

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3014/2010

ATAS/1014/2011

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 1^{er} novembre 2011

1^{ère} Chambre

En la cause

Madame G _____, domiciliée au Grand-Saconnex

recourante

contre

OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI, Service juridique, sise
Glacis-de-Rive 6, 1211 Genève 3

intimé

**Siégeant : Doris GALEAZZI-WANGELER, Présidente; Evelyne BOUCHAARA et
Norbert HECK, Juges assesseurs**

EN FAIT

1. Madame G _____ s'est inscrite à l'OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI (ci-après OCE) le 2 février 2009, de sorte qu'un délai-cadre d'indemnisation a été ouvert en sa faveur dès cette date.
2. Le SERVICE DES MESURES CANTONALES (ci-après SMC) lui a assigné un poste d'employée de service à plein temps auprès du restaurant X _____, dans le cadre d'un placement en emploi temporaire fédéral individuel - ETFI.

L'intéressée s'est présentée le 28 mai 2010.

Le répondant à l'EMS a informé le SMC, sur le formulaire "Programme d'emploi et de formation", que la candidature de l'intéressée n'avait pas été retenue, aux motifs que l'horaire ne lui convenait pas et qu'elle ne pouvait pas travailler au-delà de 16h00. L'intéressée a signé ce formulaire le jour-même.

3. Invitée à se déterminer, l'intéressée ne s'est pas manifestée.
4. Par décision du 2 juillet 2010, le Service juridique de l'OCE a prononcé la suspension du droit de l'intéressée à l'indemnité d'une durée de 31 jours, considérant qu'elle avait fait échouer un placement.
5. L'intéressée a formé opposition le 19 juillet 2010. Elle a expliqué qu' "au rendez-vous, le Monsieur m'a communiqué que les horaires seraient avec coupures et qu'il y avait un horaire programmé en soirée. Il n'y a pas eu de conversation concernant une fin de travail pour 16h00, car mes enfants restent à l'école jusqu'à 18h00. Ensuite, il m'a proposé un emploi de femme de chambre. Je lui ai répondu que je suis serveuse dans un restaurant. Aucun autre horaire ne m'a été proposé comme est inscrit dans la décision "un horaire continu et terminant à 17h00". A la fin de l'entretien, le Monsieur m'a dit pour passer la semaine prochaine qu'il allait voir avec un autre EMS, puis trois jours plus tard, il m'a téléphoné pour me dire qu'il n'y avait pas de place".
6. Par décision du 27 août 2010, l'OCE a rejeté l'opposition, considérant qu'il était établi que le responsable lui avait proposé un horaire coupé débutant à 9h00 et se terminant à 17h30, que par conséquent l'allégation de l'intéressée selon laquelle aucun horaire continu se terminant à 17h00 ne lui avait été proposé devait être écartée, car non pertinente, puisque de toute façon elle avait explicitement mentionné son indisponibilité à travailler au-delà de 16h00.
7. L'intéressée a interjeté recours le 6 septembre 2010.
8. Dans sa réponse du 7 octobre 2010, le Service juridique de l'OCE a conclu au rejet du recours.

9. La Cour de céans a ordonné la comparution personnelle des parties pour le 7 décembre 2010. A cette occasion, l'intéressée a déclaré que

"J'ai eu un entretien le 27 mai 2010. La personne m'a dit qu'il n'y avait plus de place, mais qu'il allait se renseigner auprès d'un autre EMS. Je l'ai appelé et suis revenue le lendemain à 10h00. Je n'ai pas vu la même personne. C'est un serveur qui m'a répondu et qui m'a dit que le formulaire « programme d'emploi et de formation » avait déjà été expédié à l'OCE. Je n'ai donc pas pu le signer. Je n'ai pas de copie de cet exemplaire.

Il n'a jamais été question d'horaires.

Lors de l'entretien, le responsable m'a dit qu'il n'y avait que des horaires coupés, mais qu'il n'y avait plus de place."

A l'issue de l'audience, la Cour de céans a décidé d'entendre le responsable du restaurant de l'EMS.

10. Celui-ci a été convoqué pour le 18 janvier 2011.
11. Par courrier du 5 janvier 2011, l'intéressée a informé la Cour de céans qu'elle était en vacances à cette date. L'audience a été annulée et fixée à nouveau le 29 mars 2011.

