RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3063/2006 **ATAS/1060/2006**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 2

du 28 novembre 2006

En la cause

Monsieur S_____, domicilié , 1201 GENEVE recourant

contre

OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI, p.a Service juridique, Glacis-de-Rive 6, 1211 Genève 3 intimé

Siégeant : Isabelle DUBOIS , Présidente; Juliana BALDE et Doris WANGELER, Juges

EN FAIT

1. Monsieur S_____ (ci-après le recourant) a déposé une demande d'indemnités de chômage auprès de l'OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI (ci-après l'OCE) en date du 4 avril 2002. Il a indiqué être en mesure de travailler à plein temps, comme polyvalent. Il travaillait encore l'après-midi auprès de l'établissement médico-social Val Fleury, et son dernier employeur était un hôtel. Il n'a apporté aucune remarque dans l'espace réservé à cet effet.

2. Un délai-cadre a été ouvert en sa faveur du 1er avril 2002 au 31 mars 2004, puis, suite à sa réinscription, un deuxième délai-cadre a été ouvert du 1er avril 2004 au 31 mars 2006.

3. En date du 29 mars 2005, le recourant a indiqué à l'OCE avoir réussi son diplôme d'ingénieur HES, et souhaiter que son inscription soit modifiée sur cette base.

4. Apprenant la formation d'ingénieur du recourant, l'OCE a soumis son dossier à la section assurance-chômage (ci-après SACH) pour examen de son aptitude au placement.

5. Ces investigations ont permis d'établir que le recourant avait été occupé à plein temps en qualité d'étudiant entre le mois de septembre 1999 et le mois de décembre 2004, avec une interruption pour les mois de janvier à août 2004. Or, il n'en avait informé ni la caisse chômage ni l'office régional de placement et s'était dit plaçable à 100 %. Par conséquent des explications ont été demandées au recourant, par courrier du 23 mai 2005.

6. En date du 1er juin 2005 le recourant s'est rendu à l'OCE et a expliqué qu'il avait toujours été apte au placement après les cours, durant le week-end et durant les vacances. Il a toujours exercé une activité accessoire en parallèle à ses études, notamment comme portier de nuit dans un hôtel ainsi que dans l'établissement médico-social précité.

7. Par décision du 22 juillet 2005, l'OCE a déclaré le recourant apte au placement à raison de 50 %, dès le 1er avril 2002, hormis les périodes de vacances scolaires.

8. Suite à l'opposition du recourant, l'OCE a confirmé sa position par décision sur opposition du 30 juin 2006.

9. Dans son recours du 28 août 2006, le recourant explique qu'il avait trouvé deux postes de travail en 2000, un comme concierge de nuit à raison de deux nuits par semaine, et un autre dans une maison de repos, en principe un week-end sur deux. Suite à son licenciement par le patron de l'hôtel, le syndicat lui a indiqué qu'il pouvait s'inscrire à l'assurance-chômage, ce qu'il a fait en continuant son activité à la maison de repos en gain intermédiaire. Il a obtenu son diplôme d'ingénieur le 9

décembre 2004. En mars 2005 il a appris qu'il avait le droit de s'inscrire au chômage en tant qu'ingénieur en fin d'études et non plus en qualité de polyvalent. La caisse l'a informé alors qu'en tant qu'étudiant il n'était disponible qu'à raison de 50 %, et que c'était donc à tort qu'il avait inscrit sa disponibilité à hauteur de 100 % sur les questionnaires. En outre il a répondu par la négative à la question de savoir s'il n'avait pas eu de rapports de travail pendant plus de 12 mois en raison d'une formation scolaire, ce qui a induit la caisse en erreur. Il conteste cela. Dans son esprit, pouvoir travailler à 100 % c'est travailler 42 heures par semaine, peu importe dans quelle tranche horaire. Or, il a parfois travaillé sept nuits par semaine dans l'hôtel, en faisant des remplacements de collègues, et le week-end dans la maison de repos. Il a ainsi atteint, parfois, un taux d'occupation 250 %. En moyenne, cependant, son taux d'occupation a été de 80 %, ce qui justifie le taux retenu par la caisse, de 83 %. Il a toujours cherché un travail de concierge de nuit, et ne l'a jamais caché à la caisse. La question de savoir s'il faisait des études ne lui a jamais été posée, il ne voit dès lors pas ce qui peut lui être reproché puisqu'il a répondu honnêtement et correctement aux questions posées. Il refuse par conséquent qu'on le considère, de façon rétroactive, comme apte au placement pour seulement 50 %.

