RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3/2022 **ATAS/546/2022**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 16 juin 2022

5ème Chambre

En la cause

Monsieur A_____, domicilié à GENÈVE, représenté par GROUPE SIDA GENEVE	recourant
contre	
OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI, sis rue des Gares 16, GENÈVE	intimé

Siégeant : Philippe KNUPFER, Président ; Pierre-Bernard PETITAT et Monique STOLLER FÜLLEMANN, Juges assesseurs.

EN FAIT

A. **a.** Monsieur A_____ (ci-après : l'assuré ou le recourant), né en 1982, s'est inscrit auprès de l'office cantonal de l'emploi (ci-après : l'OCE ou l'intimé), en date du 18 mai 2020, pour un taux d'activité à 100%.

b. L'attention de l'assuré a été attirée sur le fait que tout manquement aux obligations envers l'assurance-chômage, ainsi qu'aux instructions de l'office régional de placement (ci-après : l'ORP), pouvait entraîner une suspension du droit à l'indemnité.

c. En date du 29 septembre 2020, le service juridique de l'OCE lui a infligé une première sanction sous la forme d'une suspension du droit à l'indemnité de trois jours, à compter du 1er septembre 2020, en raison du fait que pour la période allant de mai à août 2020, ses recherches d'emploi étaient insuffisantes en quantité.

d. Par décision du service juridique de l'OCE du 5 novembre 2020, une deuxième sanction a été infligée à l'assuré, sous la forme d'une suspension du droit à l'indemnité de treize jours, à compter du 9 septembre 2020, en raison du fait que l'assuré avait été enjoint à effectuer une mesure du marché du travail, soit une formation chez B_____, du 7 au 18 septembre 2020, par décision du 21 août 2020, et qu'il ne s'était pas présenté à la mesure les deux premiers jours, soit les 7 et 8 septembre 2020, sans explication.

e. Par décision du service juridique de l'OCE du 11 novembre 2020, l'assuré a fait l'objet d'une troisième sanction, sous la forme d'une suspension du droit à l'indemnité de quatorze jours, à compter du 1er octobre 2020 en raison du fait que ses recherches personnelles d'emploi relatives au mois de septembre 2020 avaient été remises tardivement.

f. L'assuré s'est opposé aux sanctions des 29 septembre et 5 novembre 2020 ; l'opposition à la décision du 29 septembre 2020, a été déclarée irrecevable, car tardive, par décision sur opposition de l'OCE du 7 décembre 2020, celle-ci étant entrée en force dans l'intervalle. Quant à l'opposition à la décision du 5 novembre 2020, elle a été rejetée par décision sur opposition de l'OCE du 5 mars 2021.

g. Sur recours contre la décision du 5 mars 2021, la chambre de céans a confirmé le principe de la faute mais a réduit la sanction de treize à onze jours de suspension du droit à l'indemnité de chômage, par arrêt du 16 septembre 2021 (ATAS/954/2021), entré en force depuis lors.

B. **a.** Par décision du 21 septembre 2021 du service juridique de l'OCE, l'assuré a fait l'objet d'une nouvelle sanction de onze jours de suspension de son droit à l'indemnité de chômage pour n'avoir effectué que quatre recherches personnelles d'emploi au lieu des dix demandés par l'ORP durant le mois de juillet 2021.

b. Par courrier du 21 octobre 2021, le mandataire de l'assuré s'est opposé à la décision du 21 octobre 2021. Le principe de la sanction n'était pas un remis en

cause mais le nombre de jours de suspension du droit à l'indemnité de chômage était considéré comme disproportionné.

c. Par décision sur opposition du 15 novembre 2021, l'OCE a rejeté l'opposition du 21 octobre 2021 et confirmé la décision du 21 septembre 2021 au motif que l'assuré avait déjà fait l'objet de trois décisions de sanctions entre septembre 2020 et novembre 2020, pour des recherches d'emploi insuffisantes, quantitativement, entre les mois de mai et août 2020 et pour son absence de mesure du marché de travail devant se dérouler du 7 au 18 septembre 2020 et, enfin, pour la remise tardive de ses recherches d'emploi du mois de septembre 2020. Considérant que la directive du secrétariat à l'économie et au commerce (ci-après : SECO), fixant le barème des sanctions pour des manquements, prévoyait qu'en cas de suspension de manière répétée dans son droit à l'indemnité, la durée de suspension de l'assuré devait être prolongée en conséquence, l'OCE a maintenu la quotité de la sanction, non sans rappeler qu'il s'agissait du quatrième manquement survenu durant les deux dernières années, dont le deuxième pour le même motif.

