

Paris, le 16 janvier 2017

Décision du Défenseur des droits n° 2017-007

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 le règlement général annexé à la convention du 14 mai 2014 relative à l'indemnisation du chômage ;

Saisi par Madame X qui estime avoir été illégalement privée de ses droits à l'indemnisation du chômage pendant une période de six mois où elle a été demandeur d'emploi,

Décide de recommander à Pôle Emploi de verser à Madame X un rappel d'allocations d'aide au retour à l'emploi au titre de sa période de chômage qui a débuté le 9 mars 2015 et s'est terminée le 14 septembre 2015, assorti des intérêts moratoires au taux légal.

Le Défenseur des droits demande à Pôle Emploi 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.

Jacques TOUBON

Recommandation dans le cadre de l'article 25 de la loi n° 2011-333 du 29 mars 2011

Par courrier du 28 octobre 2015, le Défenseur des droits a été saisi d'une réclamation de Madame X par laquelle elle appelait l'attention sur le refus de Pôle Emploi et de l'office public de l'habitat de Y, son ancien employeur public, de lui verser les allocations journalières d'aide au retour à l'emploi auxquelles elle estimait avoir droit en sa qualité de demandeur d'emploi ayant involontairement perdu son emploi.

Rappel des faits et de la procédure

Madame X a été employée dans le cadre d'un contrat de travail à durée indéterminée de droit privé par l'office public de l'habitat de Y, établissement public industriel et commercial (EPIC), entre le 1^{er} septembre 2008 et le 25 juin 2014, date de sa démission.

Du 15 septembre 2014 au 9 mars 2015, Madame X a été employée par la caisse d'allocations familiales de Y dans le cadre d'un contrat à durée déterminée à temps complet, qui n'a pas été renouvelé. Elle n'a retrouvé un nouvel emploi qu'à compter du 15 septembre 2015.

Entre temps, Madame X, qui s'était inscrite comme demandeur d'emploi, a donc sollicité le bénéfice de l'aide au retour à l'emploi (ARE) auprès de Pôle emploi Z.

Un refus lui a été opposé par lettre du 24 avril 2015, au motif que la durée de ses emplois dans le secteur public étant plus longue que celle de ses emplois dans le secteur privé, auquel appartient la caisse d'allocations familiales, la charge de l'indemniser revenait à l'office public de l'habitat de Y, conformément à l'article R. 5424-6 du code du travail.

Madame X a alors sollicité le paiement de l'ARE auprès de l'office public de l'habitat de Y qui a également rejeté sa demande, par lettre du 26 mai 2015, confirmée le 2 juin 2015.

Ce rejet s'est appuyé sur la jurisprudence de la Cour de cassation, selon laquelle un agent qui quitte volontairement l'emploi qu'il occupait auprès d'un employeur public pour reprendre un emploi auprès d'une société de droit privé perd le bénéfice des allocations incombant à l'employeur public même lorsqu'il est ensuite involontairement privé de son emploi. La Cour de cassation considère que la charge de l'indemnisation du chômage incombe alors à Pôle emploi.

Par courrier du 16 juin 2015, Madame X s'est retournée vers Pôle emploi qui, par lettre du 22 juillet 2015, a persisté à considérer qu'il appartenait à l'employeur public, l'office public de l'habitat de Y, de l'indemniser de sa perte d'emploi, à l'appui d'une décision du Conseil d'Etat du 30 décembre 2002 et de la lettre aux institutions de l'assurance chômage n° 03-27 du 3 juin 2003 relative à la coordination des régimes privé et public de l'indemnisation du chômage, élaborée par l'UNEDIC.

Pôle emploi admet qu'il existe une divergence de position entre les juridictions judiciaires relevant de la Cour de cassation et les juridictions administratives relevant du Conseil d'Etat, mais considère que la position de Pôle emploi est réglementaire et persiste dans le rejet de la demande d'indemnisation.