10. Dans sa réponse du 25 septembre 2006, l'OCE a indiqué maintenir sa décision sur opposition, sans autre considération.

11. Le dossier produit contient, notamment, toutes les fiches de paye établies par l'hôtel l'HERMITAGE SARL, ainsi que par la maison de repos, les attestations de l'employeur, en particulier celle de l'hôtel qui indique un emploi de portier de nuit remplaçant à raison de 16 heures par semaine, soit 40 %, et le contrat de travail auprès de Val Fleuri pour une activité de deux week-ends par mois, soit 60 %. Le dossier contient également les données PLASTA. Leur contenu sera repris, en tant que de besoin, ultérieurement.

12. Le Tribunal a ordonné la comparution personnelle des parties, qui s'est tenue le 24 octobre 2006.

    Le recourant a déclaré ce qui suit : « Il est exact que j'ai travaillé en même temps pour l'hôtel comme portier de nuit à raison de 16 heures par semaine au minimum et à Val Fleuri à raison d'un week-end sur deux au minimum, soit un 60% en tout. A cela s'ajoute que j'effectuais des remplacements de collègues tant à l'hôtel qu'à Val Fleuri. J'ai donc travaillé en tous les cas à 80% mais je maintiens que j'étais plaçable à 100% entre l'après-midi, le soir et la nuit. ».

    La représentante de l'OCE a admis que dans le formulaire de demande d'indemnités, il n'y a pas de question relative à des études en cours. Il y a cependant une rubrique "remarque" où le recourant aurait pu l'indiquer. En plus il y a les entretiens de conseil où la question aurait pu être discutée.

À ce sujet, le recourant a déclaré ce qui suit : «Je n'ai jamais caché le fait que j'étais en études, les entretiens de conseil étaient sommaires et brefs, mes conseillers ne posaient pas de question sur ma vie. Seule ma conseillère actuelle se préoccupe véritablement de moi et m'aide. De plus je n'avais aucun intérêt à cacher ces études car avec un temps partiel du chômage et l'aide sociale, je perçois plus qu'un temps complet d'indemnités au chômage. S'agissant d'Adecco il a été l'intermédiaire de Val Fleuri pendant environ une année, ensuite Val Fleuri m'a engagé directement. »

Sur question, la représentante de l'OCE a précisé que s'agissant des étudiants, leur taux de plaçabilité dépend d'une part de leurs études, d'autre part des postes auxquels ils peuvent prétendre. Dans le cas du recourant il a estimé son temps libre à 50%.

À l'issue de l'audience, la cause a été gardée à juger.

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.

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

3. La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA) est entrée en vigueur le 1er janvier 2003, entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine des assurances sociales. Sur le plan matériel, le point de savoir quel droit s'applique doit être tranché à la lumière du principe selon lequel les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 130 V 230 consid. 1.1; 335 consid. 1.2; ATF 129 V 4 consid. 1.2; ATF 127 V 467 consid. 1, 126 V 136 consid. 4b et les références). Les règles de procédure quant à elles s'appliquent sans réserve dès le jour de son entrée en vigueur (ATF 117 V 93 consid. 6b, 112 V 360

consid. 4a; RAMA 1998 KV 37 p. 316 consid. 3b). La LPGA s'applique donc au cas d'espèce.

4. Interjeté dans les forme et délai prévus par la loi, le présent recours est recevable (cf. art. 56 à 60 LPGA).

5. La question litigieuse est de savoir si c'est à juste titre que l'OCE a considéré, rétroactivement, que l'aptitude au placement du recourant devait être limitée à 50%.

