

Paris, le 18 février 2016

Décision du Défenseur des droits MSP-2016-029

Le Défenseur des droits,

Vu l'article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits ;

Vu le décret n° 2011-904 du 29 juillet 2011 relatif à la procédure applicable devant le Défenseur des droits ;

Vu le code de la sécurité sociale ;

Vu le code du travail ;

Saisi par Madame X concernant la décision par laquelle Pôle emploi a refusé l'ouverture de droit à l'allocation d'aide au retour à l'emploi sollicitée par son époux, Monsieur Dominique X, décédé ;

Décide de recommander au Directeur général de Pôle emploi, d'indemniser Madame X en qualité d'ayant-droit selon les termes fixés dans la note jointe.

Le Défenseur des droits demande à Pôle emploi de rendre compte des suites données à la recommandation ci-dessus dans un délai de quatre mois à compter de la date de notification de la présente décision.

Jacques TOUBON

Recommandations dans le cadre de l'article 25 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011

L'attention du Défenseur des droits a été appelée sur la situation de Madame X, qu'un litige oppose aux services de Pôle emploi.

Rappel des faits

Madame X indique que son époux, Monsieur Dominique X, aujourd'hui décédé, s'est vu refuser le bénéfice de l'allocation d'aide au retour à l'emploi (ARE) au motif qu'il ne justifiait pas d'une durée d'affiliation suffisante pour une nouvelle ouverture de droits.

Cette situation résulte de l'absence de prise en compte de deux périodes de travail, l'une effectuée du 24 au 27 juin 2008 au sein de la Société Y, l'autre du 7 au 11 décembre 2009, au sein de la société Z.

Concernant la première période de travail litigieuse, elle n'a pu être prise en compte en raison du défaut de déclaration lors de l'actualisation mensuelle. L'intéressé indiquait, dans divers courriers adressés à Pôle emploi que ce défaut de déclaration résultait du fait qu'il ne disposait pas du décompte de ses heures de travail. Dès réception de son bulletin de paie, l'intéressé l'a adressé aux services de Pôle emploi afin de régulariser sa situation. Ce courrier en date du 11 juillet 2008 ne serait jamais parvenu à Pôle emploi. Monsieur X n'ayant pu établir la preuve de son envoi, cette période de travail n'a pas été régularisée par Pôle emploi.

La seconde période de travail litigieuse a été effectuée dans le cadre d'une évaluation en milieu de travail préalable au recrutement (EMTPR).

Selon Madame X, la procédure d'EMTPR n'aurait pas été respectée par l'entreprise bénéficiaire et les services de Pôle emploi. En outre, son époux ignorait que cette période ne serait pas prise en compte dans le calcul de ses droits à l'assurance chômage.

Instruction

Par courriel en date du 30 novembre, 6 et 10 décembre 2012, les services du Défenseur des droits ont sollicité la communication des textes sur lesquels se fondait ce dispositif auprès de la médiation régionale de Pôle emploi et de la médiation nationale de Pôle emploi.

Ces éléments n'ont malheureusement pas pu être communiqués. Le seul élément dont disposaient les services de Pôle emploi interrogés était un modèle de convention relative à la réalisation d'une EMTPR.

Par courriers du 4 septembre 2014, le Défenseur des droits a adressé à la direction nationale de Pôle emploi ainsi qu'au ministre chargé de l'emploi, une note récapitulant les éléments de fait et de droit sur lesquels il fonde son analyse et les a invités à formuler toute observation qu'ils jugeraient utile de porter à sa connaissance.

En réponse, par courrier du 16 octobre 2014, le Directeur général de Pôle emploi a indiqué que même en intégrant la période d'EMTPR, la durée minimale d'affiliation nécessaire à l'ouverture de droit à l'ARE n'était pas atteinte. Il considérait en outre que l'EMTPR s'assimilait à un test professionnel et non à une période d'essai.

Par courrier du 21 octobre 2014, le ministre du travail a également estimé que le dispositif litigieux constituait une période de test professionnel. Il a en outre précisé que l'EMTPR, à l'instar de toutes les périodes de mise en situation en milieu professionnel, dispose dorénavant d'un cadre juridique fixé par la loi n° 2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale.

