

Paris, le 27 février 2013

Décision du Défenseur des droits MSP-2012-178

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 le code du travail ;

Vu l'arrêté du 15 juin 2011 portant agrément de la Convention du 6 mai 2011 relative à l'indemnisation du chômage et de son règlement général annexé ;

Vu la circulaire DGEFP/DGAFP/DGCL/DGOS/Direction du Z du 21 février 2011 relative à l'indemnisation du chômage des agents du secteur public ;

Saisi de plusieurs réclamations d'anciens agents, recrutés par les services extérieurs de l'État, et notamment du ministère Y, concernant le refus opposé à leurs demandes d'indemnisation chômage, recommande au Premier ministre, de prendre les mesures nécessaires, en vue de permettre à ces agents recrutés en vertu des règles localement applicables, de bénéficier des droits à indemnisation chômage, à leur retour sur le territoire français,

Le Défenseur des droits demande à être tenu informé, dans un délai de 2 mois, des suites données à la présente recommandation.

Dominique BAUDIS

Recommandation au Premier Ministre dans le cadre de l'article 32 de la loi n° 2011

Le Défenseur des droits est régulièrement saisi de réclamations d'agents recrutés localement par le ministère Y, qui, de retour sur le territoire national, sollicitent leur indemnisation au titre du chômage, mais dont les demandes sont rejetées par le ministère, au motif que leur situation n'est pas régie par le droit français, mais par le droit localement applicable.

RAPPEL DES FAITS ET DE LA PROCÉDURE

Par courrier du 8 juin 2011, Madame X, membre d'une association représentant les conjoints des agents du ministère Y, a saisi le Médiateur de la République, dont les missions se poursuivent auprès du Défenseur des droits, d'une réclamation relative au versement d'allocations d'aide au retour à l'emploi (ARE), au titre de son activité effectuée sur différents territoires étrangers et pour le compte du Ministère Y.

Madame X a sollicité l'attribution de telles allocations auprès de pôle emploi, qui s'était déclaré incompétent au motif que le ministère Y lui avait opposé une fin de non-recevoir, en raison de sa situation juridique de recrutée de droit local.

Depuis lors, le Défenseur des droits a été saisi de nombreuses autres réclamations relatives à ce sujet.

Tant les services du Médiateur de la République que ceux du Défenseur des droits, ont pris l'attache des administrations concernées et ont fait valoir les principes généraux de l'indemnisation du chômage, issus de la Convention du 1er janvier 2001, relative à l'aide au retour à l'emploi et à l'indemnisation du chômage, ainsi que la Circulaire DGEFP/DGAFP/DGCL/Direction du Z, citée en référence.

Après avoir conclu à la recevabilité des demandes, le ministère Y a sursis à statuer, au regard de la complexité du dossier, et a sollicité la Direction générale des finances publiques (DGFIP) pour avis.

La problématique soulevée a alors revêtu une dimension interministérielle, nécessitant un arbitrage, qui est intervenu le 22 mars 2012, concluant au fait que « les textes et la jurisprudence actuels ne permettent pas que l'indemnisation des agents de droit local au titre de l'assurance chômage soit assurée par l'État ».

S'appuyant sur cette position, le ministère Y continue de refuser l'indemnisation chômage aux agents qui le sollicitent.

Le Défenseur des droits a donc choisi d'examiner de nouveau le bien-fondé de cette décision, au regard de la différence de traitement qui en découle, mais aussi par rapport aux principes généraux qui régissent l'indemnisation chômage.

ANALYSE JURIDIQUE

Aucune loi n'a prévu l'indemnisation chômage des agents recrutés localement, ce vide juridique n'est néanmoins qu'une apparence, de nombreuses dispositions comblant cette absence.

Cette indemnisation peut, en effet, autant provenir des éléments de fait ou de droit légitimant leur démission, que des points de convergence entre leur situation et celles d'autres demandeurs d'emplois.

I – Sur la démission des agents recrutés localement

A - L'enchevêtrement de la situation de conjoint et de recruté de droit local

La situation ici décrite concerne, le plus souvent, les conjoints d'agents titulaires du MAEE, affectés dans des ambassades ou des consulats français sur le territoire étranger.

Lors de leur prise de poste, ces agents diplomatiques sont transférés sur le sol étranger avec leurs familles. Leurs conjoints sont alors employés par les services de l'administration consulaire, en vertu du V de l'article 34 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations prévoit, en effet, que *« lorsque les nécessités du service le justifient, les services de l'État à l'étranger peuvent, dans le respect des conventions internationales du travail, faire appel à des personnels contractuels recrutés sur place, sur des contrats de travail soumis au droit local, pour exercer des fonctions concourant au fonctionnement desdits services »*.

Au terme de la mission des agents diplomatiques, leurs conjoints mettent fin à leur engagement local et regagnent le territoire français.

Leur démission pourrait cependant faire obstacle à ce qu'ils perçoivent l'ARE, l'ouverture de l'allocation étant conditionnée au caractère involontaire de la perte d'emploi.