Quant au médiateur de Pôle emploi, il a, par courrier du 11 septembre 2015, rejeté la demande de médiation de Madame X, faisant observer que la démission n'était plus opposable à une ouverture de droits à l'ARE du fait d'une durée de travail d'au moins 91 jours postérieure à cette démission, mais qu'il appartenait à son employeur public, l'office public de l'habitat de Y, d'examiner les conditions d'ouverture des droits du fait que, sur la

période du 7 novembre 2012 au 6 mars 2015, sa durée d'emploi était plus longue dans le secteur public que dans le secteur privé.

Dans le cadre d'un dossier soulevant la même problématique et concernant également l'indemnisation du chômage d'un agent démissionnaire d'un office public de l'habitat ayant involontairement perdu son nouvel emploi dans le secteur privé après plus de 91 jours de travail, les services du Défenseur des droits avaient sollicité le médiateur national de Pôle emploi, en faisant valoir que l'employeur public en cause, qui était un établissement public industriel et commercial, ne pouvait qu'appliquer la jurisprudence de l'ordre de juridiction dont cet établissement relevait en ce qui concerne les relations avec ses agents.

Ce dernier a refusé d'admettre l'interprétation de la Cour de cassation et a persisté à considérer, au regard de l'interprétation du Conseil d'État, que la charge de l'indemnisation du chômage relevait du secteur public, donc de l'office public de l'habitat (cf. décision du Défenseur des droits n° 2017-006).

L'UNEDIC, également sollicitée par les services du Défenseur des droits, a répondu le 17 mai 2016, en rappelant les dispositions du code du travail, celles de l'article 4 e) du règlement général annexé à la convention relative à l'indemnisation du chômage du 14 mai 2014 et enfin la jurisprudence du Conseil d'État en date du 30 décembre 2002, occultant purement et simplement la position de la Cour de cassation.

Madame X a retrouvé, le 15 septembre 2015, un emploi dans le cadre d'un contrat aidé à temps partiel auprès d'une association. Néanmoins, alors que ses droits à l'indemnisation du chômage n'ont été contestés ni par l'office public de l'habitat de Y, ni par Pôle Emploi, elle a été privée de ce revenu de remplacement pendant six mois, du fait d'une controverse sur le débiteur de cette indemnisation, née d'une divergence de jurisprudence entre les deux ordres de juridictions appelés à se prononcer en la matière.

Analyse juridique

Conformément à l'article L. 5421-1 du code du travail,

« En complément des mesures tendant à faciliter leur reclassement ou leur conversion, les travailleurs involontairement privés d'emploi (...), aptes au travail et recherchant un emploi, ont droit à un revenu de remplacement dans les conditions fixées au présent titre ».

En principe, un salarié démissionnaire ne peut prétendre à une ouverture de droits à des allocations de chômage.

Toutefois, aux termes de l'article 4 du règlement général annexé à la convention du 6 mai 2011 relative à l'indemnisation du chômage, en vigueur à la date des faits, « *Les salariés privés d'emploi justifiant d'une période d'affiliation comme prévu à l'article 3 doivent :* (...)

e) n'avoir pas quitté volontairement (...) leur dernière activité professionnelle salariée, ou une activité professionnelle salariée autre que la dernière dès lors que, depuis le départ volontaire, il ne peut être justifié d'une période d'affiliation d'au moins 91 jours ou d'une période de travail d'au moins 455 heures ».

Madame X qui justifie d'une activité salariée de plus de 91 jours après avoir démissionné de son emploi à l'office public de l'habitat de Y, a donc droit à percevoir des allocations de chômage, ce qui n'a d'ailleurs jamais été contesté.

Par ailleurs, au titre de l'article L. 5424-1 du code du travail,

« Ont droit à une allocation d'assurance dans les conditions prévues aux articles L. 5422-2 et L. 5422-3 :

(...)

3° Les salariés des entreprises inscrites au répertoire national des entreprises contrôlées majoritairement par l'Etat, les salariés relevant soit des établissements publics à caractère industriel et commercial des collectivités territoriales, soit des sociétés d'économie mixte dans lesquelles ces collectivités ont une participation majoritaire ».