Analyse

A titre liminaire, sur les périodes de mise en situation en milieu professionnel (PMSMP)

La loi n° 2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale a créé les « *périodes de mise en situation en milieu professionnel* » (PMSMP), mettant ainsi en place un cadre juridique unique pour des dispositifs jusqu'alors épars, au nombre desquels figurait l'EMTPR.

Les articles L. 5135-1 à L. 5135-8 du code du travail ouvrent désormais le recours à la PMSMP aux salariés et aux demandeurs d'emploi qui font l'objet d'un accompagnement social ou professionnel personnalisé. La PMSMP doit être prescrite par un acteur du service public de l'emploi.

Cette période, contrairement à l'EMTPR, répond à un objectif distinct de la vérification des compétences et aptitudes du demandeur d'emploi puisqu'elles ont pour objet, la découverte d'un métier ou d'un secteur d'activité, de confirmer un projet professionnel ou d'initier une procédure de recrutement.

Au cours de la PMSMP, le bénéficiaire n'est pas rémunéré par l'entreprise d'accueil. Il conserve son statut de demandeur d'emploi ou de salarié ainsi que son régime d'indemnisation ou de rémunération antérieur.

Cette période fait l'objet d'une convention entre le bénéficiaire, l'organisme prescripteur (généralement Pôle emploi) et la structure d'accueil. Dans l'hypothèse où le bénéficiaire effectue une PMSMP dans le cadre de son contrat de travail, son employeur est également signataire de la convention. Cette convention prend la forme d'un modèle unique homologué prévu par arrêté du 13 novembre 2014.

Enfin, la PMSMP ne peut en principe excéder la durée fixée par les articles D. 5135-3 et 4 du code du travail et ne peut être conclue pour exécuter une tâche régulière correspondant à un poste de travail permanent, pour faire face à un accroissement temporaire de l'activité de la structure d'accueil, pour occuper un emploi saisonnier ou pour remplacer un salarié en cas d'absence ou de suspension de son contrat de travail.

Le cadre juridique ainsi défini permet de clarifier le statut et les modalités de mise en œuvre de ces périodes de travail particulières.

Sur le dispositif d'évaluation en milieu de travail préalable au recrutement (EMTPR)

Antérieurement à la création des PMSMP, la convention relative à la réalisation d'une EMTPR était une convention par laquelle Pôle emploi confiait à une entreprise déterminée, l'évaluation d'un demandeur d'emploi en vue de le recruter.

La convention énonçait que l'objectif de ce dispositif était de permettre au demandeur d'emploi de faire valoir ses compétences et capacités auprès de l'entreprise dans le but de faire aboutir sa candidature.

En vertu de cette convention, l'entreprise s'engageait à vérifier les compétences et aptitudes du demandeur d'emploi. Elle désignait en son sein un correspondant chargé de l'accueil et de l'évaluation du candidat à l'embauche.

Dans le cas où la procédure n'aboutissait pas au recrutement du candidat, l'entreprise avait pour obligation de communiquer les résultats de l'évaluation à Pôle emploi ainsi qu'au demandeur d'emploi.

Les obligations du candidat telles que décrites par la convention étaient quant à elles similaires aux obligations découlant généralement d'un contrat de travail : respect des horaires, du matériel de l'entreprise et des règles de discrétion professionnelle par rapport à l'entreprise.

Quant au statut du candidat au cours de l'EMTPR, la convention stipulait expressément qu'il n'était pas salarié de l'entreprise ajoutant qu' « *il conserve son statut de demandeur d'emploi* ». Ainsi, « *s'il perçoit des allocations chômage, celles-ci sont maintenues pendant la durée de l'évaluation qu'il ne doit pas signaler sur la déclaration de situation mensuelle* ».

Bien que n'étant pas salarié de l'entreprise, le demandeur d'emploi bénéficiait de la protection relative aux accidents du travail en vertu de l'article L.412-8 11° du code de la sécurité sociale.

