. Il convient toutefois de relever que le préavis dont il est question a été produit par l'autorité intimée (pièce 3a), que le Tribunal de céans a mis le dossier à disposition de la recourante et que cette dernière est venue le consulter en date du 1er mars 2004. De ce fait, la violation du droit d'être entendue de la recourante a été réparée.

6. Quant au fond, le litige porte sur la suspension des indemnités de chômage de la recourante, pour non-respect d'une assignation d'emploi.

7. 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).

8. 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).

9. 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).

10. 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).

11. 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.

12. En l'espèce, il n'est pas contesté que la recourante a fait part à son futur employeur potentiel de ses maux de dos et du fait qu'ils risquaient de l'empêcher de passer l'aspirateur. D'après les dires de l'employeur, l'assurée s'est montrée peu motivée et surtout préoccupée de sa santé. Or, il ressort des différents documents médicaux versés au dossier que la recourante, en dehors des limitations évoquées, à savoir notamment le port de lourdes charges, est totalement capable de travailler, en particulier de passer l'aspirateur. Par ailleurs, il est évident qu'il est peu encourageant pour un employeur de se voir opposer immédiatement des limitations physiques, dont il n'a au surplus pas été établi qu'elles pouvaient entraver la capacité de travail de l'assurée, au contraire. Qui plus est, il apparaît que ce n'est pas la première fois que l'assurée ne traite pas avec toute la diligence voulue les assignations d'emploi qui lui sont adressées.

13. Force est de constater que la recourante a, par son comportement, laissé échapper une possibilité d'emploi et que les circonstances invoquées n'enlèvent pas à l'emploi offert son caractère convenable. Eu égard à la situation subjective de la recourante 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 et que l'autorité intimée n'a donc pas excédé son pouvoir d'appréciation en tenant compte du fait que l'assurée a déjà, par deux fois dans le passé, négligé les assignations d'emploi qui lui avaient été adressées.

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'à l'Office fédéral des assurances sociales et au secrétariat d'Etat à l'économie par le greffe

le