

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3420/2007

ATAS/133/2008

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 2

du 5 février 2008

En la cause

Monsieur S _____, domicilié à Genève, CH, comparant avec
élection de domicile en l'étude de Maître STOLLER
FÜLLEMANN Monique

recourant

contre

OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI, domicilié Service
juridique; Glacis-de-Rive 6; Case postale 3039, 1211 Genève 3

intimé

**Siégeant : Isabelle DUBOIS , Présidente; Anne REISER et Eugen MAGYARI, Juges
assesseurs**

EN FAIT

1. Monsieur S_____ (ci-après le recourant) s'est inscrit auprès de l'OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI (ci-après OCE), et un délai cadre a été ouvert en sa faveur du 1er janvier 2007 au 31 décembre 2008.
2. En date du 1er février 2007, le recourant a postulé auprès du Département de la solidarité de l'emploi, pour un poste de conseiller en personnel auprès de l'OCE.
3. Dans le courant du mois de mars 2007, l'assurance-chômage lui a accordé des cours d'anglais, devant avoir lieu du 12 mars au 5 avril et du 16 avril au 11 mai 2007.
4. Le vendredi 20 avril 2007, Mme T_____, cheffe de l'agence X_____ où le poste de conseiller en personnel était à repourvoir, a laissé un message sur le répondeur du recourant en lui demandant de la rappeler. Le lundi 23 avril, le recourant était en cours. Mme T_____ lui a téléphoné vers midi. L'entretien a été de courte durée. Son contenu sera repris ultérieurement.
5. Le service juridique de l'OCE a convoqué le recourant pour un entretien, qui s'est tenu le 9 mai 2007. Il a été reproché au recourant d'avoir refusé le poste en question. Le recourant a rappelé les faits. Il a expliqué avoir indiqué qu'en raison des cours d'anglais qu'il suivait actuellement il souhaitait dans la mesure du possible trouver un emploi dans lequel il puisse faire valoir ses nouvelles connaissances. Toutefois à aucun moment il n'a refusé l'emploi. Il n'a d'ailleurs pas eu l'occasion de s'expliquer véritablement puisque l'entretien n'a duré qu'environ 30 secondes. Il a expliqué la situation à sa conseillère, l'après-midi même, lui proposant de recontacter Mme T_____ pour clarifier la situation. C'est toutefois la conseillère qui devait se charger de cette démarche. Le recourant a réitéré sa pleine disponibilité à accepter l'emploi en question.
6. Par décision du 25 mai 2007, l'OCE a suspendu le droit à l'indemnité du recourant pour une durée de 33 jours, considérant que le recourant avait fait échouer une possibilité d'emploi en ne montrant plus d'intérêt à obtenir le poste, ce qui constitue une faute grave.
7. Suite à l'opposition du recourant, l'OCE a confirmé sa décision, le 26 juillet 2007, confirmant que le recourant a découragé l'employeur potentiel par son attitude, à savoir en lui faisant connaître sa préférence pour un emploi avec l'anglais. Or, rien ne l'empêchait « d'accepter cet emploi en attendant de trouver une autre activité correspondant à ses attentes ».
8. Dans son recours du 12 septembre 2007, le recourant conclut préalablement à la comparution personnelle des parties, principalement à l'annulation de la décision

litigieuse avec suite de dépens. Il rappelle que la suspension n'est possible que lorsque la faute est clairement établie, qu'en l'occurrence l'entretien téléphonique a duré 30 secondes et s'est mal passé dès l'abord car Mme T_____ lui reprochait de ne pas avoir appelé plus tôt, et que la sanction repose uniquement sur l'interprétation de Mme T_____ de cet entretien.