C. **a.** Par acte interjeté par son mandataire et posté le 3 janvier 2022, l'assuré a recouru auprès de la chambre de céans, contre la décision sur opposition du 15 novembre 2021. Il a repris, en substance, l'argumentation déjà développée dans le cadre de son opposition. Il ne contestait pas le principe de la sanction mais la quotité de cette dernière qu'il jugeait disproportionnée ; le recourant rappelait que sa situation personnelle devait être prise en compte dans le cadre de la fixation de la sanction, notamment sa condition médicale sévère, le fait qu'il n'avait pas de formation et qu'il vivait dans une situation précaire et dans un environnement social peu favorisé, comme cela avait été relevé par la chambre de céans dans l'arrêt précité du 16 septembre 2021, pages 8 et 9. Il concluait à ce qu'une sanction de sept voire, tout au plus, huit jours soit prononcée par la chambre de céans, en lieu et place des onze jours faisant l'objet de la décision contestée.

b. Par réponse du 31 janvier 2022, l'OCE a conclu au rejet du recours et a exposé que, s'agissant de la deuxième fois que les recherches d'emploi de l'assuré étaient jugées insuffisantes quantitativement, la sanction prévue par le barème SECO était de cinq à neuf jours ce à quoi il fallait ajouter six jours supplémentaires pour tenir compte des deux manquements précédents, soit respectivement trois jours par manquement précédent, ce qui respectait parfaitement le principe de la proportionnalité.

c. Par réplique du 24 février 2022, le recourant a persisté dans ses conclusions.

d. Sur ce, la cause a été gardée à juger.

e. Les autres faits seront repris, en tant que de besoin, dans la partie « en droit » du présent arrêt.

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.

2. Interjeté en temps utile (art. 38 al. 4 let. c et 60 LPGA), compte tenu de la suspension des délais du 18 décembre au 2 janvier inclusivement inclusivement (art. 61 let. b LPGA et art. 89B de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10), le recours est recevable.

3. Le litige porte uniquement sur la quotité de la sanction de onze jours prononcée contre le recourant, pour avoir fourni un nombre insuffisant de recherches d'emploi, en situation de récidive.

4. Aux termes de l'art. 17 al. 1 LACI, l'assuré qui fait valoir des prestations d'assurance doit, avec l'assistance de l'office du travail compétent, entreprendre tout ce que l'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 apporter la preuve des efforts qu'il a fournis.

5. L'art. 26 al. 2 de l'ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 31 août 1983 (OACI - RS 837.02), dispose que l'assuré doit remettre la preuve de ses recherches d'emploi pour chaque période de contrôle au plus tard le cinq du mois suivant ou le premier jour ouvrable qui suit cette date. À l'expiration de ce délai, et en l'absence d'excuse valable, les recherches d'emploi ne sont plus prises en considération.

6. Depuis l'entrée en vigueur le 1er avril 2011 des modifications de la LACI, l'al. 2bis de cette disposition a été abrogé, de sorte que si l'assuré ne remet pas ses recherches dans ce délai, l'office compétent ne lui impartit plus un délai raisonnable pour le faire. Conformément à l'al. 2 qui a été complété, à l'expiration de ce délai, et en l'absence d'excuse valable, les recherches d'emploi ne sont plus prises en considération. Cet article a été considéré comme conforme à la loi (ATF 139 V 164). Sauf excuse valable, une suspension du droit à l'indemnité peut être prononcée si les preuves ne sont pas fournies dans le délai ; peu importe qu'elles soient produites ultérieurement, par exemple dans une procédure d'opposition (arrêt du Tribunal fédéral 8 C 758/2017 du 19 octobre 2018).

