

Paris, le 12 janvier 2023

Décision du Défenseur des droits n°2022-226

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 1240 et 1241 du code civil ;

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 l'avenant n° 5 à cette convention du 28 juin 2021, agréé par arrêté du 24 septembre 2021 ;

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

Vu la circulaire de l'UNEDIC n° 2022-04 du 28 février 2022 ;

Vu la décision du Défenseur des droits n° 2021-247 du 27 septembre 2021 ;

Saisie par Monsieur X, qui estime que le défaut de versement de l'indemnité différentielle de reclassement porte atteinte à ses droits d'usager du service public de l'assurance chômage ;

Prend acte de la communication aux conseillers techniques et membres du bureau de l'UNEDIC de sa recommandation, formulée dans sa décision n° 2021-247, visant à 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 l'UNEDIC de la tenir informée des suites réservées à cette recommandation ;

Prend acte de l'intégration par l'UNEDIC, dans sa circulaire n° 2022-04 du 28 février 2022 *relative à la prorogation de la convention du 26 janvier 2015 relative au contrat de sécurisation professionnelle (CSP), modifiée par l'avenant n° 5 du 28 juin 2021*, de dispositions précisant la nature du salaire pris en compte pour le calcul de l'indemnité différentielle de reclassement ;

Recommande à la direction régionale de Pôle emploi Y de verser à Monsieur X, en réparation du préjudice résultant du défaut d'information subi, des dommages et intérêts à hauteur de l'indemnité différentielle de reclassement dont il a été privé à compter du mois de juillet 2019 ;

Demande à la direction régionale de 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 estimait 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 s'est vu proposer la souscription d'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 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.

Monsieur X a assisté à une réunion d'information relative au CSP, organisée par Pôle emploi, au cours de laquelle une plaquette d'information lui a été remise (p.j.).

Ce document indiquait, sous le titre « *REPRISE D'EMPLOI* » :

« Lors de votre entretien d'information, votre conseiller Pôle emploi vous renseignera sur la possibilité de reprise d'activité, l'intégration de ces périodes d'activité dans le projet de reclassement et les aides y afférent.

« Indemnité différentielle de reclassement :

*« Pendant le CSP, en cas de reprise d'un emploi salarié ayant donné lieu à interruption du versement de l'allocation, les bénéficiaires peuvent demander à percevoir une indemnité différentielle de reclassement, **sous réserve que la rémunération de l'emploi repris soit, pour un nombre d'heures identique, inférieur à la rémunération de l'emploi précédent.***

« Cette indemnité différentielle

- *compense la baisse de rémunération*
- *est versée tous les mois, à terme échu, pour une durée maximale de 12 mois,*
- *est limitée à 50% des droits restants de l'intéressé(e) à l'ASP ;*

« Exemple :

Salaire brut mensuel de l'emploi précédent : 2000 euros

Salaire brut mensuel du nouvel emploi repris : 1500 euros

Baisse de rémunération : 500 euros (25%)

Droits restants à l'ASP : 3 mois à 1500 euros, soit un total de 4500 euros

Plafond de paiement de l'IDR : 50% de 4500 euros, soit 2250 euros

Le bénéficiaire pourra percevoir l'IDR d'un montant de 500 euros par mois pendant 4 mois et 15 jours. »

Monsieur X a rencontré un conseiller Pôle emploi dans le cadre d'un entretien individuel d'information, durant lequel la question de l'indemnité différentielle de reclassement (IDR), en cas de reprise d'emploi, n'a pas été évoquée.

C'est dans ces conditions que Monsieur X a souscrit un CSP, qui a pris effet le 3 mai 2019.

À compter du 17 juin 2019, il 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 donc engagé dans ce nouveau projet professionnel, comptant sur le versement de l'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 a cependant été suspendu au 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 du 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 la direction 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. À la lecture de ces textes, 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 du Défenseur des droits, 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 droits était susceptible de considérer que le défaut de versement de l'indemnité différentielle de reclassement au profit de Monsieur X, portait atteinte à ses droits d'utilisateur 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.

Ces explications n'ont pas permis de modifier l'analyse des textes applicables, lesquels ne prévoient pas la distinction opérée par Pôle emploi, fondant le refus de versement de l'IDR.

