

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/580/2012

ATAS/533/2012

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 23 avril 2012

6^{ème} Chambre

En la cause

Monsieur R_____, domicilié
à Thônex, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître
Robert FIECHTER

recourant

contre

OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI, service juridique, rue des
Glacis-de-Rive 6, 1207 Genève

intimé

**Siégeant : Valérie MONTANI, Présidente; Thérèse SOARES et Evelyne BOUCHAARA,
Juges assesseurs**

EN FAIT

1. M. R_____ (ci-après : l'assuré) a travaillé comme mécanicien depuis 2007 pour le Garage X_____ SA (ci-après : le garage) et a été licencié pour le 30 juin 2011.
2. L'assuré s'est inscrit à l'Office cantonal de l'emploi (ci-après : l'OCE) le 1^{er} juillet 2011, date à laquelle un délai-cadre d'indemnisation a été ouvert en sa faveur.
3. Selon le procès-verbal de l'entretien de conseil du 13 juillet 2011, l'assuré s'était vu notifier un commandement de payer de 135'000 fr. provenant de l'administration du garage; l'explication n'était pas claire; il recherchait en parallèle un petit garage qui serait à remettre.
4. Selon le procès-verbal de l'entretien de conseil du 23 août 2011, l'assuré examinait la reprise d'un petit garage aux Eaux-Vives; il lui était remis une assignation d'emploi pour un poste de mécanicien au garage Y_____.
5. Selon le procès-verbal de l'entretien de conseil du 20 septembre 2011, l'assuré ne correspondait pas au profil Fiat du poste assigné; il ne pensait pas pouvoir obtenir un prêt pour la reprise du garage aux Eaux-Vives; il lui était remis une assignation pour un poste de mécanicien (Ford); il devait prendre contact avec M. S_____ du service employeur.
6. L'assignation à l'emploi vacant du 20 septembre 2011, remise en main propre à l'assuré, mentionne un poste de mécanicien Ford à 100 % et une démarche à effectuer auprès de M. S_____ du service employeur de l'OCE jusqu'au 26 septembre 2011.
7. Selon le procès-verbal de l'entretien de conseil du 17 octobre 2011, l'assignation du 20 septembre 2011 ne figurait pas sur la recherche d'emploi de l'assuré lequel disait être passé à côté, avoir oublié; le dossier était transmis au groupe des décisions en matière d'assurance-chômage (GDAC); il restait sur un projet de reprise du garage où il avait été licencié; les explications n'étaient pas claires.
8. Le 26 octobre 2011, l'assuré a expliqué par écrit qu'il s'était trouvé dépassé après avoir été mis aux poursuites par son ancien employeur, que dans ses recherches d'emploi il lui était demandé un CFC, qu'il devait racheter le garage et qu'il négociait le retrait de la poursuite, qu'il se demandait lui-même pourquoi il n'avait pas contacté le service employeur et s'excusait pour cela.
9. Par décision du 7 novembre 2011, l'OCE a prononcé une suspension d'une durée de 31 jours dans l'exercice du droit à l'indemnité de l'assuré au motif qu'en oubliant de postuler, celui-ci s'était privé de facto d'un emploi, ce qui constituait une faute grave.