Cette seconde audience a également dû être annulée, l'intéressée ayant annoncé qu'elle serait absente pour des raisons personnelles. Bien qu'invitée à préciser quelles étaient les raisons personnelles pour lesquelles elle était empêchée de se présenter le 29 mars 2011, elle ne s'est plus manifestée.

Le 6 avril 2011, Monsieur G _____ a indiqué que son épouse était actuellement à l'étranger et serait de retour en Suisse du 7 au 20 avril 2011.

Par téléphone du 13 avril 2011, l'intéressée a informé le greffe qu'elle serait absente de Genève à partir du 18 avril 2011. Le 5 mai 2011, elle a précisé qu'elle serait de retour en août 2011.

12. Une audience a été fixée au 20 septembre 2011. L'intéressée ne s'est pas présentée et ne s'est pas non plus excusée. Le responsable du restaurant de l'EMS a été entendu. Il a déclaré que

"J'occupe le poste de chef de cuisine à la maison de retraite depuis 2009. Je précise toutefois que je travaille dans cet établissement depuis une quinzaine d'années. C'est moi qui suis chargé des entretiens avec les personnes susceptibles de travailler en cuisine ou en salle, dans le cadre du chômage. Je confirme ainsi avoir reçu Madame G _____. Je lui ai proposé plusieurs horaires possibles. Nous sommes entrés en matière pour un seul (9h00-11h30 et 12h00-17h30). Mais il ne convenait pas non plus en raison de ses obligations familiales. Elle devait amener

ses enfants à l'école le matin et les récupérer le soir à la sortie de l'école. Je ne me souviens pas de lui avoir proposé de regarder dans un autre EMS pour une autre place. Je suis sûr de ne pas lui avoir dit qu'il n'y avait plus de place. Je ne lui ai pas non plus demandé de revenir le lendemain.

Le début de l'entretien s'est bien déroulé. Je lui ai expliqué quel serait le travail. C'est lorsque nous avons parlé des horaires qu'il s'est avéré que le poste ne lui convenait pas."

La représentante de l'OCE a accepté de réduire la suspension à 25 jours compte tenu de l'arrêt rendu par la Cour de céans le 11 janvier 2011 admettant le recours interjeté par l'intéressée et annulant une suspension précédemment prononcée pour le même motif.

13. Le procès-verbal de l'audience a été communiqué à l'intéressée et un délai lui a été accordé pour se déterminer le 20 septembre 2011, lui étant par ailleurs rappelé que la Cour de céans restait toujours dans l'attente d'une pièce justificative pouvant attester de son absence de Genève le 29 mars 2011.
14. L'intéressée n'a pas répondu.
15. Sur ce, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 56 V al. 1 let. a ch. 8 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 22 novembre 1941 en vigueur jusqu'au 31 décembre 2010 (aLOJ; RS E 2 05), le Tribunal cantonal des assurances sociales connaissait, 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).

Depuis le 1^{er} janvier 2011, cette compétence est revenue à la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice, laquelle reprend la procédure pendante devant le Tribunal cantonal des assurances sociales (art. 143 al. 6 de la LOJ du 26 septembre 2010).

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

2. Interjeté dans les délai et forme prévus par la loi, le recours doit être déclaré recevable (art. 60 et 61 de la loi fédérale sur la partie générale des assurances sociales du 6 octobre 2000, LPGA, par renvoi de l'art. 1 al. 1 de loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982, LACI, et art. 89B de la loi genevoise sur la procédure administrative du 12 septembre 1985, LPA).

