

Paris, le 21 décembre 2016

---

**Décision du Défenseur des droits n° MSP-2016-273**

---

**Le Défenseur des droits,**

Vu 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 règlement communautaire (CE) n°883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale ;

Vu le code du travail ;

Vu la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public ;

Vu le décret n°2008-1281 du 8 décembre 2008 relatif aux conditions de publication des instructions et circulaires ;

Saisi par Monsieur X qui estime avoir subi une atteinte à ses droits en qualité d'utilisateur d'un service public, du fait du refus opposé par Pôle emploi à sa demande d'allocation de solidarité spécifique, consécutive à l'absence de prise en compte d'une période de travail à l'étranger, hors Union européenne, dans le cadre de l'étude des conditions d'ouverture de droits à cette prestation,

Décide de recommander :

- à Pôle emploi, de procéder à l'examen des droits de Monsieur X conformément aux dispositions des articles L.5423-1 et R.5423-1 du code du travail et de verser, le cas échéant le rappel de l'ASS qu'il aurait dû percevoir à compter de la date d'introduction de sa demande ;

- au ministre chargé de l'emploi, de modifier ses instructions en matière de prise en compte des périodes de travail accomplies à l'étranger afin de les mettre en conformité avec l'article R. 5423-1 du code du travail, et d'assurer leur publication, conformément aux dispositions de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 et du décret n°2008-1281 du 8 décembre 2008.

Le Défenseur des droits demande à Pôle emploi ainsi qu'au ministre chargé de l'emploi de rendre compte des suites données aux recommandations 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

---

Le Défenseur des droits a été saisi d'une réclamation de Monsieur X, qu'un litige oppose à Pôle emploi . concernant la prise en compte d'une période de travail à l'étranger, hors Union européenne, dans le cadre de l'étude des conditions d'ouverture de droits à l'allocation de solidarité spécifique (ASS).

### Faits

Monsieur X a été salarié de la société Y, basée au Canada, selon un contrat de travail régi par le droit québécois, du 30 décembre 2000 au 10 novembre 2001.

En septembre 2012, Monsieur X a formulé une demande d'ASS à laquelle Pôle emploi a opposé un refus au motif qu'il ne remplissait pas la condition des 5 ans d'activité salariée ou assimilée au cours des 10 dernières années précédant la fin de son dernier contrat de travail.

Pôle emploi n'ayant pas pris en compte la période de travail précitée accomplie par Monsieur X au sein de la société Y, il ne remplit pas la condition d'activité antérieure prévue par la réglementation.

Monsieur X a saisi la médiatrice régionale de Pôle emploi, qui indiquait dans son courrier en réponse en date du 12 février 2013, que la Directive Unedic n° 114-84 du 19 novembre 1984 prévoit que *« les intéressés doivent justifier de cinq ans d'activité salariée dans les dix années précédant la fin du contrat de travail ayant permis l'indemnisation au titre de l'assurance. Il est à noter que tous les emplois salariés en France ou à l'étranger relevant ou non du champ d'application du régime d'assurance chômage sont pris en compte pour l'appréciation de cette condition »*.

Cependant, la médiatrice mentionnait également une précision formulée par le ministère de l'emploi et de la solidarité, selon laquelle, *« Seuls les emplois salariés exercés dans l'un des pays de l'Union européenne sont à prendre en compte pour la recherche des cinq ans (...)»*.

En dépit des contestations introduites par l'intéressé, la décision de refus qui lui a été opposée a été confirmée par le Directeur régional de Pôle emploi ., le 3 décembre 2013.

### Instruction

Les services du Défenseur des droits ont dans un premier temps interrogé la médiatrice régionale de Pôle emploi afin de connaître le fondement de la précision ministérielle sur laquelle se base le refus opposé à Monsieur X.

Par courriel en réponse en date du 16 mai 2013, elle indiquait qu'il s'agissait d'une réponse à une question posée par la direction de la réglementation de Pôle emploi et qu'elle n'était pas en mesure d'en préciser les fondements.

