

11. ATF 146 V 210-216 (11.2.2020/a; 8C_435/2019) – Art. 8 al. 2 et 3 Cst.; 8 al. 1 lit. f et 15 LACI; 3 al. 1 et 2 LEg. Examen de l’aptitude au placement d’une femme enceinte à la recherche d’un emploi de durée déterminée.

A, née en 1986, employée saisonnière dans l’hôtellerie restauration, enceinte, s’est annoncée à l’ORP en vue d’un placement à la fin de son contrat. Lors du premier entretien de conseil, elle fut dispensée d’effectuer des recherches d’emploi jusqu’à la date prévue pour la naissance, en considération de la proximité du terme de la grossesse,

mais restait dans l'obligation d'accepter des assignations ou de participer à des mesures du marché du travail.

Par décision du 7 novembre 2018, le Service de l'industrie, du commerce et du travail du canton du Valais a nié son aptitude au placement en raison de la faiblesse des chances de succès de la prise d'un emploi du fait de la proximité du terme de la grossesse.

Saisi après rejet de l'opposition, le Tribunal cantonal du Valais a donné droit à l'assurée et lui a accordé un droit aux indemnités journalières de chômage. Le Service de l'industrie, du commerce et du travail du canton du Valais a formé un recours en matière de droit public contre ce jugement.

(c. 1 et 2) Le Tribunal fédéral déclare le recours recevable. Se pose donc la question de savoir si l'autorité inférieure a violé le droit fédéral en reconnaissant une aptitude au placement de l'assurée et en lui accordant un droit à des indemnités journalières.

(c. 3.1) L'aptitude au placement, définie à l'article 15 de la *loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité* (LACI, RS 837.0) est une des conditions exigées pour avoir droit aux indemnités de chômage (art. 8 al. 1 lit. f LACI). Pour cela, la personne au chômage doit être disposée, en mesure et en droit d'accepter un travail convenable et de participer à des mesures d'intégration. Au sens objectif, il s'agit d'avoir la capacité de travailler (c'est-à-dire d'exercer une activité lucrative salariée). Au sens subjectif, cela signifie qu'elle doit être disposée à accepter un travail convenable en fonction des circonstances personnelles, ce qui suppose à la fois la volonté et la disponibilité. Selon la jurisprudence (ATF 126 V 520, c. 3a), l'aptitude au placement peut être niée si, du fait de dispositions prises par la personne assurée, la période de disponibilité est réduite au point de diminuer considérablement les chances de trouver un emploi. Le facteur décisif est le degré de probabilité qu'un employeur embauche la personne pendant la période concernée et non pas la volonté de travailler, les efforts fournis par la personne assurée ou même le fait qu'il ou elle trouve effectivement un emploi pendant ladite période.

(c. 3.2/4) L'aptitude au placement est une question de droit qui s'apprécie de manière prospective, c'est-à-dire au regard des circonstances réelles jusqu'au prononcé de la décision. En tant que condition, cette notion exclut toute gradation – elle ne peut être fractionnée. Ainsi la personne assurée est soit apte, c'est-à-dire en mesure d'accepter un emploi convenable, soit inapte au placement. De plus, l'article 3 al. 1 et 2 de la *loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes* (LEg, RS 151.1) prohibe les discriminations directes ou

indirectes à raison du sexe dans les rapports de travail, ce qui inclut, s'agissant des femmes, la grossesse.

(c. 4.1/2) L'instance inférieure a estimé que l'assurée a fourni la preuve de recherches d'emploi suffisantes malgré la dispense qui lui a été octroyée pendant une partie de cette période. Contre cette décision, le recourant allègue d'une part une constatation arbitraire des efforts de recherche d'emploi par l'assurée en présence d'une aptitude au placement douteuse. Il reproche d'autre part au tribunal de n'avoir pas examiné si la période de disponibilité considérée n'était pas réduite au point de ne pouvoir admettre avec un degré suffisant la probabilité d'une embauche. Ces arguments ne peuvent toutefois être retenus, car la justification des faibles perspectives d'embauche repose bien sur des considérations factuelles objectives, telles que la basse saison, la fermeture des entreprises et l'absence de demande de personnel.

(c. 5.1) Selon le Tribunal fédéral, la relation de travail n'étant pas interrompue pendant la durée du congé maternité, la période à prendre en considération pour juger des chances de trouver un emploi ne doit pas être limitée à la date de la naissance. En effet, d'une part la relation de travail se poursuit pendant le congé maternité et d'autre part rien n'indique une volonté de l'assurée de se retirer du marché du travail après la naissance. C'est donc à juste titre que le tribunal cantonal a retenu l'aptitude au placement en présence de postulations suffisantes à des emplois de durée indéterminée.

