

## Projet de Délibération n° 2010-62 du 18 avril 2011

### ***Formation professionnelle – Refus– Grossesse – Congé de maternité - Recommandation***

*Une intermittente du spectacle décide de se convertir professionnellement en raison de sa situation de famille. Après sa troisième grossesse sur une période de six ans, elle dépose un dossier de candidature pour un congé individuel de formation auprès de l'organisme compétent en la matière. Ce dernier refuse au motif qu'elle n'a pas accompli suffisamment de cachets sur la période de référence considérée. Ce calcul ne prend pas en compte les périodes de congés maternité qui sont, en revanche, considérées comme du temps de travail effectif pour ouvrir les droits des salariées en CDI pour l'accès à la formation professionnelle et les intermittentes en période de professionnalisation. La haute autorité, ainsi que le Ministère du travail, de l'emploi et de la santé interrogé lors de son enquête, considèrent que le fait d'écarter, sans motif légitime, cet aménagement pour les intermittentes souhaitant avoir accès au CIF aboutit à les défavoriser, ce qui caractérise une discrimination fondée sur la grossesse et/ou la maternité contraire aux articles 2-2 et 2-3 de la loi du 27 mai 2008. La HALDE recommande d'aligner sur le régime applicable à la période de professionnalisation celui applicable pour l'ouverture du droit au CIF en prenant en compte le congé maternité comme du temps de travail effectif. Elle recommande également le réexamen de la situation de la réclamante.*

Le Collège :

Vu la Constitution ;

Vu la directive 2006/54 ;

Vu la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations ;

Vu le code du travail ;

Vu la loi n°2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité ;

Vu le décret n°2005-215 du 4 mars 2005 relatif à la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité ;

Sur proposition du Président :

1. La haute autorité a été saisie le 28 janvier 2009 d'une réclamation de Madame X au sujet d'un refus d'accès à une formation fondé sur ses congés de maternité.
2. Madame X est comédienne et intermittente du spectacle depuis 1993.
3. Elle décide de réorienter sa carrière en raison de sa situation de famille. En effet, depuis la naissance de sa première fille en 2007, Madame X élabore des livres-disques en relation avec ses spectacles pour enfants. Trois de ses CD livres ont déjà été édités.

Souhaitant illustrer elle-même ses livres à l'avenir, elle doit suivre une formation professionnelle en arts graphiques.

4. Le 12 février 2009, elle dépose sa candidature afin de bénéficier d'un congé individuel de formation (CIF) auprès de l'organisme de formation des intermittents (Z).
5. Par courrier du 18 février 2009, Z rejette sa candidature au motif qu'elle ne remplit pas les conditions pour bénéficier d'une prise en charge puisque, selon les justificatifs qu'elle a fournis, elle n'a effectué que 114 jours (ou cachets) travaillés sur les cinq dernières années dont 45 sur les deux dernières années.
6. Madame X dit avoir effectué 147 cachets pour la période allant du 1<sup>er</sup> juin 2004 au 31 mai 2009 dont 47 cachets pour la période allant du 10 octobre 2008 au 29 mai 2009.
7. Lors de l'enquête menée par la HALDE, Z a fourni un nouveau justificatif obtenu auprès de la caisse des congés spectacles selon lequel elle n'aurait en fait effectué que 84 cachets mais pour la période allant du 1<sup>er</sup> avril 2003 au 31 mars 2009.
8. Madame X a eu deux grossesses successivement en 2006 et en 2007 après une première grossesse en 2004 donnant lieu à un accouchement prématuré avec mort du nourrisson.
9. Ni les périodes d'arrêts maladie liés à sa maternité allant du 29 août 2006 au 1<sup>er</sup> septembre 2006 et du 2 mai au 3 août 2007, ni les périodes de congé de maternité allant du 28 janvier 2004 au 18 mai 2004, d'une part, puis du 2 septembre 2006 au 23 décembre 2006, d'autre part, et enfin, celle allant du 22 juillet 2007 au 2 février 2008, n'ont été comptabilisées afin de déterminer l'ouverture du droit au CIF.
10. Deux de ses employeurs attestent qu'en raison de sa maternité, elle n'a pas pu assurer certains spectacles et a donc été remplacée.
11. A la suite d'un courrier de contestation de la réclamante en date du 25 février 2009, Z confirme sa position. Un courrier du 6 mars 2009 relève que Z ne tient compte des périodes de congé maternité comme du travail effectif conformément à l'article L. 1225-4 du code du travail que dans l'hypothèse où le contrat de travail serait interrompu par le congé de maternité. Z dit ne pas être tenue par le fait que l'ASSEDIC valorise les périodes de maternité inter-contrats dans ses annexes 8 et 10.
12. En réponse à un nouveau courrier de contestation de la réclamante, le Directeur général de Z l'informe, dans un courrier du 20 avril 2009, que la durée du repos nécessaire en cas de maladie ou de maternité est pris en compte pour le droit à la période de professionnalisation qui est réservée aux salariés qui reprennent une activité professionnelle après plus de trois mois d'arrêt pour maladie, congé maternité, accident de travail.
13. Dans un dernier courrier du 7 mai 2009, Madame X renvoie néanmoins une nouvelle candidature pour un CIF concernant la mise à niveau en arts graphiques.
14. Le 29 mai 2009, la chargée de coordination de Z l'informe qu'elle ne peut lui accorder un concours financier car elle n'a pas indiqué le numéro de déclaration d'activité de l'organisme de formation indispensable à l'instruction du dossier.