9. Dans sa réponse du 15 octobre 2007, l'OCE conclut au rejet du recours. Il rappelle qu'il y a refus de poste également lorsque l'assuré ne déclare pas expressément accepter l'emploi, lors des pourparlers, alors qu'il aurait pu faire cette déclaration.
10. Le Tribunal de céans a ordonné la comparution personnelle des parties, qui s'est tenue le 13 novembre 2007. À cette occasion, le recourant a déclaré ce qui suit :

«J'explique que l'entretien téléphonique avec Mme T_____ a été très court. Elle m'a d'abord reproché de ne pas l'avoir appelée plus tôt, j'en ai expliqué les raisons. Elle m'a ensuite dit que j'avais postulé pour un poste de conseiller en placement à l'OCE, agence X_____, et m'a demandé si j'étais toujours intéressé. A ce moment-là, je lui ai expliqué ma situation actuelle, à savoir que je prenais des cours d'anglais et que dans la mesure du possible, j'aurais souhaité trouver une place avec l'anglais.

L'entretien s'est très vite terminé. L'après-midi même, j'avais rendez-vous avec ma conseillère, j'avais l'intention de lui parler de ce poste. Quand je suis arrivé, elle m'a dit que nous avions un problème puisqu'elle avait reçu un message indiquant que j'avais refusé le poste. Je lui ai expliqué ce qu'il en était, j'ai confirmé que j'étais d'accord de prendre cet emploi et j'ai proposé de rappeler Mme T_____. Ma conseillère m'a dit qu'elle le ferait elle-même, ce que j'ai jugé judicieux. Elle devait me tenir au courant. J'ai attendu quelques jours, puis j'ai reçu un courrier du service juridique m'invitant à m'expliquer sur le refus de poste.

L'OCE n'était pas un employeur comme un autre, il me paraissait normal d'être transparent, en plus j'allais voir ma conseillère l'après-midi même, je pensais qu'on pourrait en discuter tranquillement. Je rappelle que j'avais eu un message téléphonique de Mme T_____ le jeudi demandant de rappeler lundi. J'étais en cours le lundi matin et j'ai reçu son appel aux alentours de 12h30. A mon avis, elle était d'emblée irritée par le fait que je n'aie pas rappelé plus tôt, elle a peut-être mal compris mes propos, je n'ai en tout cas pas dit ce qui figure entre guillemets dans son message ».

Sur quoi : Le Tribunal a ordonné l'ouverture des enquêtes avec l'audition de Mme U_____, conseillère en personnel à l'agence Y_____.

11. Lors de son audition, le 11 décembre 2007, le témoin a déclaré ce qui suit : «J'ai effectivement été la conseillère en personnel du recourant durant quelques mois. Sur question, je dirais que le recourant avait une bonne attitude générale. Il a

effectivement obtenu des cours d'anglais, nous en avons discuté ensemble, un complément en anglais s'avérait utile car il avait un bon niveau mais peu de pratique.

S'agissant du poste de conseiller en personnel auquel le recourant avait postulé en avril 2007, l'employeur potentiel, Mme T_____, m'a fait savoir qu'elle avait tout d'abord cherché à joindre le recourant en vain, qu'elle l'avait rappelé ultérieurement pour un entretien et qu'à cette occasion, il lui avait indiqué qu'il n'était plus tellement intéressé à ce poste parce qu'il ne pourrait pas utiliser l'anglais.

J'ai effectivement proposé au recourant de reprendre moi-même contact avec Mme T_____ et je l'ai eue au téléphone. Je lui ai expliqué que le recourant souhaitait quand même avoir un entretien, mais elle a refusé. Je ne me souviens plus de mes termes exacts. Sur question, j'indique qu'effectivement j'ai eu l'impression que le recourant était peu motivé pour cet emploi. S'agissant de la motivation du recourant, je ne peux pas affirmer qu'il ait dit ne pas être très intéressé par ce poste parce qu'il souhaitait un poste avec l'anglais, je sais en revanche que c'est ce qu'il a dit à Mme T_____, selon ce qu'elle m'a retransmis. Il est exact que je m'étais engagée à le recontacter pour lui donner des nouvelles, toutefois j'ai oublié de le faire.