6. L'art. 8 al. 1 LACI énumère aux lettres a à g sept conditions du droit à l'indemnité de chômage. Ces conditions sont cumulatives (ATF 124 V 218 consid. 2). En particulier, il doit être apte au placement. Est réputé apte à être placé le chômeur qui est disposé à accepter un travail convenable et à participer à des mesures d'intégration et qui est en mesure et en droit de le faire (art. 15 al. 1 LACI). L'aptitude au placement comprend ainsi deux éléments : la capacité de travail d'une part, c'est-à-dire la faculté de fournir un travail - plus précisément d'exercer une activité lucrative salariée - sans que l'assuré en soit empêché pour des causes inhérentes à sa personne, et d'autre part la disposition à accepter un travail convenable au sens de l'art. 16 LACI, ce qui implique non seulement la volonté de prendre un tel travail s'il se présente, mais aussi une disponibilité suffisante quant au temps que l'assuré peut consacrer à un emploi et quant au nombre des employeurs potentiels (ATF 125 V 58 consid. 6a, 123 V 216 consid. 3; ATFA non publié du 14 février 2006, C 117/05, consid. 3; DTA 2004 no 2 p. 48 consid. 1.2, no 12 p. 122 consid. 2.1, no 18 p. 188 consid. 2.2). L'aptitude au placement peut dès lors être niée notamment en raison de recherches d'emploi continuellement insuffisantes, en cas de refus réitéré d'accepter un travail convenable, ou encore lorsque l'assuré limite ses démarches à un domaine d'activité dans lequel il n'a, concrètement, qu'une très faible chance de trouver un emploi (ATF 125 V 58 consid. 6a, 123 V 216 consid. 3; ATFA non publié du 14 février 2006, C 117/05, consid. 3; DTA 2004 p. 188 consid. 2.2, p. 279 consid. 1.2).

   Est notamment réputé inapte au placement l'assuré qui n'a pas l'intention ou qui n'est pas à même d'exercer une activité salariée, parce qu'il a entrepris - ou envisage d'entreprendre - une activité lucrative indépendante, cela pour autant qu'il ne puisse plus être placé comme salarié ou qu'il ne désire pas ou ne puisse pas offrir à un employeur toute la disponibilité normalement exigible.

   L'aptitude au placement doit par ailleurs être admise avec beaucoup de retenue lorsque, en raison de l'existence d'autres obligations ou de circonstances personnelles particulières, un assuré désire seulement exercer une activité lucrative à des heures déterminées de la journée ou de la semaine. Un chômeur doit être en effet considéré comme inapte au placement lorsqu'une trop grande limitation dans le choix des postes de travail rend très incertaine la possibilité de trouver un emploi (ATF 112 V 327 consid. 1a et les références; ATFA non publié du 14 février 2006,

C 117/05, consid. 3; DTA 2003 no 14 p. 129 consid. 2.1). Peu importe à cet égard, le motif pour lequel le choix des emplois potentiels est limité (cf. ATF 125 V 58 consid. 6a, 123 V 216 consid. 3 et la référence).

7. En l'espèce, l'OCE considère que le recourant a caché sa qualité d'étudiant, et ne pouvait s'inscrire pour un emploi à 100 %. Conformément à la pratique de l'administration, seule une aptitude au placement à raison de 50 % peut lui être reconnue. Le recourant expose, au contraire, avoir toujours pu travailler à raison de 80 % en tout cas, souvent davantage en raison de remplacements, et qu'il n'a ni omis de répondre à une question ni répondu incorrectement à une question.

   Tout d'abord, le Tribunal constate que cette dernière allégation est exacte, et que le formulaire de demande d'indemnités de chômage ne permet pas d'indiquer qu'une formation serait en cours, hormis la possibilité de faire une remarque spontanée. Est également établi le fait que le recourant a travaillé très régulièrement dans les deux postes susmentionnés pour un taux d'occupation dépassant, la plupart du temps, 80%, les deux contrats prévoyant comme minimum un taux d'occupation de 60 %. Enfin, les données PLASTA indiquent que le conseiller avait connaissance de l'activité de portier de nuit et de l'activité accessoire dans la maison de repos durant les week-ends, et qu'il ne semble pas qu'il ait questionné le recourant sur sa vie en général ou sur les raisons qui le poussent à rechercher, systématiquement comme cela ressort du dossier, des emplois de portier d'hôtel. Il est effectivement curieux que le statut d'étudiant du recourant n'ait jamais été mis au jour. On ne peut cependant que constater, dans les faits, qu'il avait effectivement une aptitude au placement de l'ordre de 80 %. En application de la jurisprudence susmentionnée, il y a dès lors lieu de retenir, en l'espèce, ce taux d'aptitude au placement, qui correspond à la réalité, et de s'écarter du principe général défini par l'administration pour la plaçabilité des étudiants.

8. Par conséquent, le recours sera admis, et les décisions litigieuses annulées. Le dossier sera renvoyé à l'OCE pour nouvelle décision au sens des considérants.

***

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, et annule les décisions des 22 juillet 2005 et 30 juin 2006.

3. Renvoie le dossier à l'OCE pour nouvelle décision au sens des considérants.

4. Dit que la procédure est gratuite.

5. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification par pli 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
Yaël BENZ	Isabelle DUBOIS

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