15. Selon la réclamante, ce numéro d'enregistrement était en cours d'obtention par l'organisme de formation.
16. Finalement, par courrier du 6 juillet 2009, Madame X dépose une nouvelle candidature mais pour une période de professionnalisation auprès de l'école I afin de suivre une année de mise à niveau en matière d'illustration.
17. Elle n'obtiendra pas ce congé. En revanche, elle bénéficie de deux autres formations en 2008 et en 2010, l'une portant sur la PAO (28 h), d'une valeur de 800 euros, l'autre portant sur le théâtre de marionnettes et d'objets (105 h), d'une valeur de 966 euros.
18. Lors de l'enquête, Z confirme, dans un courrier du 8 septembre 2009, que la durée du travail effectuée par Madame X est insuffisante au regard des critères définis par les partenaires sociaux de Z pour obtenir un financement. Z s'appuie sur une décision du 2 mai 2002 de son conseil d'administration validant une délibération du conseil de gestion des congés individuels de formation du 5 avril 2002.
19. En réponse au courrier de notification des griefs de la HALDE, Madame B, directrice générale de Z confirme, le 7 février 2011, que Madame X n'avait pas effectué suffisamment de cachets sur la période considérée pour avoir droit à un CIF. Toutefois, elle ajoute et ce, pour la première fois lors de l'instruction et alors que cela n'apparaît dans aucun des courriers de refus adressés à Madame X, que le refus est également fondé sur l'absence de justificatif d'activité et d'indication sur le programme souhaité.
20. Elle ajoute que selon le fichier que lui a transmis la caisse des congés spectacles, Madame X n'avait effectué que 84 cachets en tout pour les années allant de 2003 à 2009. Elle conclut que, même en « neutralisant » les périodes de congé maternité en prenant en compte une année de référence supplémentaire, soit six ans, le nombre de cachets déclarés à ladite caisse restait largement insuffisant pour l'accès au CIF, eu égard aux 220 cachets normalement requis.
21. Lors d'un entretien téléphonique avec les services de la HALDE le 30 mars 2011, Madame la directrice juridique de Z, confirme que si on lui avait appliqué pour l'accès aux CIF la règle « *un jour d'arrêt compte pour un jour travaillé* » retenue pour le droit à une période de professionnalisation, Madame X aurait, en revanche, comptabilisé le nombre de cachets requis pour l'accès au CIF.
22. Par courriel du 31 mars 2011 adressé aux services de la HALDE, la directrice juridique de Z précise que le Conseil de gestion de Z a, le 2 décembre 2009, redéfini les règles concernant les conditions d'accès au CIF et en particulier, la prise en compte du congé maternité.
23. Dans un procès-verbal de réunion du 2 décembre 2009, la proposition de valoriser les jours de congé maternité comme des jours de travail n'a pas été retenue, à quatre voix près sur 29. En revanche, la majorité des votants a décidé de « neutraliser » la période de congé maternité pour le calcul du nombre de cachets nécessaires pour l'accès au CIF en rallongeant les périodes de référence de la durée du congé maternité.

