

Paris, le 15 mars 2018

Décision du Défenseur des droits n° 2018-060

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 de la défense ;

Vu le code des relations entre le public et l'administration ;

Vu le code du travail ;

Saisi par Monsieur X qui estime avoir subi un préjudice par la faute de l'administration militaire, qui a retiré, sept mois après l'avoir établie, une attestation d'employeur erronée qui lui avait ouvert des droits à l'indemnisation du chômage, ce qui a amené Pôle emploi à le contraindre à rembourser les allocations d'aide au retour à l'emploi versées sur la base de cette attestation,

Décide de recommander à Madame la Ministre des Armées de prendre toute mesure pour que Monsieur X soit déchargé de l'obligation de payer la somme laissée à sa charge par Pôle emploi.

Le Défenseur des droits demande à Madame la Ministre des Armées 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 organique n° 2011-333 du 29 juin 2011 relative au Défenseur des droits

Le 29 septembre 2016, lors d'un entretien avec un délégué du Défenseur des droits, Monsieur X a saisi le Défenseur des droits d'une réclamation par laquelle il appelait l'attention sur un indu d'allocation d'aide au retour à l'emploi (ARE) dont le remboursement lui était réclamé par Pôle emploi, en raison de l'annulation par l'administration militaire, sept mois après l'avoir établie, d'une attestation d'employeur qui lui avait créé des droits à l'indemnisation du chômage.

Rappel des faits et de la procédure

Ancien militaire, Monsieur X a été radié des cadres de l'armée le 1^{er} octobre 2010. Il a d'abord créé une société commerciale puis, souhaitant se reconvertir et suivre une formation, il s'est adressé à Pôle emploi pour bénéficier d'allocations de chômage.

Le ministère de la Défense, actuellement ministère des Armées, a établi, le 29 novembre 2012, une attestation d'employeur, sur la base de laquelle Pôle emploi lui a versé des ARE pour la période allant du 31 mai 2012 au 30 septembre 2013.

Par lettre du 8 avril 2016, Pôle emploi Y a informé Monsieur X que de nouveaux justificatifs avaient conduit à réviser ses droits aux allocations de chômage et lui a demandé le remboursement de la somme de 17 245,61 € versée à tort.

En effet, par courriel du 19 novembre 2014, le service Défense mobilité avait transmis à Pôle emploi une attestation de fin d'emploi précisant que Monsieur X avait été radié des cadres en ayant droit à la liquidation immédiate d'une pension militaire de retraite au taux maximum de 75 % et annulant l'attestation d'employeur du 29 novembre 2012 pour le motif : délivrée à tort.

Par lettre du 19 mai 2016, Monsieur X a demandé à Pôle emploi une remise gracieuse de ce trop-perçu, au motif que c'était le ministère de la Défense qui avait délivré une attestation d'employeur erronée, que lui-même n'avait rien caché en remplissant son dossier et que cette demande de remboursement le plongeait dans un état de gêne financière.

En effet, à cette époque, Monsieur X ne percevait que sa pension de retraite, d'un montant mensuel de 1 343 €, ainsi que des allocations familiales de 314 €, pour faire vivre son épouse sans emploi et ses deux enfants et il devait s'acquitter du remboursement d'un emprunt immobilier de 456 € et d'une pension alimentaire de 320 €.

Par lettre du 30 juin 2016, Pôle emploi lui a accordé un effacement partiel de la dette à hauteur de 8 572,77 € et l'a invité à rembourser la somme de 8 672,84 €.

Après l'envoi de mises en demeure de payer cette somme, Monsieur X a saisi le médiateur de Pôle emploi qui, dans une lettre du 15 septembre 2016, lui a répondu que Pôle emploi ne pouvait être tenu pour responsable d'une erreur effectuée par le ministère de la Défense et l'a invité à se rapprocher de son ancien employeur afin d'effectuer une réclamation et d'obtenir réparation du préjudice subi.

Son compte bancaire ayant été bloqué, Monsieur X a demandé un échéancier de paiement de 50 € par mois le temps de régler le litige avec l'administration militaire.