(c. 5.2) Contrairement à l'avis du recourant, la date de la naissance, ainsi d'ailleurs que la grossesse et l'accouchement, ne peuvent être assimilées à des dispositions que l'assurée aurait prises au sens de la jurisprudence précédemment citée. Elle fait partie du droit fondamental de fonder une famille, protégé par les articles 13 et 14 Cst. et par l'article 8 al. 1 CEDH. Il n'est donc pas acceptable de retenir que les chances de trouver un emploi étaient faibles du fait de la proximité du terme de la grossesse. La discrimination à l'embauche en raison de la grossesse étant prohibée par l'article 3 LEg, et contraire à l'article 8 al. 2 et 3 Cst., appliquer un tel raisonnement revient à imputer une attitude discriminatoire à d'éventuels employeurs. Il n'est pas admissible pour l'autorité d'utiliser un tel comportement illicite pour motiver une décision de refus de l'ouverture d'un droit au profit de l'assurée.

(c. 5.3) Enfin, c'est à bon droit que le tribunal a constaté que l'assurée avait fait preuve d'efforts personnels de travail suffisants, également en dehors de l'industrie hôtelière et ce alors qu'elle était dispensée de le faire. Pour admettre une inaptitude au placement à raison de recherches d'emploi insuffisantes, il faut justifier de circonstances tout à fait particulières. En présence d'efforts de la personne assurée, l'autorité

doit prouver l'absence d'intention chez celle-ci de reprendre un emploi malgré les apparences, ce qui n'était pas le cas en l'espèce compte tenu des efforts fournis.

(c. 5.4) En résumé, le Tribunal cantonal du Valais n'a pas fait preuve d'arbitraire et n'a pas violé le droit fédéral en retenant l'aptitude au placement de l'assurée et en lui accordant un droit à des indemnités journalières de chômage pour la période considérée.

(S.M.S.)

Note. A. *La notion d'aptitude au placement.* L'aptitude au placement est l'une des sept conditions de l'ouverture des droits des assurés à des indemnités de chômage. En effet, l'assurance-chômage vise à la fois à garantir une compensation appropriée de la perte de revenus et à favoriser une réintégration rapide et durable des assurés dans le marché du travail (art. 114 Cst., 1a LACI et *Bulletin LACI MMT*, ch. A1). Dans ce cadre, seules les personnes aptes à être placées dans le marché de l'emploi ont droit à des prestations financières (art. 8 et 15 LACI). L'arrêt commenté rappelle la jurisprudence du Tribunal fédéral énonçant la double nature, à la fois objective et subjective, de l'aptitude au placement, à laquelle participe la disponibilité de la personne. Cette disponibilité s'analyse quant au temps que la personne peut consacrer à un emploi, cela concerne notamment les dispositions qu'elle peut avoir prises à terme, par exemple en cas de séjour à l'étranger ou de formation; et quant au nombre d'employeurs potentiels, en raison du profil de la personne, de la situation conjoncturelle ou de démarches limitées à un domaine d'activité dans lequel il ou elle n'a, concrètement, qu'une très faible chance de trouver un emploi (ATF 120 V 392, c. 1). Dans la pratique, la personne qui est disponible à accepter un emploi convenable pour une durée inférieure à trois mois n'est pas apte à être placée (*Bulletin LACI IC*, ch. B227). Il en est ainsi, comme en l'espèce, des assurées qui s'inscrivent au chômage moins de trois mois avant la date du terme de leur grossesse, ou de celles qui entameraient une grossesse pendant une période de chômage lorsqu'elles approchent du terme.

B. *La femme enceinte en situation de chômage.* Les cas dans lesquels les femmes enceintes se trouvent en situation de chômage sont en principe rares. Après le temps d'essai, les femmes enceintes sont en effet protégées contre le licenciement pendant toute la durée de leur grossesse et pendant les seize semaines qui suivent l'accouchement (art. 336c al. 1 lit. c CO). Néanmoins, il n'est pas impossible par exemple qu'une femme enceinte soit licenciée pendant le temps d'essai, qu'un employeur insolvable ayant dans ses effectifs une femme enceinte soit déclaré en faillite, ou qu'une grossesse débute pendant une période de chômage. En ce sens, l'arrêt du Tribunal fédéral clarifie opportunément le conflit de droits auquel font face les autorités en précisant deux points que nous détaillerons ci-après, à savoir: refuser l'aptitude au placement à une femme enceinte en raison de sa grossesse est une discrimination à raison du sexe (1), et les critères permettant de juger de

l'aptitude au placement des femmes enceintes doivent en conséquence être adaptés (2).