24. En réponse à la notification de charges de la haute autorité, la Délégation générale à l'emploi et à la formation professionnelle (DGFP) rattachée au Ministère du travail, de l'emploi et de la santé rappelle, par courrier du 25 février 2011, que les partenaires sociaux peuvent fixer des conditions d'ancienneté ouvrant droit au congé individuel de formation plus favorables aux salariés que celles qui sont fixées règlementairement. Dans ce cadre, Z a pu fixer à bon droit une durée d'activité professionnelle de 220 jours/cachets au cours des cinq dernières années et de 60 jours/cachets au cours des 24 derniers mois ou 30 jours/cachets au cours des 12 derniers mois.
25. Toutefois, la DGFP rappelle que pour qu'une période de congé maternité soit comptabilisée comme du temps de travail effectif, il faut que le contrat à durée indéterminée ou « *à durée déterminée d'une durée suffisamment longue, soit interrompu par le congé de maternité* ».
26. Or, la DGFP relève que seuls le droit individuel à la formation (DIF) et la période de professionnalisation « *intègrent les contraintes liées au statut d'intermittent* ». En revanche, en ce qui concerne l'accès au CIF des intermittents en cas de congé maternité, elle constate qu'aucune décision des instances compétentes, à savoir les partenaires sociaux, n'a été prise sur ce point.
27. Le Ministère conclut alors qu' « *il convient donc sans doute d'appeler l'attention de ces instances sur la nécessité de prendre en compte ce point qui pourrait être constitutif d'une discrimination à raison du sexe et/ou de l'état de grossesse* ».
28. L'article L. 6322-27 du code du travail prévoit que l'ouverture du droit au congé individuel de formation est subordonnée pour les intéressés à des conditions minimales d'ancienneté fixées par décret en Conseil d'Etat.
29. L'article R. 6322-20 du code du travail prévoit que les salariés embauchés en contrat à durée déterminée (CDD) ont droit au CIF s'ils ont une ancienneté de 24 mois (consécutifs ou non) au cours des cinq dernières années dont quatre mois en CDD (consécutifs ou non) au cours des douze derniers mois.
30. L'article L. 6322-28 du code du travail dispose qu'une convention ou un accord collectif étendu peut fixer des conditions d'ancienneté ouvrant droit au congé individuel de formation plus favorables à celles prévues par décret en Conseil d'Etat.
31. Les conditions de droit commun ont été assouplies pour les intermittents.
32. En 1972, Z a été créée à l'initiative des organisations professionnelles du spectacle vivant par voie conventionnelle pour :
  - gérer le dispositif de la loi auprès des entreprises du spectacle, et
  - l'adapter aux conditions particulières d'emploi des intermittents qui ne peuvent faire valoir leur droit à la formation professionnelle continue lorsqu'ils sont sous contrat, et pour lesquels Z, entre deux contrats, va se substituer à leur employeur.
33. Par décision du 2 mai 2002, le Conseil d'administration de Z a validé une délibération du Conseil de gestion des congés individuels de formation du 5 avril 2002 concernant la

réduction du nombre de jours/cachets nécessaires pour l'accès au CIF pour les artistes et musiciens intermittents.