L'Unedic ayant confirmé la compétence exclusive de l'État pour préciser les règles applicables en matière d'ASS, l'interprétation de la direction générale de l'emploi et de la formation professionnelle (DGEFP) a été sollicitée dès septembre 2013.

Après plusieurs relances, la DGEFP a indiqué, par courrier du 8 août 2014, que c'est en application du règlement communautaire (CE) n°883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale que seules les périodes de travail accomplies sur le territoire national ou européen peuvent être prises en compte dans le cadre de l'étude des conditions d'ouverture de droit à l'ASS.

Par courriers du 1<sup>er</sup> mars 2016, le Défenseur des droits a adressé au directeur régional de Pôle emploi, au directeur général de Pôle emploi ainsi qu'à la ministre chargée 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 toutes observations qu'ils jugeraient utile de porter à sa connaissance.

En réponse, par courrier du 28 avril 2016, le Directeur général de Pôle emploi constate comme le Défenseur des droits qu'aucune disposition réglementaire internationale, nationale ou interne n'exclut expressément les périodes accomplies hors Union européenne dans l'étude des droits à une allocation de solidarité. Il précise néanmoins que Pôle emploi intervenant uniquement en qualité de gestionnaire, l'organisme est tenu par la position des services de l'État.

Par courrier du 9 août 2016, la DGEFP maintient qu'il y a lieu de se référer aux dispositions du règlement communautaire (CE) n°883/2004 et considère que la prise en compte de périodes de travail accomplies hors Union contreviendrait au principe d'application territoriale du code du travail.

### Analyse

L'article L. 5423-1 du code du travail dispose qu' « *ont droit à une allocation de solidarité spécifique les travailleurs privés d'emploi qui ont épuisé leurs droits à l'allocation d'assurance ou à l'allocation de fin de formation prévue par l'article L. 5423-7 et qui satisfont à des conditions d'activité antérieure et de ressources* ».

L'ASS, créée par l'ordonnance n°84-198 du 21 mars 1984 relative au revenu de remplacement des travailleurs involontairement privés d'emploi et portant modification du code du travail, est un minimum social versé sous condition de ressources et d'activité antérieure, aux demandeurs d'emploi qui ont épuisé leurs droits au régime d'assurance chômage ou qui ne sont pas éligibles à celui-ci.

Bien que servie par les mêmes institutions, l'ASS ne relève pas de la logique assurantielle traditionnellement associée aux prestations d'assurance chômage puisqu'il s'agit d'une prestation non contributive du régime de solidarité nationale financé par l'État.

Ainsi, le montant de l'ASS n'est pas lié aux revenus perçus dans le cadre de l'activité professionnelle antérieure mais aux ressources mensuelles dont dispose le demandeur et le cas échéant, son conjoint, partenaire de pacs ou concubin, à la date de sa demande.

L'ASS est néanmoins soumise à une condition d'activité antérieure prescrite par l'article R.5423-1 du code du travail, dans les termes suivants : « *Pour bénéficier de l'allocation de solidarité spécifique, les personnes mentionnées à l'article L. 5423-1 :*

*1° Justifient de cinq ans d'activité salariée dans les dix ans précédant la fin du contrat de travail à partir de laquelle ont été ouverts leurs droits aux allocations d'assurance. En ce qui concerne les personnes ayant interrompu leur activité salariée pour élever un enfant, cette durée est réduite, dans la limite de trois ans, d'un an par enfant à charge ou élevé dans les conditions fixées à l'article R. 342-2 du code de la sécurité sociale ; (...).*».

Depuis la loi n° 2008-126 du 13 février 2008 relative à la réforme de l'organisation du service public de l'emploi, le versement de l'ASS est confié à Pôle emploi. L'État et Pôle emploi sont depuis lors seuls compétents pour préciser les règles applicables, l'Unedic étant dorénavant exclusivement chargée de la gestion du régime d'assurance chômage.