3. Le litige porte sur le droit de l'OCE de prononcer à l'encontre de l'assurée une suspension d'une durée de 31 jours dans l'exercice de son droit à l'indemnité, au motif que par son comportement, elle a fait échouer son engagement auprès de l'EMS.
4. Aux termes de l'art. 16 al. 1 LACI, en règle générale, l'assuré doit accepter immédiatement tout travail en vue de diminuer le dommage. Le législateur a ainsi fixé le principe selon lequel tout travail est réputé convenable; il a exhaustivement énuméré les exceptions (art. 16 al. 2 let. a à i LACI). De cela suit qu'un travail est réputé convenable si toutes les conditions énoncées à l'art. 16 al. 2 let. a à i sont exclues cumulativement (ATF 124 V 62 consid. 3b). Selon l'art. 16 al. 2 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 (art. 16 al. 2 let. a LACI), ne tient pas raisonnablement compte des aptitudes de l'assuré ou de l'activité qu'il a précédemment exercée (art. 16 al. 2 let. b LACI), ne convient pas à l'âge, à la situation personnelle ou à l'état de santé de l'assuré (art. 16 al. 2 let. c LACI), compromet dans une notable mesure le retour de l'assuré dans sa profession, pour autant qu'une telle perspective existe dans un délai raisonnable (art. 16 al. 2 let. d LACI), doit être accompli dans une entreprise où le cours ordinaire du travail est perturbé en raison d'un conflit collectif de travail (art. 16 al. 2 let. e LACI), nécessite un déplacement de plus de deux heures pour l'aller et de plus de deux heures pour le retour et qui n'offre pas de possibilités de logement appropriées au lieu de travail, ou qui, si l'assuré bénéficie d'une telle possibilité, ne lui permet de remplir ses devoirs envers ses proches qu'avec de notables difficultés (art. 16 al. 2 let. f LACI), exige du travailleur une disponibilité sur appel constante dépassant le cadre de l'occupation garantie (art. 16 al. 2 let. g LACI), doit être exécuté dans une entreprise qui a procédé à des licenciements aux fins de réengagement ou à de nouveaux engagements à des conditions nettement plus précaires (art. 16 al. 2 let. h LACI) ou procure à l'assuré une rémunération qui est inférieure à 70% du gain assuré, sauf si l'assuré touche des indemnités compensatoires conformément à l'art. 24 (gain intermédiaire); l'office régional de placement peut exceptionnellement, avec l'approbation de la commission tripartite, déclarer convenable un travail dont la rémunération est inférieure à 70 % du gain assuré (art. 16 al. 2 let. i LACI).

L'assuré sera suspendu dans l'exercice de son droit à l'indemnité s'il ne fait pas son possible pour trouver un travail convenable (art. 30 al. let. c LACI), ou s'il n'observe pas les prescriptions de contrôle du chômage ou les instructions de l'office du travail, notamment en refusant un travail convenable qui lui est assigné (art. 30 al. 1 let. d LACI). Selon la jurisprudence, les éléments constitutifs d'une inobservation des instructions de l'office du travail sont également réunis lorsqu'un assuré omet de donner suite à l'assignation d'un emploi (arrêt non publié du 10 septembre 1998, cause C 242/98).

L'obligation d'accepter un emploi convenable assigné par l'office compétent constitue une obligation fondamentale pour qui demande l'indemnité de chômage (art. 17 al. 3, 1ère phrase, LACI; cf. Boris Rubin, Assurance-chômage, Droit fédéral, Survol des mesures cantonales, procédure, 2ème éd., Zurich 2006, p. 402). Son inobservation est considérée comme une faute grave à moins que l'assuré ne puisse se prévaloir de circonstances laissant apparaître la faute comme étant de gravité moyenne ou légère (art. 30 al. 1 let. d, 1ère partie de la phrase, LACI en liaison avec l'art. 45 al. 3 OACI; ATF 130 V 125 et arrêt C 20/06 du 30 octobre 2006, consid. 4.2). Selon la jurisprudence, il y a refus d'une occasion de prendre un travail convenable non seulement lorsque l'assuré refuse explicitement d'accepter un emploi, mais aussi lorsqu'il ne déclare pas expressément, lors des pourparlers avec le futur employeur, accepter l'emploi bien que, selon les circonstances, il aurait pu faire cette déclaration (ATF 122 V 34 consid. 3b p. 38 et les références; DTA 1986 n° 5 p. 22, consid. 1a).

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 est 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, qu'il le prévienne. Dès lors, le critère de la culpabilité retenu par la jurisprudence est celui du « comportement raisonnablement exigible » de l'assuré.

Selon la jurisprudence, le chômeur qui ne se rend pas à un entretien de conseil ou de contrôle assigné par l'autorité compétente doit être sanctionné si l'on peut déduire de son comportement de l'indifférence ou un manque d'intérêt. En revanche, s'il a manqué un rendez-vous à la suite d'une erreur ou d'une inattention de sa part et que son comportement en général témoigne qu'il prend au sérieux les prescriptions de l'ORP, une sanction ne se justifie en principe pas. Le TFA a considéré qu'un assuré qui s'était présenté ponctuellement aux entretiens de conseil et de contrôle deux années durant et qui avait manqué pour la première fois un rendez-vous à cause d'une erreur d'inscription dans l'agenda ne devait pas être sanctionné (ATF du 30 août 1999). De même pour un assuré qui reste endormi le matin du rendez-vous et qui téléphone immédiatement pour demander à ce que l'on excuse son absence (ATF du 22 décembre 1998). Lorsqu'un assuré manque par erreur un entretien mais qu'il prouve par son comportement général qu'il prend ses obligations de chômeur et de bénéficiaire de prestations très au sérieux, il n'y a pas lieu de le suspendre dans son droit à l'indemnité pour comportement inadéquat (DTA 2000 101).

