RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/41/2005 **ATAS/684/2005**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

3ème chambre

du 25 août 2005

En la cause

Monsieur D_____ recourant

contre

OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI, rue des Glacis-de-Rive 6, case postale 3507, 1211 GENEVE 3 intimé

Siégeant : Madame Karine STECK Présidente,
Mesdames Valérie MONTANI et Doris WANGELER, juges.

EN FAIT

1. Monsieur D_____ est titulaire d'un certificat fédéral de capacité (CFC) d'employé de commerce et d'un CFC de cafetier-restaurateur.

2. Après un apprentissage à la Banque cantonale de Genève, il a été employé de commerce chez X_____SA d'août 1984 à décembre 1991. D'avril 1992 à novembre 1997, il a été responsable du bar L'Y_____, puis, de janvier à septembre 2001, du BAROQUE. De janvier à mars 2002, il a exercé la fonction de directeur d'établissement de l'Z_____. De novembre 2002 à mars 2003, il a officié comme chef barman à la W_____. Enfin, de mars à mai 2003, il a travaillé comme délégué commercial auprès d'X_____SA.

3. S'étant annoncé auprès de l'Office cantonal de l'emploi (OCE), l'assuré a été mis au bénéfice d'un délai cadre d'indemnisation du 16 mai 2003 au 15 mai 2005. Lors de son inscription, il a déclaré rechercher une activité d'employé de commerce ou de gérant.

4. Le 18 mai 2004, l'office régional de placement (ORP) lui a assigné un poste de chef de service, maître d'hôtel à pourvoir auprès de V_____ SA. Le poste proposé était un emploi à plein temps de durée indéterminée rémunéré à raison de 5'000 fr. par mois. Les horaires de travail étaient de 18h. à 2h. du matin. Il s'agissait d'assurer la responsabilité générale de l'activité du soir et de gérer une équipe.

5. Le 28 mai 2004, la société a informé l'ORP que l'intéressé n'avait pas fait acte de candidature.

6. Invité par l'ORP à s'exprimer à ce propos, l'intéressé a déclaré, le 21 juillet 2004, qu'il avait appelé à deux reprises mais que le responsable était absent. Il n'avait pas réessayé parce que le poste proposé ne correspondait pas à son profil. En effet, il recherchait un emploi dans le domaine commercial. S'ajoutait le fait qu'à cette époque, il souffrait de problèmes lombaires.

7. Par décision du 30 août 2004, l'ORP a prononcé une suspension de 35 jours du droit à l'indemnité de chômage de l'assuré pour inobservation injustifiée de l'assignation du 18 mai 2004.

8. Par courrier du 6 septembre 2004, l'assuré a formé opposition à cette décision. Il a exposé en substance que ses douleurs lombaires avaient évolué graduellement depuis le début du mois de mai 2004, à tel point qu'il avait dû se soumettre à un examen le 23 mai 2004. Il s'est dit physiquement limité et moralement affecté et a demandé que l'on reconsidère son cas d'un point de vue médical. Il a produit à l'appui de ses dires un certificat médical établi par le Dr A_____ ainsi libellé : « Je, soussigné, certifie que le patient susmentionné souffre d'une affection

médicale depuis le mois de mai 2004. Il a été en incapacité totale de travail à 100% du 10 mai 2004 au 31 mai 2004 inclus. A noter qu'à cette période, il a subi certains examens et une consultation chez un neurochirurgien. Vu l'importance de l'affection, le patient a été dans l'incapacité de se présenter devant un nouvel employeur. »