La convention relative à l'EMTPR n'était cependant encadrée par aucune disposition légale, réglementaire ou issue de la négociation collective, ce qu'a confirmé la médiation nationale de Pôle emploi par courriel du 18 décembre 2012.

Toutefois, sa mise en œuvre relève bien de la compétence de Pôle emploi au regard des dispositions du code du travail.

L'article L.5312-1 du code du travail dispose que « *Pôle emploi est une institution nationale publique dotée de la personnalité morale et de l'autonomie financière qui a pour mission de :*

1° Prospecter le marché du travail, développer une expertise sur l'évolution des emplois et des qualifications, procéder à la collecte des offres d'emploi, aider et conseiller les entreprises dans leur recrutement, assurer la mise en relation entre les offres et les demandes d'emploi et participer activement à la lutte contre les discriminations à l'embauche et pour l'égalité professionnelle ;

2° Accueillir, informer, orienter et accompagner les personnes, qu'elles disposent ou non d'un emploi, à la recherche d'un emploi, d'une formation ou d'un conseil professionnel, prescrire toutes actions utiles pour développer leurs compétences professionnelles et améliorer leur employabilité, favoriser leur reclassement et leur promotion professionnelle, faciliter leur mobilité géographique et professionnelle et participer aux parcours d'insertion sociale et professionnelle (...) ».

Au regard de ces dispositions, la mise en œuvre de la convention d'EMTPR pouvait être considérée comme s'insérant dans le cadre des missions de mise en relation de l'offre et de la demande d'emploi et de prescription d'action favorisant le retour à l'emploi des chômeurs.

Cependant, la création de ce dispositif relevait quant à elle du domaine de la loi, comme en témoigne l'évolution législative postérieure créant des PMSMP. Le ministre du travail, dans son courrier précité en date du 21 octobre 2014, n'a d'ailleurs pas contesté le caractère lacunaire de l'ancien dispositif sur ce point.

Par ailleurs, la circonstance qu'aucune disposition n'encadrait expressément l'EMTPR, était de nature à créer un doute quant à sa nature juridique.

Le modèle de convention fourni par les services de pôle emploi au cours de l'instruction précisait que l'objet de cette évaluation était de permettre, d'une part, au demandeur d'emploi de faire valoir ses compétences et capacités en vue de faire aboutir sa candidature, d'autre part, à l'entreprise d'accueil de vérifier ses compétences et aptitudes.

Monsieur X indiquait par courrier du 21 février 2011, que ce n'était que lors d'un entretien téléphonique en date du 18 février 2011, que les services de Pôle emploi auraient décrit oralement l'EMTPR comme « *une semaine de stage en entreprise non rémunérée* ».

Or, la qualification de stage professionnel paraît devoir être écartée en l'espèce en ce qu'elle renvoie à un objectif de formation professionnelle qui n'est pas visé par la convention litigieuse.

En effet, l'objet de la convention relative à la réalisation d'une EMTPR n'est pas de former le demandeur d'emploi aux missions du poste mais de permettre à l'employeur d'évaluer les compétences du demandeur d'emploi au regard du poste à pourvoir et de favoriser ainsi autant que possible son embauche.

Ce dispositif semble davantage s'apparenter à une période d'essai telle qu'envisagée par le code du travail puisqu'il répond au même objectif d'évaluation des compétences.

Pour écarter la qualification de période d'essai, Pôle emploi a énoncé dans son courrier du 16 octobre 2014, que dans le cadre de l'EMTPR, « *le demandeur d'emploi cherche à démontrer à son employeur potentiel sa capacité à occuper le poste pour obtenir une embauche* » alors que dans le cadre d'une période d'essai, sa démarche est celle « *de vérifier si l'emploi lui convient* ».

Or, l'article L.1221-20 du code du travail dispose que « *La période d'essai permet à l'employeur **d'évaluer les compétences du salarié dans son travail**, notamment au regard de son expérience, et au salarié d'apprécier si les fonctions occupées lui conviennent* ».

La période d'essai, pour être valide, doit être expressément prévue par le contrat de travail. En l'absence de contrat de travail et de versement de rémunération en contrepartie de la fourniture d'une prestation et des cotisations afférentes, la situation des demandeurs d'emploi ayant été placés auprès de l'employeur par voie de convention relative à l'EMTPR pourrait s'analyser comme entrant dans les hypothèses de travail dissimulé au sens du code du travail.