Par conséquent, la Défenseure des droits a recommandé - décision n°2021-247 du 27 septembre 2021 :

- à 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 ;

- 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.

Par courrier du 6 décembre 2021, l'UNEDIC a fait savoir, s'agissant de la première recommandation, qu'il n'y avait pas lieu de la suivre dès lors, notamment, que l'IDR n'avait pas pour objectif de procurer une rémunération supérieure au montant de l'ASP, ou au salaire précédemment perçu.

S'agissant de la seconde recommandation, l'UNEDIC a indiqué qu'elle serait portée à la connaissance de ses conseillers techniques et des membres de son bureau, afin qu'il soit proposé aux partenaires sociaux de préciser les règles d'éligibilité et de calcul de l'IDR. Elle a précisé que d'ores et déjà, la circulaire UNEDIC portant sur la mise en œuvre de la convention du 26 janvier 2015 relative au CSP, en cours d'actualisation et prochainement diffusée sur son site internet, intégrerait des précisions sur les règles d'attribution et de calcul de l'IDR.

La circulaire UNEDIC n° 2022-04 du 28 février 2022 *relative à la prorogation de la convention du 26 janvier 2015 relative au contrat de sécurisation professionnelle (CSP), modifiée par l'avenant n° 5 du 28 juin 2021*, a effectivement introduit des dispositions précisant la nature du salaire pris en compte pour le calcul de l'indemnité différentielle de reclassement.

Au regard de ces éléments de réponse, une nouvelle analyse du dossier a conduit à considérer que Monsieur X avait perdu le bénéfice de l'IDR contre sa volonté, faute d'avoir reçu une information fiable et exhaustive sur les conditions de son versement.

Par conséquent la Défenseure des droits, par courrier du 5 juillet 2022 adressé au Pôle emploi Y, a fait valoir que le préjudice subi par l'intéressé en raison du caractère incomplet et imprécis de l'information reçue, consistant en la perte du bénéfice de l'IDR, semblait devoir être réparé.

Ce courrier, dont une copie a été adressé à l'UNEDIC, est resté sans réponse.

Analyse juridique

Ainsi qu'il a été analysé dans la décision n° 2021-247, les textes relatifs au CSP et plus particulièrement, à l'IDR, ne contiennent pas de dispositions opérant une distinction, quant au salaire à prendre en compte, selon que l'on apprécie l'éligibilité à l'IDR ou que l'on

procède à son calcul. Ils ne laissent en aucune manière penser que le salaire pris en considération pour déterminer l'étendue du droit, est différent de celui pris en référence pour apprécier l'ouverture du droit.

La convention du 26 janvier 2015 relative au CSP, approuvée le 16 avril 2015 par arrêté du ministre du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social, prévoit, 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. ».

À la lecture de ces textes, 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, semble être 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.

Pôle emploi et l'UNEDIC réfutent une telle lecture des textes, cette dernière faisant valoir, en réponse à la décision n° 2021-247, que la circulaire n° 2016-09 précitée précise, dans son titre relatif aux conditions d'attribution de l'IDR, que « *la condition relative à l'équivalence des horaires de travail ne doit être vérifiée que pour apprécier si la condition liée à la baisse de rémunération est satisfaite* ».

Elle ajoute que « *l'IDR a pour objet de « compenser la baisse de rémunération » due à la reprise d'un emploi moins rémunéré que l'emploi précédant le CSP, afin d'inciter à la reprise d'emploi en permettant à l'intéressé de bénéficier d'un revenu global (salaire et IDR) équivalent au salaire perçu antérieurement à la situation de chômage* ».

Enfin, l'UNEDIC précise que l'IDR « *n'a pas vocation à procurer une rémunération supérieure au montant de l'ASP ou au salaire précédemment perçu* ».

Au regard de l'objet de l'assurance chômage ainsi rappelé, il n'y a pas lieu de contester les modalités d'application des textes relatifs à l'IDR défendues par Pôle emploi et par l'UNEDIC.

Il apparaît toutefois, comme le révèle l'instruction de la réclamation de Monsieur X, que l'absence d'information de l'usager quant à ces modalités, est susceptible de justifier un engagement de la responsabilité de Pôle emploi.