7. La suspension du droit à l'indemnité est soumise exclusivement aux dispositions de la LACI et de ses dispositions d'exécution (Thomas NUSSBAUMER,

Arbeitslosenversicherung, in Soziale Sicherheit, SBVR vol. XIV, 2ème éd. 2007, p. 2424 n. 825). L'art. 30 al. 1 let. d LACI dispose que le droit de l'assuré à l'indemnité est suspendu lorsqu'il est établi que celui-ci n'observe pas les prescriptions de contrôle du chômage ou les instructions de l'autorité compétente. Le défaut ou l'insuffisance de recherches d'emploi et la remise tardive de recherches d'emploi effectuées représentent des inobservations des prescriptions de contrôle du chômage ou des instructions de l'autorité compétente, visées par l'art. 30 al. 1 let. d LACI.

Selon la jurisprudence, la suspension du droit à l'indemnité est destinée à poser une limite à l'obligation de l'assurance-chômage d'allouer des prestations pour des dommages que l'assuré aurait pu éviter ou réduire. En tant que sanction administrative, elle a pour but de faire répondre l'assuré, d'une manière appropriée, du préjudice causé à l'assurance-chômage par son comportement fautif (ATF 133 V 89 consid. 6.2.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C 316/07 du 6 avril 2008 consid. 2.1.2).

Les motifs de suspension précités peuvent donner lieu à une sanction non seulement en cas de faute intentionnelle, mais aussi en cas de négligence légère. D'une manière générale, un comportement simplement évitable justifie une sanction (Boris RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, ad. art. 30 no 15).

8.

8.1 Conformément à l'art. 30 al. 2 LACI, l'autorité cantonale prononce la suspension au sens de l'al. 1, let. d. La durée de la suspension est proportionnelle à la gravité de la faute selon l'art. 30 al. 3, 3ème phr. 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 un à quinze jours en cas de faute légère, de seize à trente jours en cas de faute de gravité moyenne, et de trente-et-un à soixante jours en cas de faute grave (art. 45 al. 3 OACI). Si l'assuré est suspendu de façon répétée dans son droit à l'indemnité, la durée de la suspension est prolongée en conséquence. Les suspensions subies pendant les deux dernières années sont prises en compte dans le calcul de la prolongation (art. 45 al. 5 OACI).

8.2 Selon la jurisprudence rendue à propos de l'ancien art. 45 al. 2bis OACI (devenu l'art. 45 al. 5 OACI), il y a lieu de sanctionner plus sévèrement un assuré qui a déjà fait l'objet de sanction antérieure et ce sans égard à la nature des motifs de sanction retenue (arrêt du 4 mai 2010 [8C_518/2009] consid. 5). En cas de succession de fautes liées à des motifs de sanctions différents, pour la dernière faute commise, il convient d'appliquer la fourchette correspondant au motif de la dernière faute, et ce pour un premier manquement, à quoi il faut ajouter quelques jours de suspension, selon l'appréciation de l'autorité compétente (barème SECO, D63a-D64). Plus le premier manquement est grave et récent, plus le nombre de jours à

ajouter pour la dernière faute commise doit être élevé (Boris RUBIN, op. cit., n. 126 ad art. 30).

La durée de la suspension du droit à l'indemnité de chômage est fixée compte tenu de la faute, mais aussi du principe de proportionnalité (Thomas NUSSBAUMER, op. cit., p. 2435, n° 855).

8.3 En tant qu'autorité de surveillance, le SECO a adopté dans son bulletin LACI IC un barème indicatif à l'intention des organes d'exécution (ci-après : barème SECO). 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 d'espèce, notamment des circonstances personnelles, en particulier celles qui ont trait au comportement de l'intéressé au regard de ses devoirs généraux d'assuré qui fait valoir son droit à des prestations (cf. arrêt du Tribunal fédéral 8C_601/2012 du 26 février 2013 consid. 4.1, non publié in ATF 139 V 164 et les références ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_537/2013 du 16 avril 2014 consid. 5.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_425/2014 du 12 août 2014 consid. 5.1). De plus, les directives administratives ne sont pas contraignantes pour le tribunal. Toutefois, la juridiction en tient compte dans sa décision, pour autant qu'elles permettent une interprétation des dispositions légales applicables qui soit adaptée au cas d'espèce et lui rende justice. Le juge ne s'écarte donc pas des directives administratives sans motif pertinent si elles représentent une concrétisation convaincante des exigences légales. À cet égard, les efforts de l'administration pour assurer une application égale de la loi par le biais de directives internes sont pris en compte (arrêt du Tribunal fédéral 8C_214/2020 du 18 février 2021 consid. 3.2 ; ATF 141 V 365 consid. 2.4).