9. Par décision sur opposition du 8 décembre 2004, le Groupe réclamations a confirmé la suspension du droit à l'indemnité de l'assuré. Il a relevé que dans son formulaire IPA (« indication de la personne assurée ») du mois de mai 2004, signé le 17 mai 2004, l'assuré avait répondu par la négative à la question qui lui était posée de savoir s'il était en incapacité de travail durant cette période. Il n'avait pas non plus remis de certificat médical d'incapacité de travail à sa caisse de chômage. Le conseiller en personnel auprès de l'ORP avait d'ailleurs confirmé que l'assuré ne lui avait pas annoncé d'incapacité de travail au mois de mai 2004 et ne lui avait pas fait parvenir de certificat médical pour cette période. L'autorité intimée a relevé par ailleurs que l'assuré, titulaire d'un CFC de cafetier-restaurateur, possédait près de six ans d'expérience professionnelle en tant que responsable d'établissement ou de barman de sorte que le poste proposé correspondait parfaitement à ses aptitudes. Il lui appartenait dès lors de tout faire pour obtenir cet emploi, au moins dans l'attente d'en trouver un autre qui corresponde mieux à ses aspirations. Enfin, l'autorité intimée a souligné qu'en prononçant une suspension de 35 jours du droit à l'indemnité, elle était descendue en dessous de la moyenne prévue par le Tribunal fédéral des assurances en cas de faute grave, respectant ainsi le principe de la proportionnalité.

10. Par courrier du 6 janvier 2005, l'assuré a interjeté recours contre cette décision. Il répète que l'emploi ne correspondait pas à son profil tel que mentionné dans sa demande, puisqu'il avait indiqué rechercher une activité d'employé de commerce, de gestionnaire ou de gérant. Ses recherches d'emplois concernaient donc exclusivement le domaine commercial. Dès lors, il estime que le poste de maître d'hôtel ne représentait pas un travail convenable au sens de la loi. Il réaffirme avoir tenté de contacter à deux reprises l'entreprise concernée. Subsidiairement, il demande que sa faute soit considérée comme moyenne pour tenir compte du fait qu'il était diminué physiquement et moralement et qu'il s'agit de sa première faute.

11. Invitée à se prononcer, l'autorité intimée, dans sa réponse du 18 janvier 2005, a conclu au rejet du recours. Elle conteste que le poste de chef de service maître d'hôtel ne corresponde pas aux qualifications et à l'expérience professionnelle de l'assuré. Elle relève par ailleurs que, dans ses premières déclarations, l'assuré a déclaré avoir essayé de contacter à deux reprises le responsable de l'établissement sans succès, puis avoir renoncé à le joindre dans le mesure où il estimait que le poste ne correspondait pas à ses compétences. Enfin, elle rappelle que s'agissant de la proportionnalité de la sanction, la durée de 35 jours infligée est en dessous de la moyenne de 45 jours préconisée par le TFA.

12. Par courrier du 25 février 2005, le recourant a encore produit un certificat médical daté du 21 mai 2004 et diagnostiquant une discopathie. Il a expliqué avoir à l'époque refusé de se faire délivrer un certificat d'incapacité totale de travail parce qu'il était au chômage.

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 (LACI).

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

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

4. Est litigieux le point de savoir si l'emploi proposé au recourant était un travail convenable et, dans l'affirmative, de la durée de la suspension qui doit lui être infligée.

5. L'assuré est tenu d'accepter le travail convenable qui lui est proposé (art. 17 al. 3 1ère phrase LACI). Son droit à l'indemnité est suspendu lorsqu'il est établi qu'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 première partie de la phrase LACI).

6. 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).

7. Il y a refus d'un travail convenable assigné au chômeur lorsque ce dernier ne se donne pas la peine d'entrer en pourparlers avec l'employeur, lorsqu'il refuse explicitement un emploi, mais aussi quand il omet d'accepter expressément un emploi par une déclaration que les circonstances exigeaient qu'il fît (ATF 122 V 38 consid. 3b et les références; DTA 1986 n° 5 p. 22, partie II. consid. 1a; Thomas NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in : Schweizerisches Bundes-verwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, ch. 704). Ainsi, 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 no 14 p. 167).

