

Paris, le 27 septembre 2021

Décision du Défenseur des droits n°2021-247

La Défenseure 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 les articles L.1233-65 à L.1233-70 du code du travail ;

Vu l'Accord national interprofessionnel du 8 décembre 2014 relatif 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° 2016-09 du 27 janvier 2016 ;

Saisie par Monsieur X, qui estime avoir subi une atteinte à ses droits d'usager du service public de l'assurance chômage ;

Décide de recommander au Pôle emploi Y de verser à Monsieur X, à compter du mois de juillet 2019, l'indemnité différentielle de reclassement calculée en considération du salaire brut mensuel de l'emploi repris en cours d'exécution du contrat de sécurisation professionnelle, tel que mentionné sur son contrat de travail ;

Décide de recommander à l'UNEDIC d'inviter les partenaires sociaux à prendre de nouvelles dispositions conventionnelles, permettant de clarifier les règles d'attribution et de calcul de l'indemnité différentielle de reclassement ;

Demande au Pôle emploi Y et à l'UNEDIC de rendre compte des suites données aux recommandations ci-dessus, dans un délai de trois mois à compter de la date de notification de la présente décision.

Claire HÉDON

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

Monsieur X a saisi le Défenseur des droits d'une réclamation relative au défaut de versement de l'indemnité différentielle de reclassement, qu'il estime lui être due dans le cadre du contrat de sécurisation professionnelle qu'il a souscrit.

Faits et instruction de la réclamation

Son licenciement pour motif économique étant envisagé, Monsieur X a décidé de souscrire un contrat de sécurisation professionnelle (CSP).

Ce contrat devait lui assurer, pendant un délai de douze mois courant à compter de la rupture de son contrat de travail - le 3 mai 2019 - le bénéfice de mesures d'accompagnement et de formation ainsi que le versement d'une allocation de sécurisation professionnelle (ASP) équivalente à 75% du montant du salaire journalier de référence.

En contrepartie de ces mesures, l'intéressé, ainsi que le prévoit le dispositif du CSP, a renoncé à deux avantages issus de son contrat de travail, ces derniers servant au financement du dispositif :

- l'indemnité compensatrice de préavis, l'équivalent du montant de cette indemnité ayant été versé à Pôle emploi par son employeur pour contribuer au financement de l'ASP ;
- la possibilité de demander la portabilité de son droit individuel à la formation (DIF), son employeur ayant versé une somme correspondant aux heures qu'il avait acquises pour servir au financement des mesures d'accompagnement offertes dans le cadre du CSP.

À compter du 17 juin 2019, Monsieur X a été recruté par contrat à durée déterminée, pour une durée de 6 mois.

Ce contrat prévoyait une durée de travail égale à celle du précédent emploi occupé mais une rémunération moins élevée que l'ancien salaire et que le montant de l'ASP.

Monsieur X s'est engagé dans ce nouveau projet professionnel, comptant sur le versement de l'indemnité différentielle de reclassement (IDR), prévue au profit des bénéficiaires du CSP reprenant un emploi salarié moins rémunéré que celui précédemment occupé, l'ASP n'étant alors plus versée.

Le versement de cette indemnité lui a cependant été refusé à compter du mois de juillet 2019, au motif que le salaire qu'il avait effectivement perçu, du fait de l'exécution d'heures supplémentaires, était supérieur au salaire de référence de l'ASP.

Le 28 octobre 2019, Monsieur X, par l'intermédiaire d'un délégué du Défenseur des droits, a contesté cette décision qu'il jugeait injustifiée au regard des textes applicables.

En réponse, le service régional de médiation de Pôle Emploi Y a maintenu la décision contestée, en faisant état d'une distinction à opérer entre l'éligibilité à l'indemnité différentielle de reclassement et le versement effectif de celle-ci, le salaire à prendre en considération n'étant pas le même.

De nouveaux échanges sont intervenus, à l'issue desquels la médiatrice a fait savoir au délégué du Défenseur des droits que le service réglementaire de l'agence Pôle Emploi Y avait confirmé l'analyse précédemment exposée.

Cette réponse ne paraissant pas satisfaisante au regard des textes applicables, la réclamation de Monsieur X a été transférée au siège du Défenseur des droits.

Par courriel du 16 septembre 2020, il a été demandé à l'agence Pôle Emploi de Y, par l'intermédiaire de son service de médiation, de procéder à un nouvel examen de la situation du réclamant sur le fondement de l'article 13 de la convention du 26 janvier 2015 relative au contrat de sécurisation professionnelle, et des dispositions de la circulaire de l'UNEDIC n° 2016-09 du 27 janvier 2016, textes à la lecture desquels il apparaissait que la rémunération perçue en contrepartie de l'exécution d'heures supplémentaires, ne devait pas être prise en considération pour le versement de l'IDR.