Selon le barème SECO, lorsque la personne assurée est suspendue durant la période d'observation de deux ans pour la même raison (le même état de fait), l'autorité cantonale respectivement les offices régionaux de placement prolongent la durée de suspension en suivant la grille de suspension (chiffre D63c) (arrêt du Tribunal fédéral 8C_214/2020 du 18 février 2021 consid. 3.2). Toujours selon le barème SECO (D79), le défaut de recherches d'emploi ou la remise tardive de celles-ci pendant la période de contrôle entraînent la première fois une suspension de cinq à neuf jours, la seconde fois une suspension de dix à dix-neuf jours et la troisième fois le renvoi pour décision à l'autorité cantonale.

8.4 La quotité de la suspension du droit à l'indemnité de chômage dans un cas concret constitue une question relevant du pouvoir d'appréciation (arrêt du Tribunal fédéral 8C 194/2013 du 26 septembre 2013 consid. 5.2). Le pouvoir d'examen de la chambre de céans n'est pas limité à la violation du droit 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).

9. En ce qui concerne la preuve, le juge des assurances sociales fonde sa décision, sauf dispositions contraires 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 130 III 324 consid. 3.2 et 3.3 ; 126 V 360 consid. 5b, 125 V 195 consid. 2). Il n'existe pas, en droit des assurances sociales, un principe selon lequel l'administration ou le juge devrait statuer, dans le doute, en faveur de l'assuré (ATF 126 V 322 consid. 5a).

10. En l'espèce, le recourant admet les faits et le principe de la sanction mais critique la quotité de cette dernière au motif qu'elle ne serait pas conforme aux dispositions applicables, d'une part, et disproportionnée, d'autre part. Selon ce dernier, les deux manquements concernant tous deux le mois de septembre 2020, devraient être considérés et traités comme un seul manquement, susceptible d'un ajout de trois jours, soit un total de huit jours, pouvant être réduit à sept jours en tenant compte de la situation personnelle du recourant.

L'intimé considère que la quotité de la sanction est conforme aux dispositions, compte tenu de la quotité prévue pour un nombre insuffisant de recherches d'emplois, pour lequel une sanction de cinq à neuf jours est prévue la deuxième fois, ce à quoi il faut ajouter deux fois trois jours, en raison des deux manquements précédents pour des faits différents, ce qui, de surcroit, respecterait le principe de la proportionnalité.

10.1 Le recourant conteste l'ampliation de la sanction, telle qu'effectuée par l'OCE en considérant qu'il y a eu, certes, deux violations de ses obligations pendant le mois de septembre 2020 - soit l'absence à la mesure du marché du travail et la remise tardive de ses recherches d'emploi au mois de septembre 2020 - mais que dès lors que les deux violations de ses obligations se sont déroulées toutes deux uniquement pendant le mois de septembre 2020, il faudrait considérer qu'il n'y a finalement qu'un seul et unique manquement, susceptible d'ajouter au maximum trois jours à la sanction de base de cinq jours.

Les manquements de même nature (insuffisance des recherches d'emploi entre mai et août 2020 et insuffisance des recherches d'emploi en juillet 2021) ont été sanctionnés par la suspension de cinq jours.

Conformément au ch. D79 1C. 2 du barême SECO, en cas de recherches d'emploi insuffisantes, pour la deuxième fois, le barême SECO prévoit une suspension de cinq à neuf jours.

La sanction de cinq jours retenue par l'OCE découle de sa deuxième remise de recherches d'emploi en nombre insuffisant (première fois : recherches insuffisantes entre mai et août 2020 sanctionnées en septembre 2020) ; elle correspond au minimum et n'est pas critiquée par le recourant.

10.2 Les manquements pour des faits différents (non présentation à une mesure du marché du travail en septembre 2020 et remise tardive des recherches d'emploi de septembre 2020) ont tous deux eu lieu en septembre 2020.