8. Le Tribunal fédéral des assurances a jugé que l'art. 45 al. 3 OACI - qui qualifie de faute grave le refus d'emploi convenable - est conforme à la loi et qu'en de telles circonstances, le pouvoir d'appréciation de l'administration et du juge des assurances sociales est par conséquent limité par la durée de la sanction prévue pour une faute grave - à savoir entre 31 et 60 jours (ATFA C 386/97 du 9 novembre 1998). Ultérieurement, dans un arrêt DTA 2000 n° 8 p. 42, il a toutefois laissé la question ouverte de savoir si, en cas d'un refus de travail convenable au sens de l'art. 30 al. 1 let. d LACI, l'administration et le juge des assurances pouvaient s'écarter de la règle posée par l'art. 45 al. 3 OACI lorsque des circonstances particulières le justifiaient (eu égard, notamment, au type d'activité proposé, au salaire offert ou à l'horaire de travail), et fixer une suspension d'une durée inférieure au minimum prévu de 31 jours (cf. également arrêt B. du 15 février 1999 = DTA 2000 no 8 p. 42 ; C 207/02 du 22 octobre 2002 consid. 3.2).

Selon la jurisprudence (ATF 130 V 125), lorsqu'un assuré peut se prévaloir d'un motif valable, il n'y a pas forcément faute grave même en cas de refus d'un emploi assigné et réputé convenable. Par motif valable, il faut entendre un motif qui fait apparaître la faute comme étant de gravité moyenne ou légère. Il peut s'agir, dans le cas concret, d'un motif lié à la situation subjective de la personne concernée ou à des circonstances objectives.

9. En l'espèce, s'agissant tout d'abord des problèmes de santé invoqués par le recourant, force est de constater que celui-ci ne les a invoqués que tardivement. Selon ses premières déclarations, c'est parce que l'emploi qui lui était proposé ne lui convenait pas qu'il a finalement renoncé à joindre l'employeur qui lui avait été assigné. En de telles circonstances, il convient de donner la préférence à la version que l'assuré a donnée en premier alors qu'il en ignorait les conséquences juridiques, les nouvelles explications pouvant être – consciemment ou non – le produit de réflexions ultérieures (ATF 121 V 47 consid. 2a et réf. citées). Qui plus est, et ainsi que le fait remarquer l'autorité intimée, conformément à l'art. 42 al. 1 OACI, les assurés qui entendent faire valoir leur droit à l'indemnité journalière en cas d'incapacité passagère totale ou partielle de travail sont tenus d'annoncer leur incapacité à l'Office dans un délai d'une semaine à compter du début de celle-ci. En conséquence, l'assuré aurait dû annoncer son incapacité, dont le début a été fixée par le médecin le 10 mai 2004, dans le délai d'une semaine, ce qu'il n'a pas fait. Il n'a pas non plus pris contact avec l'ORP lorsque celui-ci lui a assigné le poste litigieux mais a au contraire, de son aveu même, tenté de prendre contact avec l'employeur potentiel. En conséquence, cet argument, ne peut être qu'écarté.

10. Quant à l'argument tiré du caractère convenable ou non de l'emploi qui lui a été proposé, il ne convainc pas non plus. En effet, il n'est pas allégué que le poste proposé ne satisferait pas aux conditions des conventions collectives ou des contrats types de travail. On ne peut non plus prétendre qu'il ne tient pas raisonnablement compte des aptitudes de l'assuré ou de l'activité qu'il a précédemment exercée puisqu'il dispose d'une large expérience professionnelle dans le domaine et que c'est simplement par aspiration personnelle qu'il souhaite travailler dans le commerce plutôt que dans la restauration. Accepter un tel poste aurait répondu à l'obligation de l'assuré de réduire son dommage et lui aurait permis d'attendre que se présente un poste lui convenant mieux, sans pour autant compromettre son retour dans le domaine commercial. Compte tenu du fait que le recourant ne s'est même pas donné la peine d'entrer en pourparlers avec l'employeur, il y a manifestement eu refus d'un travail convenable en l'occurrence.

11. Il n'y a pas non plus en l'espèce de motif valable expliquant l'attitude de l'assuré qui permettrait de déroger au principe selon lequel un tel refus constitue une faute grave selon la jurisprudence.

12. Eu égard à ce qui précède, le recours est rejeté.

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 et au Secrétariat d'Etat à l'économie par le greffe le