

Paris, le 28 septembre 2018

Décision du Défenseur des droits n°2018-246

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 la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Vu l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne ;

Vu la directive 92/85/CEE du 19 octobre 1992 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail ;

Vu l'article 2, paragraphe 2, de la directive 97/80/CE du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe ;

Vu les articles L.1233-65 à L.1233-70, L.1132-1 du code du travail ;

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 l'arrêté du 6 octobre 2011 relatif à l'agrément de la convention du 19 juillet 2011 relative au contrat de sécurisation professionnelle ;

Vu l'arrêté du 16 avril 2015 relatif à l'agrément de la convention du 26 janvier 2015 relative au contrat de sécurisation professionnelle ;

Vu la circulaire de l'UNEDIC n° 2011-36 du 9 décembre 2011 ;

Vu la circulaire de l'UNEDIC n° 2016-09 du 27 janvier 2016 ;

Saisi par Mesdames X, Y, et Z, qui estiment avoir subi une discrimination en raison de leur grossesse dans le cadre du contrat de sécurisation professionnelle qu'elles ont souscrit,

Décide de recommander à la Ministre du Travail, et à l'UNEDIC, d'inviter les partenaires sociaux à prendre des dispositions prévoyant le report des droits issus du contrat de sécurisation professionnelle qui ont été suspendus à raison d'un congé maladie ou maternité,

- Décide de recommander à l'UNEDIC, sous l'autorité de la Ministre du Travail, dans l'attente de l'adoption des dispositions conventionnelles préconisées, d'écarter l'application du dernier alinéa du paragraphe 1.10 de la circulaire n° 2016-09 du 27 janvier 2016, de manière à permettre le report des droits suspendus durant le congé maladie ou maternité,

- Décide de recommander à l'UNEDIC, sous l'autorité de la Ministre du Travail, de donner instruction à Pôle Emploi de rétablir au profit de Mesdames X, Y et Z, les droits suspendus durant leur congé maternité.

Le Défenseur des droits demande à la Ministre du Travail, et l'UNEDIC, de rendre compte des suites données à ces recommandations dans un délai de trois mois à compter de la date de notification de la présente décision.

Jacques TOUBON

Recommandations en application de l'article 25 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011

Le Défenseur des droits a été saisi de réclamations par Madame X (identifiant Pôle Emploi XXXXXXX), , par Madame Y (identifiant Pôle Emploi YYYYYYY) et par Madame Z (identifiant Pôle Emploi ZZZZZZ).

Ces réclamations soulèvent la problématique de la perte partielle des droits tirés de la conclusion d'un contrat de sécurisation professionnelle (CSP), spécialement le droit au versement de l'allocation de sécurisation professionnelle (ASP), en raison de la maternité intervenue pendant l'exécution de ce contrat.

Les faits

Leur licenciement pour motif économique étant envisagé, les réclamantes ont signé un CSP devant leur assureur, pendant un délai d'un an à compter de la rupture de leur contrat de travail, le bénéfice de mesures d'accompagnement et de formation ainsi que le versement d'une allocation spécifique, équivalente à 75 % du montant du salaire journalier de référence.

En contrepartie, elles ont renoncé d'une part, au versement de l'indemnité compensatrice de préavis et d'autre part, à la portabilité des droits acquis au titre du droit individuel à la formation.

Les intéressées n'ont pas été spécialement alertées des conséquences sur les droits issus du CSP, d'une prise en charge par l'assurance maladie ou maternité, durant le délai d'exécution du contrat.

Chacune d'elles a été placée en congé maternité au cours de l'exécution de son CSP, congé durant lequel elles ont perçu des indemnités journalières au titre de leur prise en charge par l'assurance maternité.

A l'issue de ce congé, les réclamantes ont constaté que les arrérages d'ASP non versés durant leur prise en charge par l'assurance maternité, étaient perdus dès lors que la date de fin du CSP était fixe, et insusceptible d'être reportée.