Avant cette date, l'Unedic avait adressé des instructions aux ASSEDIC par Directive n° 114-84 du 19 novembre 1984. Elle précisait, s'agissant des conditions d'activité, que « *les intéressés doivent justifier de cinq ans d'activité salariée dans les dix années précédant la fin du contrat de travail ayant permis l'indemnisation au titre de l'assurance chômage. Il est à noter que **tous les emplois salariés exercés en France ou à l'étranger relevant ou non du champ d'application du régime d'assurance chômage sont pris en compte pour l'appréciation de cette condition*** ».

Cependant, la précision ministérielle apportée par la fiche question/réponse n°6 datée de juillet 2001 relatives aux conditions particulières d'accès à l'ASS, considère que « *seuls les emplois salariés exercés dans l'un des pays de l'Union européenne sont à prendre en compte pour la recherche des cinq ans (...)* ».

Or, aucun texte ne prévoit que les périodes d'activités visées par l'article R.5423-1 du code du travail doivent être accomplies en France ou dans un État membre de l'Union européenne pour être prises en compte.

Il convient de souligner que le changement d'interprétation opéré par la fiche question/réponse n°6 datée de juillet 2001 précitée a été communiqué aux services chargés du versement de l'ASS alors même qu'aucun changement légal ou réglementaire affectant les conditions d'ouverture de droit à cette prestation n'est intervenu.

Ainsi, selon que la demande d'ASS a été introduite avant ou après la prise de connaissance par les services de Pôle emploi de la réponse ministérielle litigieuse, le traitement des périodes de travail accomplies à l'étranger aboutissait à une prise en compte ou à une exclusion, créant ainsi une différence de traitement qui n'est justifiée ni par une évolution de la réglementation applicable, ni par une différence de situation entre les demandeurs concernés.

Les services de la DGEFP indiquent que la restriction litigieuse résulte du principe d'application territoriale de la loi ou du règlement, selon lequel la réglementation nationale ne peut trouver à s'appliquer hors des frontières nationales. Ainsi, la DGEFP considère qu'en l'absence de dispositions du code du travail prévoyant expressément la prise en compte des périodes de travail accomplies hors de France, il convient de se référer aux normes de droit supérieures, soit en l'espèce, au règlement communautaire (CE) n°883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale.

Ce règlement prévoit que les périodes d'activité accomplies dans les États membres de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen ou en Suisse doivent être prises en compte par l'État de résidence pour le calcul des périodes d'emploi ouvrant droit à l'octroi des prestations chômage (article 61).

Selon la DGEFP, en application de ce texte, seules les périodes d'activité susmentionnées peuvent être prises en compte pour la vérification de la condition d'activité antérieure requise pour l'ASS.

La restriction à l'ouverture de droit à l'ASS ainsi opérée soulève deux difficultés, l'une concernant l'applicabilité du règlement communautaire (CE) n°883/2004 précité, l'autre concernant l'opposabilité de la précision ministérielle dont se prévaut Pôle emploi pour écarter les périodes de travail accomplies à l'étranger hors UE.

Le règlement (CE) n°883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale ne constitue pas un fondement valable.

En effet, selon les termes du règlement, son objet est de garantir, dans le cadre de la libre circulation des personnes, le maintien des droits acquis ou en cours d'acquisition aux personnes qui se déplacent au sein de la Communauté (considérant 13) et d'éviter le cumul de législations nationales applicables et les complications qui peuvent en résulter (considérant 15).

Ce texte n'a donc pas vocation à déterminer le sort des périodes de travail accomplies en dehors de son champ d'application territorial, c'est-à-dire, hors UE, EEE ou Suisse. Le ministère chargé de l'emploi ne peut donc valablement se fonder sur ce règlement pour exclure les périodes de travail accomplies hors UE.

Par ailleurs, la réponse apportée par le ministère chargé de l'emploi à la question de Pôle emploi, qui fait l'objet de la fiche question/réponse n°6 datée de juillet 2001 relatives aux conditions particulières d'accès à l'ASS, doit être regardée comme exprimant l'interprétation administrative des textes, au même titre qu'une instruction ou une circulaire.