1. Refuser l'aptitude au placement à une femme enceinte en raison de sa grossesse est une discrimination à raison du sexe. Considérer la grossesse en tant que telle comme motif du refus de l'aptitude au placement est une discrimination à raison du sexe. Formulée ainsi, cette affirmation paraît presque simpliste par son évidence, pourtant à l'image de toutes les discriminations indirectes, sa mise en œuvre dans des cas concrets peut être parfois plus compliquée. Ainsi il ne fait aucun doute que la grossesse, en dehors de circonstances particulières imposant un congé maladie ou une réduction du temps d'occupation, n'engendre pas d'incapacité de travail aux yeux de l'assurance-chômage. Mais en matière d'aptitude au placement est «déterminante, la possibilité de mise en œuvre des compétences dans le cadre d'un rapport de travail, soit la faculté de faire valoir concrètement (et non potentiellement) une force de travail sur le marché du travail» (Boris RUBIN, *Assurance-chômage, Droit fédéral. Survol des mesures cantonales. Procédure*, Zurich, 2006, p. 207). En l'espèce, la discrimination ne résulte donc pas d'un traitement mettant les femmes en situation d'inégalité du fait biologique de la maternité, mais plutôt de la prise en compte de l'accueil de cette circonstance par le marché du travail. Le Tribunal fédéral précise ainsi: se baser sur la faiblesse des chances de trouver un emploi, du fait du comportement des employeurs en raison d'une grossesse, pour nier l'aptitude au placement, revient à cautionner un comportement discriminatoire, et donc à le reproduire. On donc est bien en présence d'une discrimination indirecte à raison du sexe prohibée par l'article 3 LEg.

2. Les critères permettant de juger de l'aptitude au placement des femmes enceintes doivent en conséquence être adaptés. Le facteur décisif pour établir l'aptitude au placement d'une femme enceinte doit être inversé par rapport à une autre personne. Doivent prévaloir l'aptitude à travailler de la personne, c'est-à-dire l'absence d'incapacité médicale, et les efforts qu'elle fournit afin de trouver un emploi pendant sa grossesse et au-delà du terme de son congé maternité, et non pas le degré de probabilité qu'un employeur embauche la personne pendant la période concernée. Le Tribunal modifie donc sa jurisprudence sur ce point. Dans ces conditions, on peut d'ailleurs se demander si la renonciation des autorités à demander la preuve des efforts entrepris pendant les deux mois qui précèdent l'accouchement (*Bulletin LACI IC*, ch. B 320), dont l'assurée, bien inspirée, n'avait pas tenu compte, trouve encore un sens.

De plus, la durée minimum de trois mois, en dessous de laquelle l'aptitude au placement n'est pas reconnue en raison de la trop brève disponibilité sur le marché du travail, doit, dans le cas des femmes enceintes, englober la durée de la grossesse et du congé maternité, pour autant bien entendu que la personne ait matérialisé par ses recherches son intention de continuer son activité professionnelle après la naissance. Cela reflète assez logiquement la protection

accordée par l'article 336c al. 1 lit. c CO, puisqu'un contrat de travail ne peut s'éteindre ni pendant la grossesse ni pendant le congé maternité.

Enfin, la grossesse ne peut être assimilée à des «dispositions à terme» prises par l'assurée justifiant une inaptitude au placement car réduisant les chances d'engagement (*Bulletin LACI IC*, ch. B226 ss.); ce serait contraire au droit fondamental au respect de la vie privée et familiale consacré aux articles 13 et 14 Cst. et 8 CEDH. Le Tribunal fédéral ouvre ici une porte bienvenue et trop rarement reconnue à une pesée d'intérêts favorable au droit de fonder une famille lorsqu'un tel droit entre en conflit avec le devoir de diminuer le dommage de l'assureur social (art. 16 LACI).

En conclusion, l'arrêt du Tribunal fédéral joue un rôle fondamental dans la concrétisation de l'égalité matérielle, c'est-à-dire de fait, entre les femmes et les hommes, visée par la Constitution fédérale et mise en œuvre par la LEg, en imposant à l'assurance-chômage de considérer non pas la réalité encore inégalitaire du marché du travail, mais bien l'objectif idéal que notre société de droit doit atteindre.

(S.M.S.)