Au final les intéressées, en raison de leur maternité, n'ont pas bénéficié des 12 mois de CSP comme cela était initialement prévu.

Il en est résulté une perte importante de l'indemnisation prévue, que Madame Z, pour son cas, a chiffré à la somme de 4657,6 euros.

Par ailleurs, Madame Y a constaté que la période d'indemnisation par l'assurance chômage à laquelle elle avait droit, avait été amputée de la durée de son congé maternité comme s'il s'était agi d'une période durant laquelle l'ASP avait été versée. À la perte de l'ASP sur la période du congé maternité, s'est donc ajoutée une perte de droit à l'assurance chômage en terme de durée d'indemnisation.

C'est dans ces conditions que les trois assurées ont sollicité, chacune pour leur cas, l'aide de l'institution.

Le 30 novembre 2016, les services du Défenseur des droits dans le cadre de l'instruction de la réclamation de Madame X, ont adressé un courriel au médiateur national de Pôle Emploi, afin de recueillir son avis sur les conséquences du dispositif de CSP ainsi réglementé, à l'égard des femmes qui connaissent une maternité durant l'exécution de ce contrat.

Aux termes d'un courriel du 14 décembre 2016, le médiateur a indiqué être partisan d'un allongement du versement de l'allocation en cas de suspension pour cause de maternité ou de maladie, et avoir fait part de cette position aux partenaires sociaux s'agissant de la maladie.

Par courrier du 11 octobre 2017, une note récapitulative a été adressée au Directeur Général de Pôle Emploi, réunissant les éléments laissant à penser que le dispositif du CSP tel qu'il est aujourd'hui organisé, conduit à faire subir une discrimination aux allocataires qui durant l'exécution de ce contrat, connaîtraient une maternité ou subiraient une maladie.

Par un courrier du 14 novembre 2017, celui-ci a répondu qu'en qualité d'opérateur de l'Unedic, Pôle Emploi était tenu par la réglementation édictée par cette dernière et ne pouvait procéder à des dérogations non prévues par les textes.

Par courrier du 19 mars 2018, la même note récapitulative a été adressée à l'UNEDIC.

Cette note est restée sans réponse.

Discussion juridique

La mise en œuvre du dispositif du contrat de sécurisation professionnel tel qu'il figure aujourd'hui (1°), conduit à créer des discriminations indirectes en raison de la maternité ou de l'état de santé du bénéficiaire, discriminations dont la prohibition par la Convention européenne des droits de l'homme, le droit de l'Union Européenne et la loi française commande d'en écarter l'application (2°). En outre, la directive 92/85/CEE du 19 octobre 1992, dont il a été jugé qu'elle pouvait être directement invoquée par les particuliers/justiciables, impose également aux organismes chargés de l'assurance chômage de préserver les droits du CSP suspendus durant le congé maternité, pour qu'ils soient attribués à l'issue de ce congé (3°).

1°) Les impacts de la mise en œuvre du dispositif d'origine légale et conventionnelle

Le CSP est prévu et organisé, dans ses grandes lignes, par les articles L.1233-65 à L.1233-70 du code du travail.

Destiné aux salariés de certaines entreprises, à l'égard desquels une mesure de licenciement économique est envisagée, il a pour objet l'organisation et le déroulement d'un parcours de retour à l'emploi, le cas échéant au moyen d'une reconversion ou d'une création ou reprise d'entreprise.

Ce parcours comprend des mesures d'accompagnement, notamment d'appui au projet professionnel, ainsi que des périodes de formation et de travail.

Les mesures d'application des dispositions légales font l'objet d'accords conclus entre les organisations représentatives d'employeurs et de salariés.

Le champ laissé à la négociation des partenaires sociaux est décrit à l'article L.1233-68 du code du travail.

Ainsi, c'est dans le cadre de ce texte qu'ils ont notamment fixé à douze mois la durée du CSP, ce délai commençant à courir dès le lendemain de la rupture du contrat de travail.