C'est à juste titre que Pôle emploi relève, en se fondant sur la décision de la chambre sociale de la Cour de cassation en date du 4 janvier 2000 (n°97-41154), que pour déterminer la qualification de la période de travail considérée, il convient d'établir si l'intéressé est placé ou non dans des « conditions normales d'emploi ».

C'est d'ailleurs sur la base de ce critère que la Cour de cassation a été amenée à requalifier une période d'EMTPR en période d'activité salariée, estimant que le bénéficiaire d'une EMTPR accomplissait des tâches relevant d'un emploi permanent (Soc., 7 mars 2012, n° 10-20174).

Or, la situation dans laquelle s'est trouvé placé Monsieur X témoigne des lacunes affectant le contrôle opéré par Pôle emploi sur les missions confiées au candidat à l'embauche et le défaut d'information imputable à Pôle emploi en l'espèce.

Sur le défaut d'information imputable à Pôle emploi

L'EMTPR n'étant pas encadrée par les textes, aucune procédure formalisée, permettant de garantir la parfaite information du demandeur d'emploi, n'a pu être identifiée au cours de l'instruction.

Il ressort des courriers adressés à Pôle emploi par Monsieur X et versés au dossier par son épouse, que le 3 décembre 2009, l'intéressé a été reçu par la société Z.

Cet entretien faisait suite à une offre d'emploi qui selon l'intéressé n'a pas transité par Pôle emploi et à laquelle il a postulé directement. Sa candidature n'était pas liée à une proposition de Pôle emploi et n'avait pas été adressée à l'employeur par l'intermédiaire de l'organisme. Monsieur A pouvait par conséquent légitimement s'attendre à être embauché sous couvert un contrat de travail classique et ignorait qu'il s'agissait d'une EMTPR.

Monsieur X indiquait avoir débuté ses fonctions, le 7 décembre 2009. Ce n'est que le 9 décembre 2009 que l'employeur lui aurait demandé de signer la convention d'EMTPR, en mentionnant uniquement que ce document visait simplement à garantir sa couverture par Pôle emploi.

Monsieur X précisait ne pas avoir eu le temps de prendre connaissance de la convention et qu'aucun exemplaire ne lui avait été remis.

Sur ce point, Pôle emploi indique dans le cadre de l'instruction conduite par les services du Défenseur des droits, que « *la convention EMTPR jointe (...) est datée du 3 décembre 2009, soit 4 jours avant la période d'EMTPR qui a eu lieu du 7 au 11 décembre* ».

Or, la circonstance que ce document soit daté du 3 décembre 2009 n'est pas de nature à démontrer qu'il a été communiqué au réclamant et signé par celui-ci à cette date.

En outre, aucun élément fourni au cours de l'instruction ne permet d'établir que Monsieur X a été reçu avant la période d'EMTPR afin de recevoir les informations relatives à ce dispositif, ni à l'issue de cette période afin de se voir communiquer les résultats de l'évaluation comme le prévoit la convention.

Il apparaît donc qu'en l'espèce, le cadre fixé par la convention d'EMTPR, qui bien que lacunaire, permettait de garantir une information minimale du demandeur d'emploi, n'a pas été respecté.

Ce n'est qu'en 2011, soit deux ans après la réalisation de la convention, que Monsieur X a reçu les informations essentielles relatives à l'EMTPR, dans le cadre de ses démarches pour obtenir la réouverture de ses droits à l'ARE.

Lors d'un entretien téléphonique en date du 18 février 2011 dont Monsieur X faisait mention dans son courrier du 21 février 2011 précité, les services de Pôle emploi lui auraient indiqué que l'employeur s'engageait à l'égard de Pôle emploi, à embaucher le candidat en contrat à durée déterminée de 6 mois minimum ou en contrat à durée indéterminée. Il aurait été ajouté que dans le cadre de la mise en place de l'EMTPR, le conseiller référent de Pôle emploi devait prendre contact avec le demandeur d'emploi. Enfin, dans le cas où la procédure ne déboucherait pas sur une embauche, un entretien réunissant les trois parties serait prévu afin de connaître les raisons de l'échec de l'évaluation.