En réponse, la médiatrice régionale a invité les services du Défenseur des droits à se référer aux précédentes réponses apportées au délégué, Monsieur TOURBIN, la position de Pôle Emploi demeurant inchangée.

Par courrier du 22 juin 2021, une note a été adressée au Directeur de Pôle Emploi Y, récapitulant les éléments de fait et de droit en considération desquels la Défenseure des droit pourrait considérer que le défaut de versement de indemnité différentielle de reclassement au profit de Monsieur X portait atteinte à ses droits d'usager du service public de l'assurance chômage.

En réponse, par courrier du 5 juillet 2021, Pôle Emploi a exposé les raisons pour lesquelles il maintenait sa position, estimant ne pas devoir verser l'indemnité litigieuse.

Analyse juridique

Le cadre du CSP est fixé et organisé par les articles L. 1233-65 à L. 1233-70 du code du travail. Ces dispositions sont complétées par celles, conventionnelles, qui ont été adoptées par les partenaires sociaux pour les questions que leur a déléguées le législateur.

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 rapide 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.

Le champ laissé à la négociation des partenaires sociaux, pour la mise en œuvre du CSP, est décrit à l'article L.1233-68 du code du travail :

« Un accord conclu et agréé dans les conditions prévues à la section 5 du chapitre II du titre II du livre IV de la cinquième partie définit les modalités de mise en œuvre du contrat de sécurisation professionnelle, notamment :

1° Les conditions d'ancienneté pour en bénéficier ;

2° Les formalités afférentes à l'adhésion au contrat de sécurisation professionnelle et les délais de réponse du salarié à la proposition de l'employeur ;

3° La durée du contrat de sécurisation professionnelle et les modalités de son éventuelle adaptation aux spécificités des entreprises et aux situations des salariés intéressés, notamment par la voie de périodes de travail effectuées pour le compte de tout employeur, à l'exception des particuliers, dans le cadre des contrats de travail à durée déterminée prévus à

l'article L. 1242-3, renouvelables une fois par dérogation à l'article L. 1243-13, et des contrats de travail temporaire prévus à l'article L. 1251-7 ;

4° Le contenu des mesures mentionnées à l'article L. 1233-65 ainsi que les modalités selon lesquelles elles sont financées, notamment au titre du compte personnel de formation, et mises en œuvre par l'un des organismes assurant le service public de l'emploi, y concourant ou y participant mentionnés aux articles L. 5311-2 à L. 5311-4 ;

5° Les dispositions permettant d'assurer la continuité des formations engagées durant le contrat de sécurisation professionnelle ;

6° Les modalités de reprise éventuelle du contrat de sécurisation professionnelle après son interruption du fait d'une reprise d'emploi ;

7° Les obligations du bénéficiaire du contrat de sécurisation professionnelle et les conditions dans lesquelles le contrat peut être rompu, en cas de manquement à ces obligations, à l'initiative des organismes chargés de la mise en œuvre des mesures mentionnées au 4° ;

8° Le montant de l'allocation et, le cas échéant, des incitations financières au reclassement servies au bénéficiaire par l'institution mentionnée à l'article L. 5312-1 pour le compte de l'organisme chargé de la gestion du régime d'assurance chômage mentionné à l'article L. 5427-1, ainsi que les conditions de suspension, d'interruption anticipée et de cumul de cette allocation avec d'autres revenus de remplacement ;

9° Les conditions dans lesquelles les règles de l'assurance chômage s'appliquent aux bénéficiaires du contrat de sécurisation professionnelle, en particulier les conditions d'imputation de la durée d'exécution du contrat sur la durée de versement de l'allocation d'assurance mentionnée à l'article L. 5422-1 ;

10° Les conditions dans lesquelles participent au financement des mesures prévues au 4° :

a) L'organisme chargé de la gestion du régime d'assurance chômage mentionné à l'article L. 5427-1 ;

b) Les employeurs, par un versement représentatif de l'indemnité compensatrice de préavis dans la limite de trois mois de salaire majoré de l'ensemble des cotisations et contributions obligatoires afférentes.

À défaut d'accord ou d'agrément de cet accord, les modalités de mise en œuvre et de financement du contrat de sécurisation professionnelle sont déterminées par décret en Conseil d'Etat ».

Les partenaires sociaux, dans ce cadre, ont signé une convention le 26 janvier 2015, approuvée le 16 avril 2015 par arrêté du ministre du Travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social.

Cette convention dispose, en son article 13 :

« Lorsque, avant le terme du contrat de sécurisation professionnelle, le bénéficiaire reprend un emploi salarié dont la rémunération est, pour un nombre identique d'heures hebdomadaire de travail, inférieure à la rémunération de son emploi précédent, il perçoit une indemnité différentielle de reclassement.

« Le montant mensuel de l'indemnité différentielle de reclassement est égal à la différence entre 30 fois le salaire journalier de référence servant au calcul de l'allocation de sécurisation professionnelle et le salaire brut mensuel de l'emploi repris.