Pendant la durée du contrat de sécurisation professionnelle, les bénéficiaires perçoivent une allocation de sécurisation professionnelle correspondant à un pourcentage de leur salaire journalier de référence sensiblement supérieur à celui appliqué pour la détermination de l'ARE.

L'arrêté du Ministre du travail du 6 octobre 2011, relatif à l'agrément de la convention du 19 juillet 2011 relative au contrat de sécurisation professionnelle, prévoit plusieurs cas d'interruption temporaire du versement de l'ASP, détaillés à l'article 17 de son annexe. L'interruption intervient notamment le jour où l'intéressé est pris ou est susceptible d'être pris en charge par la sécurité sociale au titre des prestations en espèces (alinéa b de l'article 17), ce qui correspond aux hypothèses de congés maladie ou maternité.

La circulaire n° 2011-36 du 9 décembre 2011 de l'UNEDIC, qui a accompagné la signature de la convention du 19 juillet 2011 créant les conditions de mise en œuvre du CSP, précise que le versement de l'ASP est repris d'office lorsque la cause d'interruption cesse, sous réserve que la durée du versement de l'ASP ne soit pas expirée (art 2.3.3), autrement dit sous réserve que le CSP ne soit pas arrivé à son terme.

Une nouvelle convention relative au contrat de sécurisation professionnelle a été signée le 26 janvier 2015, et agréée par arrêté du Ministre du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social en date du 16 avril 2015.

Cette convention maintient en son article 17 b) le principe de l'interruption du service de l'ASP en cas de prise en charge de l'intéressé par l'assurance maladie ou maternité. En outre, elle dispose en son article 6 : *« Le contrat de sécurisation professionnelle est conclu pour une durée de douze mois et prend effet dès le lendemain de la fin du contrat de travail. Cette durée est allongée des périodes d'activités professionnelles visées à l'article 12 de la présente convention et intervenues après la fin du sixième mois du contrat de sécurisation professionnelle, dans la limite de trois mois supplémentaires. La durée du contrat de sécurisation professionnelle ne peut excéder quinze mois de date à date »*.

La circulaire de l'UNEDIC n° 2016-09 du 27 janvier 2016, qui a pour objet la mise en œuvre de cette convention, précise que la suspension du versement de l'ASP est d'une durée égale à celle de l'évènement qui en est la cause. Elle ajoute que les cas de suspension ne peuvent proroger le terme du CSP fixé initialement, en se référant à l'article 6 précité.

Ainsi, sans que les partenaires sociaux se soient précisément prononcés sur le sort des droits suspendus durant le congé maternité ou maladie, l'UNEDIC déduit de l'article 6, relatif à la durée du contrat de sécurisation professionnelle, que ces droits peuvent reprendre pour la seule durée restant à courir jusqu'au terme du contrat initialement fixé.

Elle règle ainsi, par voie de circulaire, une question mettant en cause la portée de la protection due à la femme enceinte et à la personne malade, sans que les partenaires sociaux, semble-t-il, l'aient véritablement examinée.

La mise en œuvre de ce dispositif crée des situations de perte de droits en raison de la maladie ou de la maternité, comme cela a été le cas pour chacune des réclamantes.

En raison de leur maternité, intervenue en cours d'exécution du CSP, ces dernières ont perdu définitivement leur droit à l'ASP pour une durée correspondant à celui de leur congé maternité. Le versement de l'ARE à l'issue du CSP ne compense pas cette perte, puisque le montant de cette allocation est sensiblement inférieur à celle versée dans le cadre du CSP (57 % du montant du salaire au lieu de 75 % pour l'ASP).