10. Par convention du 14 novembre 2011, M. X_____ a cédé son fond de commerce à l'assuré, comprenant le bail du garage.
11. Selon un procès-verbal de l'entretien de conseil du 1^{er} décembre 2011, il est relevé une discussion difficile concernant la décision du GDAC du 7 novembre 2011.
12. Le 1^{er} décembre 2011, l'assuré, représenté par un avocat, a fait opposition à la décision de l'OCE du 7 novembre 2011 en faisant valoir qu'il était en pourparlers avec le détenteur du garage et que la reprise était fixée au 1^{er} janvier 2012, qu'il négociait depuis six mois ce rachat de sorte qu'il avait fait tout son possible pour, du point de vue du chômage, limiter le dommage, qu'il s'était donc conformé à l'obligation de diminuer celui-ci, que s'il avait accepté l'emploi assigné il aurait dû renoncer à la reprise du garage qu'il préparait depuis 2010, que sachant qu'il reprenait le garage le 1^{er} janvier 2012 il aurait été déloyal d'accepter un emploi pour une durée très limitée, qu'en toute hypothèse sa faute n'était pas grave mais légère entraînant une sanction se situant entre 1 et 15 jours.
13. Par décision du 23 janvier 2012, l'OCE a rejeté l'opposition de l'assuré au motif que l'assuré, qui avait d'abord allégué un oubli puis une renonciation volontaire au poste assigné car la reprise du garage était imminente, avait commis une faute grave; en particulier il était tenu de poursuivre ses recherches d'emploi nonobstant la reprise du garage, laquelle n'était pas certaine.
14. Selon le procès-verbal de l'entretien de conseil du 27 janvier 2012, il est relevé une longue discussion concernant la décision sur opposition; l'assuré indique qu'il va débiter l'exploitation du garage le 1^{er} février ou le 1^{er} mars 2012; il souhaite déclarer son revenu en gain intermédiaire.
15. Le 4 février 2012, l'Office régional de placement (ORP) a annulé le dossier de l'assuré au motif que celui-ci avait trouvé une activité d'indépendant depuis le 1^{er} février 2012.
16. Le 21 février 2012, l'assuré, représenté par un avocat, a recouru à l'encontre de la décision de l'OCE du 23 janvier 2012 en concluant à son annulation en relevant qu'il n'avait pas donné suite à l'assignation du 20 septembre 2011 car il était sur le point de reprendre l'exploitation du garage, effective au 1^{er} février 2012, qu'il avait informé son conseiller de ses intentions de reprise du garage, qu'il avait négocié la reprise du garage dès juillet 2012, qu'il aurait été déloyal de sa part d'accepter un travail pour un délai très bref, que la suspension était disproportionnée, qu'il s'était conformé à toutes ses obligations de chômeur, qu'il souhaitait se réinsérer dans la vie professionnelle et que la sanction avait de lourdes conséquences financières.
17. Le 6 mars 2012, l'intimé a conclu au rejet du recours en relevant que l'assuré n'avait pas clairement avisé son conseiller qu'il n'était pas disposé à accepter un travail salarié dans l'attente de la reprise du garage et que, dans cette hypothèse, son

aptitude au placement aurait été vraisemblablement niée dès le 1^{er} juillet 2011, qu'il avait donné des versions différentes justifiant la non réponse à l'assignation, qu'il aurait dû expliquer au service employeur sa situation, lequel aurait ensuite décidé si sa candidature pouvait être retenue.

18. Le 26 mars 2012, la Cour de céans a entendu les parties en audience de comparution personnelle.

Le recourant a déclaré :

"Depuis le 1^{er} février 2012 j'ai repris l'exploitation du garage anciennement propriété de M. X_____, soit actuellement Z_____. Le bail est à mon nom ainsi qu'au nom de M. X_____. Depuis le 1^{er} février 2012 je suis sorti du chômage. J'ai reçu des indemnités de chômage jusqu'à fin janvier 2012. Lors de mon premier entretien de conseil du 13 juillet 2011 j'ai informé mon conseiller du fait que je cherchais à devenir indépendant le plus vite possible en reprenant l'exploitation d'un garage. Au début j'envisageais de reprendre un garage aux Eaux-Vives. Je l'ai également tenu informé de toutes les circonstances de mon licenciement du garage X_____ SA. Par la suite j'ai informé mon conseiller que j'envisageais de reprendre le garage X_____ SA. Mon conseiller m'a effectivement remis l'assignation du 20 septembre 2011. Cette assignation a été remise avec d'autres documents indiquant des recherches d'emplois temporaires. Je n'ai pas compris tout de suite que je devais postuler car je n'ai pas vraiment fait attention à cette assignation. A la même époque je négociais de façon assez intense la reprise du garage X_____ SA et j'étais préoccupé par l'idée de devenir indépendant. Par ailleurs, en général mon conseiller, lorsqu'il y avait des démarches importantes, me faisait signer une feuille. Je me suis rendu 15 jours plus tard à l'OCE pour prendre contact avec M. S_____, lequel était mentionné sur l'assignation, mais on m'a dit que j'arrivais trop tard et donc je n'ai pas pu le voir. Je me suis rendu à l'OCE car M. T_____ m'avait rappelé que je devais absolument donner suite à l'assignation. Je confirme aujourd'hui que je n'ai pas apporté l'attention qu'il fallait à cette assignation et que je ne me suis pas rendu compte qu'il fallait absolument que je postule, j'ai par ailleurs toujours été très sérieux dans mes obligations vis-à-vis du chômage. Mon conseiller m'a toujours informé du fait que son but était de me trouver une place de travail. J'aurais donné suite à une réponse positive à un emploi salarié car comme me l'a expliqué M. T_____ j'aurais pu travailler comme salarié et devenir indépendant par la suite. Je n'ai pas trouvé d'emploi car je ne suis pas titulaire d'un CFC, alors même que j'ai un diplôme d'ingénieur. J'ai trois enfants à charge et la sanction de 31 jours est très lourde du point de vue financier".