Dans la mesure où elle consiste en une interprétation des textes applicables et présente un caractère impératif, elle doit être considérée comme faisant grief conformément à la jurisprudence du Conseil d'État (CE, Sect., n° 233618).

Or, l'article R.5423-1 du code du travail ne limite pas la prise en compte de l'activité antérieure aux seules périodes de travail accomplies sur le territoire national et dans l'UE, l'EEE ou en Suisse. La précision ministérielle litigieuse a donc pour effet d'ajouter une condition à celles prescrites par les textes, en ce qu'elle exige que les périodes de travail visées aient été accomplies dans l'UE, l'EEE ou en Suisse ou sous contrat de travail régi par le droit d'un État membre.

Il découle des articles 13 et 21 de la Constitution du 4 octobre 1958 que les ministres ne disposent pas du pouvoir réglementaire, qui appartient au Premier ministre et, par exception au Président de la République. Ce n'est qu'en application d'une habilitation législative ou réglementaire expresse dans des domaines déterminés ou pour l'organisation de leurs services, notion appréciée de manière très restrictive par le juge administratif, que les ministres peuvent prendre des textes à caractère réglementaire.

Par cette interprétation qui ajoute des restrictions nouvelles aux dispositions réglementaires existantes, le ministre chargé de l'emploi a donc outrepassé sa compétence.

Par ailleurs, les termes des articles L.5423-1 et R.5423-1 du code du travail sont clairs et ne laissent aucune marge d'appréciation à Pôle emploi dans le cadre de leur application. Ainsi, aucune directive ministérielle ne semble nécessaire pour l'application de ces dispositions.

De plus, la précision ministérielle en cause ne respecte pas les règles relatives à la publicité et à l'accessibilité des circulaires.

La loi n°78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public prévoit en son article 7 que les circulaires, directives ou instructions comportant une interprétation du droit positif ou une description des procédures administratives doivent être publiées. S'agissant des modalités de cette publication, l'article 29 du décret n° 2005-1755 du 30 décembre 2005 pris pour l'application de la loi précitée, dispose que ces documents doivent être publiés dans des bulletins ayant une périodicité au moins trimestrielle.

Le décret n°2008-1281 du 8 décembre 2008 relatif aux conditions de publication des instructions et circulaires, impose en outre à l'administration de mettre en ligne les circulaires sur le site internet « circulaires.gouv.fr ». À défaut, l'administration ne peut se prévaloir de la circulaire à l'égard d'un usager, celle-ci n'étant pas applicable.

Ainsi, Pôle emploi ne pouvait se prévaloir de la précision ministérielle de juillet 2001, qui dans le cadre de la condition d'activité antérieure impose qu'elle ait été accomplie dans un pays de l'UE, de l'EEE ou en Suisse, pour refuser l'octroi de l'ASS à Monsieur X.

Il ressort de l'ensemble de ces éléments qu'il appartenait à Pôle emploi d'examiner la situation de Monsieur X au regard des seules dispositions des articles L. 5423-1 et R. 5423-1 du code du travail. Le refus opposé à l'intéressé paraît ainsi, contraire à ces dispositions.

La situation dans laquelle se trouve placé Monsieur X constitue donc une atteinte aux droits d'un usager du service public.

Par conséquent, le Défenseur des droits recommande d'une part à Pôle emploi, de procéder à l'examen des droits de Monsieur X conformément aux dispositions des articles L.5423-1 et R.5423-1 du code du travail et de verser, le cas échéant le rappel de l'ASS qu'il aurait dû percevoir à compter de la date d'introduction de sa demande.

Il recommande également au ministre chargé de l'emploi, de modifier ses instructions en matière de prise en compte des périodes de travail accomplies à l'étranger afin de les mettre en conformité avec l'article R. 5423-1 du code du travail, et d'assurer leurs publication, conformément aux dispositions de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 et du décret n°2008-1281 du 8 décembre 2008.

Le Défenseur des droits demande à Pôle emploi ainsi qu'au ministre chargé de l'emploi de rendre compte des suites données aux recommandations ci-dessus dans un délai de quatre mois à compter de la date de notification de la présente décision.

Jacques TOUBON