Qui plus est, en acceptant le contrat de sécurisation professionnelle, les salariées ont renoncé à deux avantages qu'elles avaient acquis par leur travail, et qui ont servi à financer ce contrat :

- les intéressées n'ont pas perçu leur indemnité compensatrice de préavis, l'équivalent du montant de cette indemnité ayant été versé à Pôle emploi par leur employeur pour contribuer au financement de l'ASP ;

- les intéressées ont été privées, également, de la possibilité de demander la portabilité de leurs droits au titre du droit individuel à la formation (DIF), leur employeur ayant versé une somme correspondant aux heures qu'elles avaient acquises pour servir au financement des mesures d'accompagnement offertes dans le cadre du CSP.

Il est ainsi manifeste que dans les hypothèses de la maternité ou de la maladie, l'économie du dispositif est totalement bouleversée au préjudice des assurés connaissant, pendant la durée du contrat, une grossesse ou une maladie entraînant le versement d'indemnités journalières.

2°) La constitution de situations caractérisant une discrimination indirecte à raison de la maternité ou de l'état de santé

Les pertes de droit résultant de la maternité ou de la maladie du bénéficiaire du CSP, sont contraires à l'interdiction des discriminations instituées tant par la Convention européenne des droits de l'homme, que par le droit de l'Union européenne et enfin, par la loi n° 2008- 496 du 27 mai 2008.

S'agissant de la Convention européenne des droits de l'homme, son article 14 prohibe toute discrimination dans le cadre des droits reconnus par la Convention.

Parmi ces droits figure le droit de propriété. L'article 1er du protocole n° 1 de la Convention dispose en effet que « *Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international* ».

Le principe de non-discrimination dans l'attribution des prestations sociales a été dégagé par la Cour européenne des droits de l'homme, en combinant les deux dispositions précitées. Les prestations sociales qui constituent des droits patrimoniaux au sens de l'article 1er du Protocole 1 de la Convention, doivent être allouées sans discrimination au sens de l'article 14 (arrêt Gaygusuz c Autriche du 16 septembre 1996 ; arrêt Carson et autres c. Royaume-Uni du 16 mars 2010).

Si l'article 1^{er} du premier protocole additionnel « ne comporte pas un droit acquis à acquérir des biens », la cour juge que « dès lors (toutefois) qu'un Etat décide de créer un régime de prestation ou de pension, il doit le faire d'une manière compatible avec l'article 14 de la Convention » (CEDH, 12 avril 2006, STEC et autres c/ RU, n° 6572/01 et 65900/01).

L'interdiction visée par l'article 14 précité vise les discriminations directes comme indirectes, lesquelles résultent, selon la CEDH, de « l'effet préjudiciable disproportionné d'une politique ou d'une mesure qui, bien que formulée de manière neutre, a un effet discriminatoire sur un groupe » (D.H. et autres c. République tchèque, n° 57325/00, § 184, 13 novembre 2007 ; Opuz c. Turquie, n° 33401/02, § 183, 9 juin 2009 ; Zarb Adami c. Malte, n° 17209/02, § 80, 20 juin 2006).

Une distinction est discriminatoire au sens de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, si la différence de traitement subie "manque de justification objective et raisonnable", c'est à-dire si elle ne poursuit pas un "but légitime" ou s'il n'y a pas de "rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé".

La CEDH sanctionne, par application de l'article 14 de la Convention, les discriminations fondées sur l'état de santé (arrêt Kyutin c Russie du 10 mars 2011 ; arrêt Novruk et autres c Russie du 16 mars 2016).

La Cour de cassation sur le fondement des textes conventionnels européens, contrôle si les modalités d'octroi d'une prestation sociale sont discriminatoires. Pour écarter l'application d'un texte de droit interne réservant aux femmes l'attribution d'un avantage d'assurance vieillesse, en raison de son caractère discriminatoire, elle a énoncé le principe général suivant lequel : « dès lors qu'un Etat contractant met en place une législation prévoyant le versement automatique d'une prestation sociale, que l'octroi de celle-ci dépende ou non du versement préalable des cotisations, cette législation engendre un intérêt patrimonial relevant du champ d'application de l'article 1er du Protocole additionnel n° 1 » (Civ. 2ème, 21 décembre 2006, pourvoi n°04-30586, publié au bulletin des arrêts de la cour de cassation : n°364 ; Soc. 19 février 2009, pourvoi n°07-20668: publié au bulletin n°53 : majoration de la durée d'assurance pour avoir élevé des enfants, réservée aux femmes).