Il est exact qu'habituellement les entretiens d'embauche se font entre quatre yeux, soit sur convocation écrite du futur employeur, soit sur fixation d'un entretien par téléphone. Vous me posez la question de savoir s'il est inhabituel qu'un entretien ait lieu par téléphone. Je réponds qu'il peut y avoir un entretien préalable qui se fait par téléphone et qui détermine si un entretien a finalement lieu ou pas. Le candidat qui postule n'a donc pas un droit à être reçu par l'employeur potentiel ».

12. À l'issue de l'audience, et sur question, la représentante de l'OCE a indiqué que le recourant n'avait pas fait l'objet d'autres sanctions. Un délai au 15 janvier 2008 a été fixé aux parties pour leurs écritures après enquêtes.
13. L'OCE n'a pas fait parvenir de détermination. Quant au recourant, il a persisté dans ses conclusions par mémoire du 15 janvier 2008. Il rappelle que la sanction équivaut à une pénalité de 6'600 fr., pour un appel téléphonique de trois minutes, mal aiguillé dès le départ en raison de l'énervement de la conseillère, sanction manifestement disproportionnée. Vérification faite, l'entretien téléphonique, que le recourant a reçu sur son portable, a eu lieu à 12 h 50, et à 12 heures 54 déjà Mme T_____ adressait un courrier électronique à la conseillère du recourant. La faute grave n'est pas justifiée en l'espèce.
14. Après transmission de cette écriture au recourant le 28 janvier 2008, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 56V al. 1 let. a ch. 8 de la loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ), le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations prévues à l'article 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (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.

2. La LPGA, entrée en vigueur le 1er janvier 2003, s'applique au cas d'espèce.
3. Déposé dans les forme et délai prévus par la loi, le recours est recevable (art. 56 à 60 LPGA).
4. Le litige porte sur la question de savoir si la sanction infligée au recourant est justifiée, en tout ou partie.
5. Selon l'art. 8 de la LACI, l'assuré a droit à l'indemnité de chômage s'il est sans emploi, s'il subit une perte de travail à prendre en considération, s'il est domicilié en Suisse, s'il remplit les conditions relatives à la période de cotisations ou en est libéré, s'il est apte au placement et enfin s'il satisfait aux exigences du contrôle. Ces exigences sont prévues par l'article 17 LACI.

L'assuré doit ainsi, avec l'assistance de l'office du travail compétent, entreprendre tout ce qu'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, et il doit pouvoir apporter la preuve des efforts qu'il a fournis (art. 17 al. 1 LACI).

6. 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, notamment refuse un travail convenable, ne se présente pas à une mesure de marché du travail ou l'interrompt sans motif valable, ou encore compromet ou empêche, par son comportement, le déroulement de la mesure ou la réalisation de son but (cf. art. 30 al. 1 d LACI, dans sa teneur, en vigueur au 1^{er} juillet 2003). Selon la circulaire relative à l'indemnité de chômage, établie par le secrétariat d'Etat à l'économie (SECO), tel est le cas notamment de l'assuré qui refuse un travail convenable qui lui est assigné (D 33). Si un assuré par son manque de sérieux laisse échapper une possibilité de retrouver du travail, sa faute doit être qualifiée de grave. Par ailleurs, lors d'une assignation d'emploi, le comportement de l'assuré importe davantage que le résultat de sa démarche (cf. ATF du 16 mars

2000, cause C 368/99). Il y a par ailleurs refus d'un travail convenable non seulement lorsque l'assuré refuse formellement d'accepter l'emploi, mais également lorsqu'il ne déclare pas expressément lors des pourparlers accepter l'emploi, alors qu'il était exigible de lui selon les circonstances qu'il fasse cette déclaration. Lors de l'entretien avec un futur employeur, l'assuré doit manifester clairement sa volonté de conclure le contrat (cf. DTA 1984 n ° 14 p. 167).