Son avocat a déclaré :

"Je me suis occupé du contexte de la reprise du garage X_____ SA par M. R_____. Les U_____ s'étaient à l'époque brouillés avec M. X_____ et avaient notifié un commandement de payer à M. X_____ ainsi qu'à M. R_____. La négociation de l'affaire a pris un certain temps mais a abouti au retrait de la poursuite et à la reprise du garage par mon client".

La représentante de l'OCE a déclaré :

"Les conseillers font signer les convocations aux entretiens de conseil qui sont remises en main propre. Si l'assuré expose clairement qu'il va reprendre une activité indépendante le dossier est en général soumis à l'examen de son aptitude au placement. A l'exception des mesures de soutien à des activités indépendantes (SAI), l'OCE n'a pas vocation à soutenir la mise en place par les assurés d'un projet d'indépendant. Les mesures SAI impliquent le dépôt d'un business-plan et qui peut aboutir à une décision de libération de l'assuré de ses recherches d'emploi pendant 90 jours. Je ne peux pas dire dans le cas d'espèce si des mesures SAI auraient été possibles ou non. Nous confirmons la sanction. Tant que l'assuré est inscrit au chômage il doit rechercher un emploi salarié et notamment donner suite aux assignations ce que le recourant n'a en l'espèce pas fait".

19. Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

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; RS E 2 05) en vigueur dès le 1^{er} janvier 2011, 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, le recours est recevable (art. 60 LPGA).
3. L'objet du litige porte sur le bien-fondé de la suspension de 31 jours du droit à l'indemnité du recourant.
4. a) L'assuré qui fait valoir des prestations d'assurance doit, 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'abrégé. Il lui incombe, en particulier, de chercher du travail, au besoin en dehors de la profession qu'il exerçait précédemment. Il doit pouvoir apporter la preuve des efforts qu'il a fournis (art. 17 al. 1 LACI). L'assuré doit se conformer aux prescriptions de contrôle édictées par le Conseil fédéral (art. 17 al 2 in fine LACI).

L'assuré est tenu d'accepter tout travail convenable qui lui est proposé (art. 17 al. 3 LACI).

Les éléments constitutifs d'un refus de travail sont réunis lorsqu'un assuré ne se donne pas la peine d'entrer en pourparlers avec l'employeur ou ne le fait pas dans le délai utile (B. RUBIN - Assurance-chômage - Droit fédéral - Survol des mesures cantonales, Procédure, 2^{ème} édition mise à jour et complétée p. 404).

L'obligation de rechercher un emploi subsiste même si l'assuré se trouve en pourparlers avec un employeur potentiel (arrêt du 11 septembre 1989, C 29/89). En particulier, l'obligation de chercher du travail ne cesse que lorsque l'entrée en service auprès d'un autre employeur est certaine (ATF du 25 septembre 2008 8C 271/2008).

b) Selon l'art. 8 al. 1 let. f LACI, l'assuré a droit à l'indemnité de chômage s'il est 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).

Le fait d'accepter une place appropriée mais non libre immédiatement ne doit pas conduire à pénaliser le chômeur. Il convient par conséquent d'être souple dans l'examen de l'aptitude au placement d'un assuré qui, dans le cadre de son obligation de diminuer le dommage à l'assurance-chômage, accepte une telle place de travail, même s'il est, par conséquent, probablement difficilement susceptible d'être placé durant la période précédant son entrée en fonction. Seulement, durant la période en question, l'assuré devra demeurer disponible notamment pour un engagement par une agence intérimaire faute de quoi la jurisprudence relative à la modération dont l'administration doit faire preuve dans l'examen de l'aptitude au placement d'un assuré avant son entrée en service ne lui sera d'aucun secours (B. RUBIN op. cit. p. 233).