34. Les intermittents doivent justifier d'une activité professionnelle d'au moins :
  - 220 jours/cachets au cours des cinq dernières années et,
  - 60 jours/cachets au cours des 24 derniers mois **ou** 30 jours/cachets au cours des 12 derniers mois de sa catégorie professionnelle.
35. L'article L. 1225-24 du code du travail s'applique uniquement dans la relation entre l'employeur et le salarié au cours d'un contrat de travail. Cet article prévoit que « *le congé de maternité entraîne la suspension du contrat de travail. (...) La durée de ce congé est assimilée à une période de travail effectif pour la détermination des droits que la salariée tient de son ancienneté* ».
36. Lors de l'enquête de la HALDE, Z précise que si le congé de maternité se déroule entre deux contrats de travail, cette période n'est pas une activité salariée et ne peut donc être retenue dans l'ancienneté nécessaire pour accéder à un CIF.
37. Mais précisément, les intermittentes du spectacle sont généralement embauchées dans le cadre de relations de travail à durée déterminée de courte durée de sorte que leur congé maternité intervient entre ces contrats.
38. Z reconnaît que jusqu'en 2007, une « *tolérance* » a été pratiquée, au bénéfice des femmes ayant accouché, tendant à diminuer de 20 à 30% le nombre de jours de travail qui doit être justifié au titre des 5 années précédant la demande de CIF. Elle ne s'explique pas sur la base textuelle de cette tolérance.
39. Il a été mis un terme à cette pratique lorsque les partenaires sociaux ont prévu des règles spécifiques pour accéder à la formation dans le cadre de la période de professionnalisation des intermittents.
40. En effet, l'accord professionnel des intermittents du spectacle du 6 juillet 2007 relatif aux modalités d'accès à la formation professionnelle tout au long de la vie - dont les dispositions ont été rendues obligatoires pour tous les employeurs par un arrêté d'extension du 21 février 2008 - prévoit que les périodes de congé maternité sont comptabilisées comme des jours de travail pour le bénéfice des périodes de professionnalisation.
41. Le même type d'aménagement avait été pris jusqu'en 2007 pour l'obtention par les intermittentes du droit individuel à la formation conformément à l'arrêté du 9 février 2007 portant extension d'accords conclus dans les secteurs du spectacle vivant, de l'audiovisuel, de l'édition phonographique et des parcs de loisirs rend obligatoire l'accord interbranche du 20 janvier 2006 relatif à l'application aux salariés intermittents du spectacle du droit individuel à la formation.
42. A l'inverse, les conditions d'accès au CIF édictées par Z ne prévoyaient aucune mesure d'aménagement spécifique concernant les intermittentes afin de prendre en compte l'interruption d'activité pour cause de grossesse à l'époque des faits de l'espèce et jusqu'à fin 2009. Cette situation aboutissait à défavoriser les femmes intermittentes du seul fait de leur grossesse et/ou leur maternité.

43. En décembre 2009, onze membres du Conseil de gestion de Z ont souhaité étendre l'aménagement prévu pour les salariées de droit commun en CDI aux intermittentes. Mais faute de majorité, le seul aménagement retenu a consisté à « neutraliser » la période de congé maternité en allongeant la période de référence requise pour avoir accès à ce droit.
44. La directive 2006/54 du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte) dispose expressément que « *tout traitement moins favorable d'une femme lié à la grossesse ou au congé de maternité au sens de la directive 92/85/CEE constitue une discrimination (...)* ».
45. L'article 14-1 b) de la même directive précise que « *toute discrimination directe ou indirecte fondée sur le sexe est proscrite dans les secteurs public ou privé, y compris les organismes publics en ce qui concerne l'accès à tous les types et à tous les niveaux d'orientation professionnelle, de formation professionnelle, de perfectionnement et de formation de reconversion (...)* ».
46. Les articles 2-2 et 2-3 de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 transposant en droit français ces dispositions interdisent « *toute discrimination directe ou indirecte fondée sur le sexe (...) en ce qui concerne la formation professionnelle (...). Toute discrimination directe ou indirecte est interdite en raison de la grossesse ou de la maternité, y compris du congé de maternité* ».
47. Le Code du travail prévoit que la durée du congé de maternité (équivalent à seize semaines pour les 2 premières grossesses puis à 26 pour la troisième) est assimilée à une période de travail effectif pour la détermination des droits que la salariée tient de son ancienneté (article L. 1225-24 du code du travail).
48. La circulaire n° 04-11 du 18 mai 2004 prévoit que pour les intermittentes du spectacle titulaires d'un contrat de travail, le congé de maternité est assimilé à du travail effectif, à raison de 5 heures par jour (au lieu des 5,6 heures précédentes), pour la justification des 507 heures de travail requises pour une admission à l'allocation d'aide au retour à l'emploi (cf. circulaire Unedic n° 03-19 du 31 décembre 2003, points 2.1.2.1.1. et 2.1.2.2.1).
49. Par extension à cette règle, la période de maternité (visée à l'article L. 331-3 du code de la sécurité sociale) pouvant être retenue pour l'ouverture des droits aux prestations en espèces de la sécurité sociale est assimilée à du travail effectif lorsqu'elle est incluse dans la période de référence et qu'elle se situe entre des périodes d'emploi relevant du champ des annexes 8 et 10.
50. Ainsi, seule une salariée en congé de maternité, embauchée en CDI ou dans le cadre d'un CDD interrompu ou d'une durée suffisamment longue, aura accès au CIF, sa période de congé maternité étant comptabilisée comme du temps de travail effectif. Tel n'est pas le cas de la réclamante.
51. Malgré le doute persistant sur le nombre réel de cachets effectués par Madame X découlant notamment des périodes de référence différentes prises en compte selon les

modes de calcul, il est raisonnable de s'appuyer sur le chiffre avancé par la Caisse des congés spectacles qui correspond au chiffre le plus petit, à savoir 84 cachets sur une période de référence de cinq ans allant du 1<sup>er</sup> avril 2003 au 31 mars 2009.