Le droit de l'Union Européenne s'est lui aussi attaché à combattre les discriminations.

L'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne dispose qu'«est interdite toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, ... ».

Aux termes de l'article 2, paragraphe 2, de la directive 97/80/CE du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe, « une discrimination indirecte existe lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre affecte une proportion nettement plus élevée de personnes d'un sexe, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit approprié(e) et nécessaire et ne puisse être justifié(e) par des facteurs objectifs indépendants du sexe des intéressés.»

Selon la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés Européennes (CJCE), aujourd'hui de l'Union Européenne (CJUE), rendue en matière d'emploi, le fait qu'une situation défavorable soit liée à l'état de grossesse caractérise, de plein droit, une discrimination fondée sur le sexe (arrêt du 8 novembre 1990, C-177/88, Dekker c. Stichting Vormings centrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus, Recueil 1990, p. I-3941 ; arrêt du 14 juillet 1994, C-32/93, Webb c. EMO Air Cargo (UK) Ltd, Recueil 1994, p. I-3567).

De manière générale, une mesure qui a des effets désavantageux sur un public déterminé, constitué majoritairement de femmes, constitue une discrimination en raison du sexe (arrêt de la CJCE du 23 octobre 2003 dans les affaires jointes C-4/02 et V-5/02, Hilde Schönheit c. Stadt Frankfurt am Main et Silvia Becker c. Land Hessen : le fait que des pensions de vieillesse d'employés à temps partiel soient calculées sur la base d'un taux différent de celui appliqué aux employés à temps plein, sans que cette différence de taux fût justifiée par une durée de travail réduite, constitue une discrimination fondée sur le sexe dès lors que les employés à temps partiel, pour une large majorité, sont des femmes).

Enfin, les dispositions du droit interne conduisent également à priver d'effet tout dispositif dont la mise en œuvre conduirait à créer une différence de traitement dans l'attribution de prestations issues de l'assurance chômage, dès lors que cette différence repose sur la circonstance que le bénéficiaire a connu une grossesse ou une maladie, peu important que ces événements aient donné lieu à l'attribution d'indemnités journalières de la sécurité sociale.

L'article 2, 3°, de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 pose un principe général, applicable dans tous les domaines, d'interdiction des discriminations directes ou indirectes « *en raison de la grossesse ou de la maternité, y compris du congé de maternité* »

L'article 1er de cette loi précise que « *Constitue une discrimination indirecte une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs mentionnés au premier alinéa, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés* ».

S'agissant du domaine des relations du travail, les dispositions de l'article L.1132-1 du code du travail prohibent toute mesure discriminatoire, directe ou indirecte, fondée sur l'état de santé, dans le cadre de l'exécution du contrat de travail et notamment en matière de rémunération.

Cette disposition semble avoir vocation à s'appliquer, par extension, au salarié bénéficiaire de l'assurance chômage et qui perçoit, à ce titre, un revenu de substitution.

En toutes hypothèses, la modification apportée à la loi du 27 mai 2008 par la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016, a élargi le champ des discriminations prohibées. En font expressément partie, désormais, les discriminations directes ou indirectes en raison de l'état de santé, en matière de protection sociale et d'avantages sociaux (article 1er, al 1 et 2, article 2, 3°).