5. 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 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 de l'Ordonnance sur l'assurance-chômage (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.

6. Selon la jurisprudence et la doctrine, l'autorité administrative ou le juge ne doivent considérer un fait comme prouvé que lorsqu'ils sont convaincus de sa réalité (Kummer, Grundriss des Zivilprozessrechts, 4^{ème} édition Berne 1984, p. 136 ; Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2^{ème} édition, p. 278 ch. 5). Dans le domaine des assurances sociales, le juge 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 126 V 360 consid. 5 let. b 125 V 195 consid. ch. 2 et les références). Aussi, n'existe-t-il 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. 5 let. a).
7. Selon l'art. 61 let. c LPGA, le tribunal établit avec la collaboration des parties les faits déterminants pour la solution du litige; il administre les preuves nécessaires et les apprécie librement. Ainsi, dans le domaine des assurances sociales, notamment, la procédure est régie 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. 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 preuves (ATF 125 V 195 consid. 2 et les références; cf. 130 I 183 consid. 3.2). En droit des assurances sociales, les parties supportent le fardeau de la preuve, en ce sens qu'en cas d'absence de preuve, la décision sera défavorable à la partie qui voulait déduire un droit de l'état de fait non prouvé. Cette règle de preuve entre seulement en considération s'il n'est pas possible, dans les limites du principe inquisitoire, d'établir sur la base d'une appréciation des preuves un état de fait qui, au degré de vraisemblance prépondérante, corresponde à la réalité (ATF 117 V 264 consid. 3b et les références).
8. Il y a préalablement lieu de constater que l'emploi assigné à l'intéressée, de serveuse au restaurant de l'EMS Résidence Colladon, constituait à l'évidence un travail convenable pour l'intéressée.

Il est reproché à l'intéressée d'avoir fait échouer son engagement, en déclarant au responsable qu'elle n'était pas disponible après 16h00. Dans son opposition,

l'intéressée allègue au contraire qu' "il n'y a pas eu de conversation concernant une fin de travail pour 16h00".

Force est de constater que les déclarations du responsable, d'une part, et de l'intéressée, d'autre part, divergent. Le responsable est venu expliquer à la Cour de céans le 20 septembre 2011 qu'il avait proposé à l'intéressée plusieurs horaires possibles, qu'il n'avait été possible d'entrer en matière que pour un seul, celui de 9h00-11h30 et 12h00-17h30, mais que celui-ci ne convenait pas non plus à l'intéressée en raison de ses obligations familiales. Il s'avère que l'intéressée quant à elle n'a pas souhaité confirmer, voire préciser, ses allégations. Elle ne s'est plus particulièrement pas présentée à l'audience du 20 septembre 2011 et ne s'est pas non plus excusée. Elle n'a pas non plus fourni les pièces justificatives requises par la Cour de céans. Il y a en revanche lieu de rappeler qu'elle avait signé le jour de l'entretien, ce sans réserve, le formulaire adressé au SMC sur lequel le responsable avait indiqué les motifs pour lesquels son engagement ne pouvait être retenu. Aussi y a-t-il lieu de considérer, au degré de vraisemblance requis par la loi, et compte tenu de l'obligation faite aux parties d'apporter les preuves commandées par les faits invoqués, faute de quoi elles doivent assumer les conséquences de l'absence de preuve, que l'intéressée a effectivement fait échouer son engagement.

9. A l'issue de l'audience, la représentante de l'OCE a accepté de réduire la durée de la suspension de 31 à 25 jours, compte tenu du fait que la sanction précédemment prononcée contre l'intéressée avait été annulée par la Cour de céans le 11 janvier 2011.

La Cour de céans en prend acte.

10. Le recours est dès lors partiellement admis.

**PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :**

Statuant

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet partiellement, en ce sens que la durée de la suspension est réduite de 31 à 25 jours.
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 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

La présidente

Nathalie LOCHER

Doris GALEAZZI-
WANGELER

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