Le barème SECO sous ch. D63d traite du cas des suspensions répétées pour un fait différent. Il stipule que pour prolonger la durée de suspension en conséquence, les ACt/ORP ne prennent en compte que les suspensions décidées par les ACt/ORP. Si la personne assurée est à nouveau suspendue durant la période d'observation de deux ans, la durée de suspension doit être prolongée en conséquence, tout en tenant compte du comportement général de la personne assurée. Les ACt/ORP sont responsables de prolonger la durée de suspension selon leur appréciation et de justifier leur choix dans la décision. De la même manière, s'ils renoncent à prolonger la période de suspension, ils doivent le justifier dans leur décision.

Le délai de deux ans entre les sanctions précédentes et la décision querellée n'étant pas dépassé, l'OCE était en droit de prolonger la durée de la suspension.

A cet égard, le raisonnement du recourant selon lequel un seul manquement devrait être retenu pour les deux fautes de nature différente commises au mois de septembre 2020 est erroné car, dans bien des cas, un cumul de sanctions intervient sans même que l'assuré soit mis en situation de modifier son comportement (arrêt du Tribunal fédéral 8C_518/2009 du 4 mai 2010 consid. 5). En cas de fautes successives, les sanctions se cumulent. Elles sont prises séparément. Il n'y a pas de peine d'ensemble (Boris RUBIN, op. cit., n. 19 ad art. 30). Par conséquent, bien que quelques jours seulement séparent les manquements, la récidive est réalisée.

Dès lors, l'addition par l'OCE de deux manquements, comptant pour trois jours chacun, ne prête pas le flanc à la critique.

Le chiffre D64 du barème SECO précise encore que la durée de la suspension est fixée en tenant compte de toutes les circonstances du cas particulier, telles que le mobile, les circonstances personnelles, l'âge, l'état civil, l'état de santé, une dépendance éventuelle, l'environnement social, le niveau de formation, les connaissances linguistiques, etc.

Il sied également de tenir compte, dans la fixation de la quotité de la sanction, de la situation personnelle du recourant, difficile sur le plan personnel, l'obligeant notamment à avoir recours aux services sociaux pour s'alimenter. Le recourant n'a pas de formation et vit en situation précaire dans un environnement social peu

favorisé. Sa situation est aggravée par une condition médicale sévère, en raison de sa séropositivité.

Ces éléments de nature personnelle n'ont pas été contestés par l'intimé qui n'indique, toutefois, nulle part, ni dans la première décision ni dans la décision sur opposition, avoir tenu compte de la santé et de la situation sociale de l'intéressé dans la fixation de la sanction.

10.3 À l'aune de ces différents éléments et des circonstances du cas particulier, la chambre de céans considère qu'il convient de réduire d'un jour la quotité de trois jours retenue par l'OCE, pour chacune des récidives pour des faits différents, étant rappelé que c'est le chiffre minimum de la fourchette allant de cinq à neuf jours qui a été retenu par l'OCE pour sanctionner la récidive de recherches d'emploi insuffisantes.

10.4 Le recours sera donc partiellement admis et la décision réformée, le nombre de jours de suspension du droit à l'indemnité de chômage étant réduit de onze à neuf jours (5 jours + 2 x 2 jours en lieu et place de 2 x 3 jours).

11. Le recourant, représenté par un avocat, obtient partiellement gain de cause, de sorte qu'il a droit à une indemnité à titre de participation à ses frais et dépens, que la chambre de céans fixera à CHF 800.- (art. 61 let. g LPGA ; art. 89H al. 3 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 – LPA ; RS E 5 10 ; art. 6 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en procédure administrative du 30 juillet 1986 ; RFPA - RS E 5 10.03).

12. Pour le surplus, en l'absence de loi spéciale prévoyant des frais judiciaires, la procédure est gratuite (art. 61 let. fbis LPGA en lien avec l'art. 1 al. 1 LACI).

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 du 15 novembre 2021 en ce sens que la suspension du droit à l'indemnité de chômage du recourant est réduite de onze à neuf jours de suspension du droit à l'indemnité.
4. Alloue au recourant la somme de CHF 800.- à titre de participation à ses frais et dépens.
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	Le président
Véronique SERAIN	Philippe KNUPFER

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