Il semble donc qu'un accord sur le principe de recourir à une convention d'EMTPR a été conclu entre l'employeur bénéficiaire et Pôle emploi sans que cet organisme, à aucun moment, n'ait pris l'attache de l'intéressé pour lui expliquer les modalités et les conséquences de ce dispositif sur ses droits aux allocations d'assurance chômage et notamment, l'absence de prise en compte de cette période de travail dans le calcul de ses droits.

Ce n'est qu'en 2011, lorsqu'il a sollicité une nouvelle ouverture de droit aux prestations d'assurance chômage que l'intéressé a été informé des conséquences de la période d'EMTPR sur l'ouverture postérieure de ses droits.

Il apparaît donc au regard des éléments fournis par les parties au cours de l'instruction, que l'obligation d'information incombant à Pôle emploi à l'égard de Monsieur X n'a pas été respectée.

Or, Pôle emploi, à l'instar de tout organisme de protection sociale, est tenu à une obligation d'information générale des assurés sociaux.

Cette règle à caractère général est notamment retranscrite à l'article R.112-2 du code de la sécurité sociale qui dispose qu' "*Avec le concours des organismes de sécurité sociale, le ministre chargé de la sécurité sociale prend toutes mesures utiles afin d'assurer l'information générale des assurés sociaux (...)*".

La Cour de cassation, dans une décision en date du 8 février 2012 (n° 10-30892), a confirmé le devoir général d'information incombant à Pôle emploi à l'égard des demandeurs d'emploi et a décidé que dans ce cadre, la charge de la preuve pèserait désormais sur Pôle emploi.

Ainsi, le défaut d'information est constitutif d'une faute de Pôle emploi, pouvant engager sa responsabilité.

En l'espèce, la faute de Pôle emploi est clairement établie du fait de la mise en œuvre d'un dispositif dont la création relève de la seule compétence du législateur mais également en raison du défaut d'information du demandeur d'emploi et du non-respect de la procédure prescrite par la convention d'EMTPR.

S'agissant du préjudice subi par Monsieur X, il est caractérisé par la situation de vulnérabilité dans laquelle il s'est trouvé placé en raison de la mise en œuvre de l'EMTPR. La circonstance que l'employeur et Pôle emploi se soient rapprochés sans l'informer des conséquences du dispositif a en effet privé Monsieur X de la possibilité de faire valoir ses droits, notamment à rémunération, en qualité de salarié auprès de la société bénéficiaire.

Le préjudice moral subi par Monsieur X du fait de la carence de Pôle emploi en matière d'information ouvre donc droit à réparation.

S'agissant enfin de la prescription de deux ans découlant de l'article L. 5422-4 du code du travail, soulevée par Pôle emploi dans son courrier précité en date du 16 octobre 2014, elle s'applique uniquement à l'action en paiement de l'allocation d'assurance chômage.

L'engagement de la responsabilité civile pour faute de Pôle emploi reposant sur les règles de droit commun, le délai de prescription est de cinq ans conformément aux dispositions de l'article 2224 du code civil.

Il résulte ainsi de l'ensemble des éléments précités que l'absence de fondement textuel et l'inadéquation du dispositif d'EMTPR aux règles du droit commun du travail constitue une atteinte générale aux droits des demandeurs d'emploi auxquels il était appliqué.

La situation dans laquelle s'est trouvé placé Monsieur X constitue donc une atteinte aux droits de l'intéressé.

Par conséquent, le Défenseur des droits décide de recommander au Directeur général de Pôle emploi, d'indemniser Madame X, en qualité d'ayant-droit de son époux.

Cette indemnisation pourrait être fixée à 2 000 €, tous chefs de préjudice confondus.

Le Défenseur des droits demande à Pôle emploi de rendre compte des suites données à la recommandation ci-dessus dans un délai de quatre mois à compter de la date de notification de la présente décision.

Jacques TOUBON