L'article R. 112-2 du code de la sécurité sociale institue une obligation générale d'information à la charge des organismes de sécurité sociale : « 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 ».

En matière d'assurance chômage, l'obligation d'information pesant sur Pôle emploi résulte plus particulièrement de l'article R. 5411-4 du code du travail selon lequel, « lors de son inscription, le travailleur recherchant un emploi est informé de ses droits et obligations ».

Il en résulte, selon le Conseil d'État, « que dans le cadre de sa mission de service du revenu de remplacement, outre qu'il est tenu de répondre aux demandes d'information dont il est saisi, Pôle emploi doit, d'une part, à tout moment et notamment en cas de création ou de modification substantielle des conditions d'octroi d'une allocation, diffuser une information générale à l'attention des personnes à la recherche d'un emploi sur les allocations dont il assure le service à ce titre et, d'autre part, lorsqu'une personne s'inscrit en qualité de demandeur d'emploi ou parvient à la fin de ses droits à l'allocation d'assurance, l'informer personnellement de celles de ces allocations auxquelles elle est susceptible d'avoir droit » (CE, 18 mars 2019, n° 414814, Mentionné aux tables du recueil Lebon).

Cette jurisprudence vient confirmer et compléter la solution, plus ancienne, instituée par la Cour de cassation à l'égard des Assédic (Chambre sociale, 8 février 2012, n° de pourvoi : 10-30.892, publié au bulletin des arrêts de la Cour de cassation).

Dans l'affaire ayant donné lieu à cet arrêt, un demandeur d'emploi ayant perçu de l'Assédic l'allocation de solidarité spécifique, avait appris de manière fortuite qu'il aurait pu bénéficier de l'allocation équivalent retraite, d'un montant supérieur. Estimant avoir été insuffisamment informé de ses droits à cette dernière allocation, il avait mis en cause la responsabilité de l'Assédic. Pôle emploi, successeur de l'Assédic intervenant aux droits de cet organisme, avait fait valoir que les demandeurs d'emploi avaient bien été avertis par une mention figurant en rouge et entourée d'un logo d'alerte sur le formulaire de demande d'allocation de solidarité spécifique, qu'ils pouvaient prétendre dans certains cas à l'allocation équivalent retraite. La Cour de cassation a cependant approuvé les juges du fond d'avoir condamné Pôle emploi au paiement de dommages et intérêts, représentant le montant de l'allocation perdue, au motif suivant :

« Mais attendu que la cour d'appel a relevé qu'alors qu'elle était, dans cette situation, susceptible de servir deux types d'allocations, l'ASSEDIC n'avait clairement donné que l'information relative à l'ASS ; qu'elle a ainsi caractérisé le manquement de l'ASSEDIC à l'obligation qu'ont les organismes d'assurance chômage d'assurer l'information **complète** des demandeurs d'emploi ».

Cette « information complète » implique donc, indépendamment de l'existence ou non, d'une demande de renseignement spécifique formulée par le demandeur d'emploi, que celui-ci soit informé des prestations auxquelles il est éligible, de leurs conditions d'octroi et le cas échéant, de leurs modalités de calcul.

L'information à laquelle sont tenus les organismes de sécurité sociale peut être valablement délivrée par la remise d'un document écrit, dès lors que les éléments y figurant sont précis, et exhaustifs.

Ainsi, manque à son devoir d'information, la caisse de retraite qui transmet une plaquette avec des informations imprécises, de nature à induire les assurés en erreur sur leurs droits. Ce manquement justifie, à la charge de la caisse, la réparation du préjudice en résultant pour l'assuré (Cour de cassation, chambre civile 2ème, 30 novembre 2004, pourvoi n° 03-30.351).

Le manquement d'un organisme de sécurité sociale à son obligation d'information, constitue en effet une faute de nature à engager sa responsabilité extra-délictuelle en application des articles 1240 et suivant du code civil, et sur ce fondement, la réparation du préjudice en ayant résulté (jurisprudence précitée, Civ. 2ème, 16 oct. 2008, pourvoi n° 07-18.493, Bull. civ. II, n° 212 ; Civ., 2ème, 4 novembre 2010, pourvoi n°09-17.149).