52. Même si ce calcul est approximatif, la seule prise en compte de ces trois congés maternité, selon les règles retenues par Z pour la période de professionnalisation lui aurait permis de comptabiliser 210 cachets (correspondant à environ 80 cachets pour les 2 premiers congés maternité et 130 pour le troisième), auquel il aurait fallu ajouter ses 84 cachets.
53. Z en a conclu que, même en « neutralisant » les périodes de congé maternité en prenant en compte une année de référence supplémentaire, soit six ans, le nombre de cachets déclarés à ladite caisse restait largement insuffisant pour l'accès au CIF car il faut normalement 220 cachets.
54. Toutefois, sur la période de référence retenue par Z et qui commence non plus en avril 2004 mais en avril 2003 et se termine au 31 mars 2009, il faut rappeler que la réclamante a en fait connu non pas deux mais trois grossesses. Or, la prétendue « neutralisation » des périodes de maternité ne prendrait en compte que les deux dernières grossesses alors qu'il aurait fallu en compter trois.
55. En l'espèce, il apparaît que pour la période de professionnalisation, le dispositif existant pour l'ouverture des droits aux prestations de la sécurité sociale a été étendu. La période de maternité (visée à l'article L. 331-3 du code de la sécurité sociale) qui se situe entre des périodes d'emploi est ainsi, à certaines conditions, assimilée à du temps de travail effectif.
56. Ces mesures permettent de prendre en compte une différence de situation concernant les contrats de travail des salariées, d'une part, et les intermittentes, d'autre part. En effet, dans la mesure où elles ne sont généralement pas embauchées en CDI ou dans un contrat de durée déterminée d'une durée suffisamment longue, les contrats de travail des intermittentes ne sont jamais ou rarement interrompus pendant leur congé de maternité. En conséquence, elles ne peuvent pratiquement pas bénéficier de la garantie légale prévue pour les autres salariées par l'article L. 1225-24 du code du travail.
57. Or, Z n'a pas prévu les mêmes mesures d'ajustement concernant le congé individuel de formation.
58. Si l'objectif et les conditions de financement du CIF sont sensiblement différents de ceux de la période de professionnalisation, Z n'a donné aucune raison légitime au refus d'appliquer la règle selon laquelle le congé de maternité serait entendu comme du travail effectif à l'égard des intermittentes à l'instar de la période de professionnalisation.
59. En conséquence, ainsi que le reconnaît le Ministère du travail, de l'emploi et de la santé, dans son courrier adressé à la HALDE le 25 février 2011, l'absence injustifiée de prise en compte de la situation de travail spécifique des intermittentes qui connaissent une grossesse et/ou une maternité pour avoir droit à un congé individuel de formation, caractérise une discrimination à raison du sexe et/ou de la grossesse au sens des articles 2-2 et 2-3 de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008.

60. En l'espèce, si toutes les périodes de maternité de Madame X avaient été comptabilisées comme du temps de travail effectif, elle aurait eu droit d'accès au CIF.
61. Conformément à l'article 12 de la loi portant création de la HALDE, le Collège de la haute autorité recommande à Z de réexaminer la décision du 2 mai 2002 de son Conseil d'administration validant une délibération du Conseil de gestion des congés individuels de formation du 5 avril 2002 afin de prendre des mesures de compensation spécifique concernant les intermittentes en lien avec la grossesse et le congé maternité.
62. Le Collège :
- recommande à Z d'étendre au CIF la solution existant déjà pour la période de professionnalisation, qui est alignée sur le régime de l'assurance-maladie et selon laquelle le congé de maternité est considéré comme du temps de travail effectif.
  - préconise, en outre, un réexamen par Z de la demande de CIF de la réclamante en prenant soin de faire application d'une réelle mesure de compensation de ses congés de maternité.
  - demande à Z à être informé des suites de la présente délibération dans un délai de quatre mois à compter de sa réception.

*Le Président*

*Eric MOLINIÈ*