Selon l'article R. 5424-2, *« Lorsque, au cours de la période retenue pour l'application de l'article L. 5422-2, la durée totale d'emploi accomplie pour le compte d'un ou plusieurs employeurs affiliés au régime d'assurance a été plus longue que l'ensemble des périodes d'emploi accomplies pour le compte d'un ou plusieurs employeurs relevant de l'article L. 5424-1, la charge de l'indemnisation incombe à Pôle emploi pour le compte de l'organisme mentionné à l'article L. 5427-1.*

Dans le cas contraire, cette charge incombe à l'employeur relevant de l'article L. 5424-1, ou à celui des employeurs relevant de cet article qui a employé l'intéressé durant la période la plus longue ».

Ayant relevé que pendant la période d'affiliation, la durée de l'emploi occupé par Madame X à l'office public de l'habitat de Y, employeur qui relève de l'article L. 5424-1 du code du travail, était plus longue que la durée d'emploi chez un employeur relevant du régime d'assurance chômage, les services de Pôle Emploi ont conclu qu'il appartenait à l'employeur public d'assurer la charge de l'indemnisation du chômage.

Pôle emploi a appuyé sa position sur les préconisations de la circulaire DGEFP/DGAFP/DGCL/DGOS/Direction du budget du 21 février 2011 relative à l'indemnisation du chômage des agents du secteur public, qui expose l'interprétation de la juridiction administrative concernant l'articulation entre les règles de coordination énoncées à l'article R. 5424-2 du code du travail et la neutralisation de la démission prévue à l'article 4 e) du règlement général précité.

En effet, dans une décision n° 224462 du 30 décembre 2002, statuant sur les droits d'un ancien agent hospitalier, le Conseil d'Etat avait considéré que la combinaison des dispositions du code du travail et de celles du règlement général annexé impliquait qu'un employeur public pouvait se trouver débiteur de l'indemnisation du chômage de ses anciens agents démissionnaires.

Ces règles ont été appliquées par le Conseil d'Etat à la situation d'un ancien agent démissionnaire d'une collectivité territoriale (6 février 2006, n° 264461, *Commune de B*) et à celle d'un ancien militaire qui avait rompu son contrat d'engagement (10 mai 2006, n° 265280, *Ministre de la Défense c/X*).

Toutefois, force est de constater que, dans les jurisprudences retenues par la circulaire du 21 février 2011, le Conseil d'Etat a statué au regard des dispositions du 1° de l'article L.351-12 de l'ancien code du travail devenu l'article L.5424-1 du code actuel, qui concernent « *les agents fonctionnaires et non fonctionnaires de l'Etat et de ses établissements publics administratifs ainsi que les militaires, les agents titulaires des collectivités territoriales ainsi que les agents statutaires des autres établissements publics administratifs ainsi que les militaires* » et non celles du 3° de ce texte, qui concernent les salariés des établissements publics à caractère industriel et commercial des collectivités territoriales, tels que les offices publics de l'habitat, ainsi qualifiés par l'article L. 421-1 du code de la construction et de l'habitation.

Les personnels de ces établissements publics industriels et commerciaux, à l'exception du directeur et de l'agent comptable, sont régis par le droit privé et les litiges relatifs au versement d'allocations pour perte d'emploi relèvent de la compétence de la juridiction judiciaire (Tribunal des conflits, 17 janvier 1994, n° 02877).

Le litige susceptible d'opposer Madame X, qui n'était ni directrice, ni agent comptable, mais qui était titulaire d'un contrat à durée indéterminée de droit privé, à l'établissement public local industriel et commercial l'office public de l'habitat de Y, relève donc de la juridiction judiciaire et c'est donc vers la jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'indemnisation du chômage qu'il convient de se tourner pour résoudre ce litige.

Dès lors, en l'espèce, toute référence à la circulaire du 21 février 2011, qui préconise l'interprétation du Conseil d'Etat mais qui ne concerne que les agents ou anciens agents de l'Etat, des collectivités territoriales ou des établissements hospitaliers, dont la relation de travail relève du droit public, et ne vise pas les contractuels de droit privé des EPIC, ne peut être que nulle et non avenue.