Cette réparation peut consister en l'octroi de dommages et intérêts, évalués à la hauteur de la prestation à laquelle l'assuré n'a pu accéder, faute d'avoir bénéficié d'une information adaptée (Cour de Cassation, Chambre sociale, du 4 mars 1999, pourvoi n°96-14.752). Ainsi, dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour de cassation précité (8 février 2012), Pôle Emploi a été condamné à payer à l'allocataire des dommages-intérêts du montant de l'allocation équivalent retraite dont il avait été privé.

En l'espèce, il apparaît qu'au-delà du silence des textes quant à la référence à un salaire distinct selon qu'est apprécié le droit à l'IDR, ou son montant, aucune information n'a été délivrée à l'utilisateur, lui permettant d'avoir connaissance de cette subtilité.

Le conseiller Pôle emploi, lors de l'entretien individuel dont a bénéficié Monsieur X, s'est abstenu de lui apporter cette précision sur l'IDR.

S'agissant de la plaquette d'information remise par Pôle emploi, il convient de constater, non seulement qu'elle ne comporte aucune information sur ce point essentiel, mais également qu'elle tend à induire l'utilisateur en erreur, faisant apparaître pour acquis le droit au versement de l'IDR, dès lors que le salaire de l'emploi repris est inférieur au précédent, à horaires équivalents : « *Pendant le CSP, en cas de reprise d'un emploi salarié ayant donné lieu à interruption du versement de l'allocation, les bénéficiaires peuvent demander à percevoir une indemnité différentielle de reclassement, sous réserve que la rémunération de l'emploi repris soit, pour un nombre d'heures identique, inférieur à la rémunération de l'emploi précédent* ».

Il convient également de relever que le site *servicepublic.fr*, interrogé par Monsieur X sur la question en litige, au début du mois d'avril 2020, a apporté une réponse se bornant à reprendre la notion de « *salaire brut mensuel de l'emploi repris* », et à préciser que la mention « *hors prime exceptionnelle etc..* » inclut les primes de fin de contrat ou de mission et les heures supplémentaires, sans information sur l'application d'une règle distincte s'agissant de calculer l'IDR.

Il ressort de ces éléments que Monsieur X a reçu une information incomplète et imprécise sur les conditions d'octroi d'une prestation qui lui était due en exécution du CSP, étant rappelé qu'en souscrivant à ce contrat, il a renoncé à des droits issus de son contrat de travail - le paiement d'une indemnité de préavis, et le droit individuel à la formation.

Monsieur X n'a pas été en situation de faire un choix éclairé quant à sa reprise d'emploi - intervenue moins d'un mois après l'entrée en vigueur du CSP - et quant à la réponse à apporter à la demande d'exécution d'heures supplémentaires formulée par son nouvel employeur.

En acceptant d'accomplir ces heures supplémentaires, il a renoncé, sans le vouloir, à une prestation qui lui était acquise en vertu du CSP.

Monsieur X, en raison du caractère incomplet et imprécis de l'information reçue sur les conditions de versement de l'IDR, a subi un préjudice consistant en la perte du bénéfice de cette prestation.

Il apparaît, dès lors que Monsieur X a été privé de son droit au bénéfice d'une information fiable et exhaustive, que ce préjudice doit être réparé, d'IDR perdues.

En considération de ces éléments, la Défenseure des droits :

- Prend acte de la communication aux conseillers techniques et membres du bureau de l'UNEDIC, de sa recommandation visant à 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, et demande à l'UNEDIC de la tenir informée des suites réservées à cette recommandation ;

- Prend acte de l'intégration par l'UNEDIC, dans sa circulaire n° 2022-04 du 28 février 2022 relative à la prorogation de la convention du 26 janvier 2015 relative au contrat de sécurisation professionnelle (CSP), modifiée par l'avenant n° 5 du 28 juin 2021, de dispositions précisant la nature du salaire pris en compte pour le calcul de l'indemnité différentielle de reclassement ;

- Recommande à la direction régionale de Pôle emploi Y de verser à Monsieur X, en réparation du préjudice résultant du défaut d'information qu'il a subi, des dommages et intérêts à hauteur du montant global des échéances d'indemnité différentielle de reclassement dont il a été privé, à compter du mois de juillet 2019 ;

- Demande à 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