« Cette indemnité dont l'objet est de compenser la baisse de rémunération, est versée mensuellement, à terme échu, pour une durée qui ne peut excéder 12 mois et dans la limite d'un montant total plafonné à 50 % des droits résiduels à l'allocation de sécurisation professionnelle. »

La circulaire de l'UNEDIC n° 2016-09 du 27 janvier 2016 indique, en son point 1.5.1 relative aux conditions d'attribution de l'IDR que « le salaire mensuel brut (hors prime exceptionnelle, etc.) de l'emploi repris et qui correspond donc au salaire d'embauche mentionné au contrat de travail, doit être inférieur au salaire journalier servant de base à l'ASP multiplié par 30, à horaires de travail équivalents ».

Cette même circulaire, en son point 1.5.3 relatif au montant de l'IDR, prévoit que « *Le montant mensuel de l'IDR est égal à la différence entre 30 fois le salaire journalier de référence servant au calcul de l'ASP et le salaire brut mensuel de l'emploi repris.* ».

En l'état des textes applicables, il apparaît que le salaire qui doit être pris en considération, d'une part pour apprécier l'éligibilité à l'IDR et, d'autre part, pour la détermination de son montant, est le même : il s'agit du « *salaire mensuel brut* », lequel s'entend du salaire de base mentionné sur le contrat de travail, hors éléments annexes et exceptionnels de rémunération, telles les heures supplémentaires.

Si, comme l'affirme l'agence Pôle Emploi de Y, le salaire à prendre en considération pour le calcul de l'indemnité - salaire que l'UNEDIC prend la peine de définir - était différent de celui retenu pour apprécier l'éligibilité à cette aide, il incombait à la circulaire de le préciser.

Il convient en outre de souligner que le législateur, aux termes de l'article L. 1233-68, 8°, du code du travail, a souhaité que des incitations financières au reclassement participent au dispositif du CSP, incitations dont il a confié aux partenaires sociaux le soin de définir les modalités et le montant.

L'indemnité différentielle de reclassement, à l'instar de la prime de reclassement versée au bénéficiaire reprenant un emploi salarié pour une durée de 6 mois ou plus, avec sortie du dispositif du CSP, constitue l'une de ces incitations prévues par la loi.

Ce caractère incitatif attaché à l'IDR, est confirmé par l'article 17 de l'Accord national interprofessionnel du 8 décembre 2014 relatif au contrat de sécurisation professionnelle, selon lequel le comité de pilotage prévu par l'accord (chargé de sa mise en œuvre, de son suivi et de son évaluation) devra « *évaluer l'effet incitatif au retour à un emploi durable de l'indemnité différentielle de reclassement, ainsi que son coût* ».

Conformément à sa vocation d'incitation au reclassement, l'IDR doit être maintenue si le salaire mensuel brut du nouvel emploi, à horaire égal, est inférieur à celui, servant au calcul de IDR, de l'emploi précédemment occupé, quand bien même l'allocataire, du fait de l'exécution d'heures supplémentaires dans le cadre de son reclassement, perçoit de fait une rémunération supérieure.

C'est en ce sens, en l'état des textes applicables, que les modalités d'attribution et de calcul de l'IDR, sur délégation du législateur, ont été fixées par les partenaires sociaux. Ces derniers se réfèrent, exclusivement, à la rémunération qui, « *pour un nombre identique d'heures hebdomadaire de travail, [est] inférieure à la rémunération de son [l'] emploi précédent* ».

Aucune disposition, semble-t-il, ne permet à Pôle Emploi de s'y soustraire, en opérant une distinction que ni la loi, ni les partenaires sociaux, n'ont prévu.

Au regard de ces éléments, la Défenseure des droits considère qu'aucun texte ne permet de justifier que M. X ait été privé de l'indemnité différentielle de reclassement.

Afin de prévenir les litiges de cet ordre, elle estime nécessaire que l'UNEDIC, dans le cadre de sa mission d'expertise et de conseil auprès des partenaires sociaux chargés de la réglementation de l'assurance chômage, invite ces derniers à clarifier leur réglementation relativement aux modalités d'octroi et de calcul de l'IDR.

En considération de ces éléments, la Défenseure des droits :

- Recommande au Pôle emploi Y de verser à Monsieur X, à compter du mois de juillet 2019, l'indemnité différentielle de reclassement calculée en considération du salaire brut mensuel de l'emploi repris en cours d'exécution du contrat de sécurisation professionnelle, tel que mentionné sur son contrat de travail ;
- Recommande à l'UNEDIC d'inviter les partenaires sociaux à prendre de nouvelles dispositions conventionnelles, permettant de clarifier les règles d'attribution et de calcul de l'indemnité différentielle de reclassement ;
- Demande à Pôle emploi et à l'UNEDIC de rendre compte des suites données aux recommandations ci-dessus, dans un délai de trois mois à compter de la date de notification de la présente décision.

Claire HÉDON