Or, la Cour de cassation a une vision différente de celle du Conseil d'Etat sur l'articulation entre les règles de coordination prévues par le code du travail et la neutralisation de la démission prévue à l'article 4 e) du règlement général annexé à la convention relative à l'indemnisation du chômage.

Ainsi, dans un arrêt du 11 mars 2003, la Cour de cassation a considéré, « *que les allocations d'assurance chômage ne sont attribuées qu'aux travailleurs involontairement privés d'emploi ; que M.X...ayant volontairement quitté l'emploi qu'il occupait auprès du SICTOM, ce dont il résultait nécessairement la perte du bénéfice des allocations incombant à cet employeur, pour reprendre un emploi auprès d'un employeur de droit privé, la cour d'appel a à bon droit retenu qu'il convenait de ne prendre en compte pour la détermination des droits de l'intéressé que ledit emploi et en a exactement déduit que la charge du revenu de remplacement consécutif à la perte involontaire de celui-ci incombait à l'ASSEDIC* » (Cour de cassation, 11 mars 2003, n° 00-21249).

Dans un arrêt concernant un ancien employé de l'office public d'aménagement et de la construction (OPAC) de A, devenu A. Habitat, la Cour de cassation a retenu qu'« *il résulte des articles L. 351-1 et L. 351-3 du code du travail, applicables, aux termes de l'article L. 351-12-3 dudit code, aux agents relevant des établissements publics à caractère industriel et commercial des collectivités territoriales, tel que l'OPAC, et de l'article 4 du règlement annexé à la convention d'assurance chômage du 1^{er} janvier 2001 applicable à l'espèce, que les allocations d'assurance chômage ne sont attribuées qu'aux travailleurs involontairement privés d'emploi* » et que le fait de quitter volontairement l'emploi occupé auprès de l'OPAC pour reprendre un emploi auprès d'un employeur de droit privé conduisait « *nécessairement [à] la perte du bénéfice des allocations incombant à cet employeur* » (Cass., Soc., 3 mai 2007, n° 05-14240).

Les règles posées par la Cour de cassation ont été appliquées par les juridictions du fond, qui ont en conséquence prononcé des condamnations à l'encontre de Pôle Emploi (cour d'appel de Chambéry, 24 juin 2010, n° 09-01670 ; cour d'appel de Versailles, 24 octobre 2013, n° 12-01875).

Cette position de la Cour de cassation a fait l'objet de commentaires critiques de la doctrine (cf. par exemple, La Semaine juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 23, 5 juin 2006, 1126).

En outre, dans la lettre du 3 juin 2003 précitée, l'UNEDIC avait préconisé d'appliquer la jurisprudence du Conseil d'Etat du 30 décembre 2002 et de ne pas tenir compte de l'arrêt de la Cour de cassation du 11 mars 2003.

Toutefois, ainsi qu'il vient de l'être démontré, le Conseil d'Etat et la Cour de cassation n'ont pas statué sur la situation des mêmes agents publics.

La seule source de droit qui peut être opposée à la situation de Madame X est donc la jurisprudence de la Cour de cassation, dont il résulte que Pôle Emploi est débiteur des allocations de chômage qui lui sont dues.

En faisant peser la charge d'une discussion doctrinale sur un demandeur d'emploi et en le laissant sciemment sans revenus pendant sa période de chômage, Pôle Emploi a commis une faute ayant gravement préjudicié à Madame X qui s'est ainsi trouvée démunie pendant six mois et, en tout état de cause, un acte contraire à sa mission de service public et à l'équité.

En effet, la bonne pratique aurait été de verser à Madame X les allocations de chômage qui lui étaient bien dues, et de porter la controverse doctrinale devant la juridiction judiciaire, par l'intermédiaire d'une action récursoire à l'encontre de l'office public de l'habitat de Y.

En conséquence, après avoir constaté qu'il a été porté atteinte aux droits de la réclamante par un organisme chargé d'une mission de service public, le Défenseur des droits recommande à Pôle Emploi de verser à Madame X un rappel d'allocations d'aide au retour à l'emploi dues pendant toute la période de chômage qui a débuté le 9 mars 2015, assorti des intérêts moratoires au taux légal.

Jacques TOUBON