Il est impossible de fixer dans l'abstrait une durée minimale de disponibilité propre à faire admettre l'aptitude au placement. Des lignes directrices grossières, qui n'ont qu'une valeur indicative, peuvent néanmoins être tracées. Si la durée du chômage avant le retrait du marché du travail est inférieure à trois mois, l'aptitude au placement sera en principe niée. Si elle est égale ou supérieure à trois mois et inférieure à six mois environ, la situation du marché de l'emploi dans le secteur considéré, la formation et l'expérience, ainsi que les efforts du chômeur en matière de recherches d'emploi avant le chômage seront déterminants. L'aptitude au

placement ne sera admise que si les engagements temporaires sont fréquents sur le marché du travail entrant en considération. Au-delà de six mois de disponibilité environ, l'aptitude au placement sera en principe admise. Le Tribunal fédéral des assurances a par exemple eu l'occasion de dire qu'une période de sept mois de disponibilité ne pouvait être qualifiée de courte (B. RUBIN op. cit. p. 234).

L'assuré disposé à n'entreprendre qu'une activité indépendante est en principe inapte au placement. Tout comme les chômeurs qui ont pris des dispositions pour quitter le marché du travail dans un bref délai, les chômeurs qui concentrent leurs efforts pour développer une activité indépendante poursuivent un but de toute façon. Il en va de même de l'indépendant à temps partiel qui ne rechercherait qu'une activité dépendante à titre complémentaire. Les démarches en vue de créer sa propre entreprise ne constituent pas des recherches de travail au sens de l'art. 17 al. 1 LACI. Dans les cas où l'assuré met fin à son chômage par la prise d'une activité indépendante, il faut toujours se demander si les efforts de l'intéressé ont bien été accomplis en vue de satisfaire à l'obligation de réduire le dommage à l'assurance-chômage. Si l'assuré décide d'entreprendre une activité indépendante non pas pour mettre fin à son chômage, mais simplement parce que, indépendamment de toute considération liée à la perte d'un emploi, il a l'intention de changer de genre d'activité, il est réputé inapte au placement (B. RUBIN op. cit. p. 237-238).

c) 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 let. d LACI).

Selon l'art. 30 al. 3 LACI, la durée de la suspension est proportionnelle à la gravité de la faute. Ainsi, en cas de faute légère, la durée de la suspension est de un à quinze jours (a), de seize à trente jours en cas de faute de gravité moyenne (b) et de trente-et-un à soixante jours en cas de faute grave (d) (art. 45 al. 3 OACI). Il y a faute grave lorsque, sans motif valable, l'assuré refuse un emploi réputé convenable (art.45 al. 4 let.b OACI). La jurisprudence considère que lorsqu'un assuré peut se prévaloir d'un motif valable, il n'y a pas forcément faute grave même si les conditions de cette disposition réglementaire sont réalisées. 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 (ATF 130 V 125). Ainsi, dans un arrêt C 230/01 du 22 mai 2001 (DTA 2003 n° 26 p. 248, consid. 3.3), le Tribunal fédéral des assurances a qualifié de faute de gravité moyenne - justifiant une suspension d'une durée de 19 jours - le refus d'un assuré d'accepter une modification du contrat de travail au sujet de la période durant laquelle il pouvait prendre ses vacances (ATF du 9 mars 2012, 8C 225/2011).

5. 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 126 V 360 consid. 5b, 125 V 195 consid. 2 et les références; cf. ATF 130 III 324 consid. 3.2 et 3.3). 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. 5a).
6. En l'espèce, le recourant a reçu en main propre l'assignation à un emploi de mécanicien le 20 septembre 2011. Il allègue à la fois, d'une part, n'avoir pas fait attention à cette assignation car il était en train de négocier la reprise de son garage et, d'autre part, ne pas vouloir y donner suite sachant qu'il aurait dû quitter cet emploi quelques mois plus tard. Le recourant s'est finalement, après rappel de son conseiller, présenté au service employeur quinze jours environ après avoir reçu l'assignation du 20 septembre 2011, soit clairement en dehors du délai mentionné par celle-ci pour postuler, le 26 septembre 2011. Il n'a de la sorte pas donné suite à une assignation à un emploi, ce qui est constitutif d'un refus de travail au sens de l'art. 45 al. 4 let. b OACI.