Au regard de l'ensemble de ces éléments, le caractère discriminatoire du dispositif du CSP tel qu'il est actuellement conçu à l'égard des bénéficiaires connaissant une grossesse ou une maladie lors de l'exécution du contrat, paraît établi. Il appartient aux organismes en charge de la réglementation et du service de l'assurance chômage, d'une part de modifier les textes à l'origine des discriminations, et d'autre part, eu égard à l'incompatibilité du dispositif actuel avec les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme, du droit de l'Union Européenne et de la loi française, d'en écarter partiellement l'application et de décider que les droits à l'ASP, qui ont été suspendus durant le congé maternité ou maladie indemnisé par la sécurité sociale, sont intégralement reportés à l'issue de ce congé, et le terme du CSP prorogé d'autant.

*

Il apparaît enfin que le dispositif incriminé, indépendamment de son caractère discriminatoire, encourt la critique au regard des exigences posées par la directive 92/85/CEE du 19 octobre 1992 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail.

Une application directe de cette directive par les organismes chargés de la réglementation et du service de l'assurance chômage, permet elle aussi la sauvegarde des droits suspendus le temps de l'indemnisation par l'assurance maternité, et leur report à l'issue de cette indemnisation.

Une directive communautaire peut avoir un effet direct et créer des droits au profit des particuliers (arrêt CJCE du 4 décembre 1974, Van Duyn, affaire 41-74). Les justiciables sont en droit d'en invoquer les dispositions précises et inconditionnelles dès lors que le droit interne n'en a pas – ou mal - assuré la transposition (arrêts CJCE, Ratti, du 5 avril 1979, affaire 148/78 ; du 19 janvier 1982, Becker, 8/81 ; du 17 septembre 1996, Cooperativa Agricola Zootecnica S. Antonio e.a., C-246/94 à C-249/94, ainsi que du 17 juillet 2008, Flughafen Köln/Bonn, C-226/07).

En droit interne, le caractère constitutionnel de l'obligation de transposition des directives a été reconnu en vertu de l'article 88-1 de la Constitution (CC, 10 juin 2004, loi pour la confiance dans l'économie numérique ; CE, ass., 8 février 2007, Société Arcelor Atlantique).

Le Conseil d'État considère que : « *tout justiciable peut (...) se prévaloir, à l'appui d'un recours dirigé contre un acte administratif non réglementaire, des dispositions précises et inconditionnelles d'une directive, lorsque l'État n'a pas pris, dans les délais impartis par celle-ci, les mesures de transposition nécessaires* » (arrêt Madame Perreux du 30 octobre 2009).

En l'occurrence, la directive 92/85/CEE du Conseil du 19 octobre 1992, énonce aux termes de ses « considérations » liminaires que « *les dispositions concernant le congé de maternité seraient (...) sans effet utile si elles n'étaient pas accompagnées du maintien des droits liés au contrat de travail et du maintien d'une rémunération et/ou du bénéfice d'une prestation adéquate* » (considérant 17).

L'article 11 de la directive prévoit en ses points 1 à 3, relatifs aux « *Droits liés au contrat de travail* » de la femme connaissant une maternité, la garantie de ces droits dans les hypothèses d'aménagements de poste rendus nécessaires, de l'interdiction à certaines expositions et d'aménagements du travail de nuit, et la nécessité d'assurer, pendant le congé maternité, le maintien des droits liés au contrat de travail et celui d'une rémunération et/ou le bénéfice d'une prestation adéquate.

Selon la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), l'article 11 de la directive 92/85/CEE, en ses points 1 à 3, satisfait aux critères de précision et d'inconditionnalité permettant aux justiciables de s'en prévaloir, dès lors qu'il met à la charge des États membres, dans des termes non équivoques, une obligation de résultat précise consistant notamment à assurer, pendant le congé de maternité visé à l'article 8, les droits liés au contrat de travail des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes ainsi que le maintien d'une rémunération et/ou le bénéfice d'une prestation adéquate (CJUE, arrêt Gassmayr du 1er juillet 2010, Affaire C-194/08, point 46).