7. La suspension dans l'exercice du droit à l'indemnité est fixée en fonction de la gravité de la faute commise. La durée de la suspension est de 1 à 15 jours en cas de faute légère, 16 à 30 jours en cas de faute de gravité moyenne, 31 à 60 jours en cas de faute grave. Si l'assuré est suspendu de façon répétée dans son droit à l'indemnité pendant le délai cadre d'indemnisation, la durée de suspension est prolongée en conséquence (cf. art. 45 de l'ordonnance sur l'assurance-chômage – OACI). L'abandon d'un emploi convenable sans être assuré d'obtenir un nouvel emploi ou le refus d'un emploi convenable sans motif valable constitue une faute grave (cf. D 61). Pour fixer la durée de la suspension il y a lieu de tenir compte de toutes les circonstances du cas particulier, tel que le mobile, les circonstances personnelles, les circonstances particulières du cas tel que le comportement de l'employeur, de fausses hypothèses quant à l'état de fait (D 64).
8. Par ailleurs, on rappellera que la procédure administrative est régie par la maxime d'office selon laquelle le juge établit les faits d'office. 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).
9. En l'espèce, il est indiscutable que le recourant n'a pas obtenu le poste de conseiller en placement parce qu'il a donné l'impression à Mme T_____ de ne pas être intéressé par cet emploi, recherchant plutôt un poste où il puisse utiliser l'anglais. Par conséquent, la commission d'une faute est établie.

S'agissant cependant de la gravité de la faute, le Tribunal de céans considère qu'il n'y a pas lieu de la qualifier de grave, mais seulement de moyenne, en raison des circonstances décrites par le recourant et non contestées par l'intimé. Il faut tout d'abord rappeler que le recourant a déposé son dossier pour cet emploi le 1er février

2007 et qu'il s'est écoulé deux mois et demi avant qu'il ne soit contacté par l'employeur potentiel. Dans l'intervalle, il a demandé et obtenu des cours d'anglais qui ont précisément eu lieu au moment où le contact avec le futur employeur s'est produit. C'est donc tout à fait compréhensible, dans ces circonstances, que le recourant ait parlé de ses cours d'anglais et de son souhait de pouvoir les mettre en application. Il faut également tenir compte des circonstances de l'entretien proprement dit. S'il est exact que l'absence de réelle motivation doit être assimilée à un refus d'emploi, le Tribunal considère que cela ne vaut que pour autant que l'entretien d'embauche se passe dans des conditions acceptables. Or, pris de court par un appel sur son portable, le recourant n'a pas pu se préparer à l'entretien, il était d'ailleurs persuadé que le téléphone n'avait que pour but de fixer la date d'une entrevue. Il pensait pouvoir compter sur un entretien de vive voix où il aurait clairement expliqué sa position et -le Tribunal n'en doute pas- accepté l'emploi proposé. En outre, l'état d'esprit de l'employeur potentiel a évidemment joué en défaveur du recourant, puisque Mme T_____ était clairement agacée par le fait que le recourant n'ait pas - sans coup férir- donné suite à son message téléphonique. Il convient également de marquer une différence entre l'assuré qui refuse un poste proposé sans juste motif et celui qui n'est pas retenu pour le poste en question en raison de son attitude insuffisamment motivée ou convaincante. À défaut, une inégalité de traitement se produirait à coup sûr.

10. Vu ce qui précède, la faute du recourant sera qualifiée de moyenne, et la sanction fixée à 16 jours, de façon à tenir compte également de l'absence de tout autre sanction, et de « la bonne attitude générale » confirmée en audience par la conseillère en personnel du recourant.
11. Le recourant, qui obtient gain de cause, a droit à des dépens, fixés en l'espèce à 2'000 fr.

**PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :**

Statuant

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet, et annule la décision sur opposition du 26 juillet 2007.
3. Réduit la sanction infligée au recourant à 16 jours.
4. Condamne l'OCE au versement d'une indemnité de procédure en faveur du recourant de 2'000 fr.
5. 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); 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

Yaël BENZ

Isabelle DUBOIS

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