Le recourant allègue qu'il était préoccupé par la négociation de la reprise du garage, de sorte qu'il n'a pas été attentif à l'assignation du 20 septembre 2011. Même si l'on peut comprendre les difficultés auxquelles le recourant a été confronté dans le cadre de la reprise du garage, notamment au regard des poursuites dont il a fait l'objet, il se devait, en tant que bénéficiaire de prestations de l'assurance-chômage, de répondre scrupuleusement aux obligations qui lui incombaient à ce titre.

Le recourant allègue aussi qu'il n'est pas cohérent de l'obliger à postuler à un emploi comme salarié alors même qu'il contribuait à réduire son chômage en organisant son activité d'indépendant, laquelle devait débiter quelques mois plus tard.

A cet égard, il y a lieu de constater que l'aptitude au placement du recourant n'a pas été remise en cause par l'autorité, ce qui implique que le recourant était considéré, nonobstant son intention de débiter une activité en tant qu'indépendant, comme apte tant subjectivement qu'objectivement à être placé dans une activité en tant que salarié. Le recourant a d'ailleurs confirmé ce fait en indiquant lors de l'audience de comparution personnelle des parties du 26 mars 2012 qu'il aurait répondu positivement à toute proposition d'emploi comme salarié.

En conséquence, le recourant se devait de répondre à toute proposition d'emploi comme salarié, nonobstant les négociations en cours pour la reprise du garage.

Le recourant ne saurait ainsi invoquer la reprise du garage prévue pour début 2011 pour être libéré de son obligation de rechercher un emploi en tant que salarié. Par ailleurs, le recourant n'a pas fait l'objet d'une mesure de soutien aux assurés qui entreprennent une activité indépendante (art. 71a LACI), laquelle peut donner lieu, pendant la phase d'élaboration du projet, à une libération des obligations fixées à l'art. 17 LACI, dont celle d'être apte au placement (art. 17b al. 3 LACI), étant cependant relevé que cette mesure ne donne droit qu'au versement de 90 indemnités journalières au plus durant la phase d'élaboration du projet (art. 71a al.1 LACI).

Au vu de ce qui précède, la Cour de céans constate que le recourant a commis une faute en ne donnant pas suite à l'assignation du 29 septembre 2011. Cependant, cette faute peut être qualifiée de moyenne, au vu des circonstances du cas d'espèce, en particulier du fait que le recourant avait dès le premier entretien de conseil informé son conseiller de son souhait de développer également une activité d'indépendant en reprenant l'exploitation d'un garage, qu'il était totalement investi dans la négociation de la reprise du garage au moment où l'assignation du 20 septembre 2011 lui a été remise en estimant, en toute bonne foi, qu'il remplissait de la sorte son obligation de réduire son dommage, voire de sortir du chômage, que la cession du fond de commerce s'est en effet concrétisée par la signature de la convention du 14 novembre 2011, qu'il avait par ailleurs régulièrement rempli ses obligations de chômeur, que sachant qu'il était sur le point d'aboutir dans la négociation visant à la reprise du garage, il n'a pas jugé opportun se présenter à ce poste de travail qu'il ne pouvait, selon lui, accepter en toute loyauté, qu'enfin sa sortie du chômage était prévue dans un délai court soit quatre mois après l'assignation.

Ainsi, pour tenir compte des circonstances du cas d'espèce, la durée de la sanction sera réduite de 31 à 16 jours de suspension de droit à l'indemnité.

Partant le recours sera partiellement admis, la décision litigieuse reformée en ce sens et une indemnité de 1'000 fr. allouée au recourant, à charge de l'intimé.

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

Statuant

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet partiellement.
3. Réforme la décision de l'intimé du 23 janvier 2012 en ce sens que la sanction est réduite de 31 à 16 jours de suspension du droit à l'indemnité du recourant.
4. Condamne l'intimé à verser une indemnité de 1'000 fr. au recourant.
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; 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

Nancy BISIN

Valérie MONTANI

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