Par suite « *l'article 11, points 1 à 3, de la directive 92/85 a un effet direct et engendre, au profit des particuliers, des droits que ceux-ci peuvent faire valoir à l'encontre d'un État membre qui n'a pas transposé cette directive en droit national ou qui l'a transposée de manière incorrecte, droits que les juridictions nationales sont tenues de sauvegarder* » (point 53).

Les dispositions dont l'effet direct est ainsi reconnu sont opposables non seulement aux États membres, mais également à leurs émanations. « *Figure au nombre des entités qui peuvent se voir opposer les dispositions d'une directive susceptibles d'avoir des effets directs un organisme qui, quelle que soit sa forme juridique, a été chargé en vertu d'un acte de l'autorité publique d'accomplir, sous le contrôle de cette dernière, un service d'intérêt public et qui dispose, à cet effet, de pouvoirs exorbitants par rapport aux règles applicables dans les relations entre particuliers* » (arrêts Foster e.a., C-188/89, Rec. p. I-3313, points 19 et 20, et du 14 septembre 2000, Collino et Chiappero, C-343/98, Rec. p. I-6659, point 23 ; dans le même sens : arrêt du 4 décembre 1997, point 46, C-253/96 à C-258/96, Rec. p. I-6907 ; arrêt du 5 février 2004, Rieser Internationale Transporte, C-157/02).

Tel est le cas, en France, de l'UNEDIC et de Pôle Emploi, organismes chargés respectivement de la réglementation/gestion de l'assurance chômage, et du service de ses prestations comme de l'aide à la recherche d'emploi.

Dès lors que le CSP découle directement de l'existence préalable du contrat de travail, et qu'il a vocation en quelque sorte à s'y substituer dès sa rupture, les droits qui en sont issus constituent « *des droits liés au contrat de travail des travailleuses* » au sens de la Directive. À ce titre d'ailleurs, le bénéficiaire du CSP, en contrepartie des avantages qu'il tire de ce contrat, renonce à certains droits issus de son contrat de travail (indemnité de préavis et portabilité du DIF).

Par suite, sur le fondement de l'article 11 de la directive 92/85/CEE telle qu'interprétée par la cour de justice de l'Union Européenne, les allocataires sont fondées à solliciter le report des droits issus du CSP suspendus durant leur congé maternité, au titre du maintien « *des droits liés au contrat de travail des travailleuses* » prévu par la directive.

Au regard de l'ensemble de ces éléments, il apparaît que le dispositif du contrat de sécurisation professionnelle, tel qu'il est aujourd'hui organisé, conduit à la création de situations de discrimination en raison de la maternité de l'allocataire, ou de sa maladie.

De plus, il ne permet pas d'atteindre l'objectif précis, fixé par le droit de l'Union Européenne, de maintien au profit de la travailleuse en congé maternité, des droits liés au contrat de travail. Par conséquent, le Défenseur des droits :

- recommande à la Ministre du Travail et à l'UNEDIC, d'inviter les partenaires sociaux à prendre des dispositions prévoyant le report des droits issus du contrat de sécurisation professionnelle qui ont été suspendus à raison d'un congé maladie ou maternité,
- recommande à l'UNEDIC, sous l'autorité de la Ministre du Travail, dans l'attente de l'adoption des dispositions conventionnelles préconisées, d'écarter l'application du dernier alinéa du paragraphe 1.10 de la circulaire n° 2016-09 du 27 janvier 2016, de manière à permettre le report des droits suspendus durant le congé maladie ou maternité,
- recommande à l'UNEDIC, sous l'autorité de la Ministre du Travail, de donner instruction à Pôle Emploi de rétablir au profit de Mesdames X, Y et Z, les droits suspendus durant leur congé maternité.

Le Défenseur des droits demande à la Ministre du Travail, et à l'UNEDIC, de rendre compte des suites données à ces recommandations dans un délai de trois mois à compter de la date de notification de la présente décision.

Jacques TOUBON