B - La légitimité établie de la démission d'un agent de droit local

Il existe toutefois des cas de démission réputées légitimes, dont la liste exhaustive est fixée par le Chapitre I° de l'accord d'application n° 14 du 6 mai 2011, pris pour l'application des articles 2,4 (e) et 9, paragraphe 2 (6) du règlement général annexé à la Convention du 6 mai 2011 relative à l'indemnisation du chômage.

Doit ainsi être considérée comme légitime, la rupture du contrat de travail, motivée par la mutation ou le changement d'affectation du conjoint.

Tel semble bien être le cas des agents recrutés localement et qui le sont, en règle générale, de par leur qualité de conjoint d'agent titulaire du MAEE.

II – Sur un vide juridique apparent

A - Des dispositions expresses

1- Le Télégramme diplomatique du 9 septembre 2009

Il semble que peu de textes aient prévu la situation de privation involontaire d'emploi d'un agent recruté localement par l'administration française.

Le télégramme diplomatique (TD) n° 33399, pris le 9 septembre 2009, a toutefois bien énoncé les conditions cumulatives à remplir pour bénéficier d'un revenu de remplacement.

Il est ainsi nécessaire, selon ces dispositions, que le bénéficiaire réside en France dans les 12 mois suivants la fin de son contrat, et qu'il remplisse les conditions exigées habituellement d'un demandeur d'emploi inscrit à Pôle emploi.

Chacun des dossiers soumis à l'examen des services du Défenseur des droits remplissent bien tous les éléments établis ci-dessus.

Il est, par ailleurs, utile de préciser qu'un tel document, peu importe son caractère interne ou non, produit des effets juridiques.

En effet, les dispositions en cause établissent le principe de l'indemnisation des agents recrutés localement, alors même qu'aucun autre texte ne le prévoit.

Il semble, dans ces circonstances, que le TD concerné comporte des dispositions impératives à caractère général faisant grief. Son opposabilité paraît ainsi difficile à remettre en cause.

2- La prise en charge des allocations d'assurance chômage par l'État

Le 2 septembre 2011, une convention de délégation de gestion a été conclue entre l'État et Pôle emploi et a fixé les modalités d'indemnisation des agents de l'État en situation de perte involontaire d'emploi. Ces derniers voient, dès lors, l'examen de leurs demandes d'indemnisation, transféré à Pôle emploi.

Le financement des ARE reste toutefois à la charge de l'État, qui est son propre assureur et qui n'a pas adhéré au régime de l'assurance chômage. L'État ne verse donc pas de cotisations à Pôle emploi, en vue de l'indemnisation de ses agents.

L'administration indemnise donc ses anciens agents en situation de perte involontaire d'emploi, même en l'absence de cotisations à l'assurance chômage.

Rien ne semble donc s'opposer à ce que l'État indemnise ses anciens agents recrutés localement, le parallèle existant entre leur situation et celle des salariés de droit public, de droit privé ou des expatriés.

B - Des dispositions comparables

A titre de comparaison, force est de constater qu'à leur arrivée en France, les salariés expatriés non couverts par le régime d'assurance chômage, peuvent bénéficier d'une allocation temporaire d'attente (ATA) versée par Pôle emploi, s'ils justifient d'une durée de travail d'au moins 6 mois.

Il semble bien que ce dispositif ait été mis en place notamment pour répondre à des situations comparables à celles des réclamants.

Il n'apparaît ainsi pas équitable que l'administration refuse d'allouer l'ARE aux agents recrutés localement alors même qu'un tel dispositif existe.

III – Sur une différence de traitement non justifiée

Les agents recrutés localement servent l'administration dans les mêmes conditions que les autres agents publics, remplissant des missions de service public au sein des services extérieurs de l'État. Ils participent au bon fonctionnement de l'administration et sont rémunérés pour ce service.

Sur ce point, leur situation est donc comparable à celle des agents non titulaires de droit public.

Les agents recrutés localement subissent, par ailleurs, une perte d'emploi et sont donc inactifs dès leur retour en France. Ils se trouvent donc bien dans une situation de recherche d'emploi.

Sur ce point, leur situation est donc comparable à celle des demandeurs d'emploi inscrits à Pôle emploi et qui bénéficient des ARE.

Il semble, dans ces conditions, qu'aucun critère objectif ne caractérise la différence de traitement ainsi observée.

Le principe de l'indemnisation paraît devoir être le même pour tous les salariés placés dans des situations comparables.

Aussi, sans méconnaître les implications budgétaires de la présente demande, il serait plus conforme aux éléments établis ci-dessus, que la législation la plus favorable soit appliquée au contrat de recrutement d'agents recrutés localement, en particulier en matière de protection sociale.

En conséquence,

- Le Défenseur des droits recommande au Premier ministre de prendre des dispositions pour que les ministères en cause, soit Z et Y, procèdent à un nouvel examen de la situation des réclamants, afin qu'ils bénéficient d'une indemnisation équitable.
- Le Défenseur des droits requiert qu'une protection sociale plus élevée, des agents recrutés par l'administration française en vertu du droit local, soit mise en place par les ministères concernés.