Par courriers du 10 juin 2017 et du 22 novembre 2017, les services du Défenseur des droits ont demandé à la directrice des affaires juridiques du ministère des armées de faire procéder à un réexamen en droit de la situation de Monsieur X au regard de la jurisprudence « *Ternon* »

du Conseil d'Etat, selon laquelle un acte administratif créateur de droits, telle que l'attestation d'employeur établie le 29 novembre 2012, ne peut plus être retiré par l'autorité administrative passé un délai de quatre mois suivant sa signature et ce, même s'il est illégal.

Aucune réponse n'ayant été apportée à ces courriers, le Défenseur des droits a décidé de procéder à un examen de la réclamation de Monsieur X, sur la base des éléments fournis par ce dernier et par Pôle emploi.

Analyse juridique

1) L'attestation d'employeur destinée à Pôle emploi est créatrice de droits

Aux termes de l'article R. 1234-9 du code du travail, « *L'employeur délivre au salarié, au moment de l'expiration ou de la rupture du contrat de travail, les attestations et justifications qui lui permettent d'exercer ses droits aux prestations mentionnées à l'article L. 5421-2 et transmet sans délai ces mêmes attestations à Pôle emploi* ».

Cette attestation, qui est donc nécessaire au salarié pour exercer ses droits à l'assurance chômage et qui conditionne le versement ou le refus de versement des prestations d'assurance chômage, peut donc s'analyser comme un acte créateur de droits.

Certes, la notion d'acte créateur de droits est difficile à appréhender, la jurisprudence n'en donnant aucune définition précise, mais le Conseil d'État se montre très pragmatique et l'on peut constater qu'en la matière, sa jurisprudence tend à privilégier le principe de sécurité juridique sur le principe de légalité.

Ainsi, par une décision du 20 février 2008 (n° 289850) le Conseil d'État a considéré que la délivrance d'une attestation de reconnaissance de la qualité de rapatrié en vue du bénéfice du dispositif d'aide de l'État pour le rachat des cotisations de retraite prévu par une loi du 4 décembre 1985 présentait le caractère d'un acte créateur de droits, dans la mesure où l'autorité administrative avait un pouvoir d'appréciation à la fois sur les conditions de départ du territoire où était établi le demandeur et sur le caractère durable de son installation en France.

Par une décision de la section du contentieux du 6 mars 2009 (n° 306084, *Monsieur Coulibaly*), le Conseil d'État a considéré que la décision d'inscrire un praticien au tableau de l'ordre, indispensable pour lui permettre d'exercer sa profession, avait le caractère d'une décision individuelle créatrice de droits, alors même que le code de la santé publique subordonne cette inscription à la présentation d'éléments objectifs, en particulier la possession d'un diplôme français d'État de docteur (en chirurgie dentaire dans le cas d'espèce).

Le Conseil d'Etat a également considéré que la délivrance par l'autorité administrative d'une attestation de dépôt d'une demande d'inscription au tableau régional des architectes en qualité d'agréé en architecture était une décision administrative créatrice de droits et susceptible d'engager la responsabilité de l'Etat en cas d'illégalité (Conseil d'Etat, 17 juillet 2009, n° 303874).

En appliquant ces principes à la situation de Monsieur X, il est permis de conclure que la délivrance, le 29 novembre 2012, par l'administration militaire, d'une attestation d'employeur sur la base de laquelle Pôle emploi lui a ouvert des droits à l'ARE, est un acte créateur de droits.

2) En l'espèce, elle n'aurait pas dû être établie

Aux termes de l'article R. 4123-36 du code de la défense, « *Ne peuvent pas bénéficier de l'allocation de chômage les militaires involontairement privés d'emploi qui ont droit à la liquidation immédiate de leur pension de retraite au taux maximum prévu à [l'article L. 13 du code des pensions civiles et militaires de retraite](#)* ».

L'article L. 13 fixe ce taux maximum à 75 % de la solde.

Il apparaît que Monsieur X, ayant été militaire du 3 août 1983 au 30 septembre 2010, a accompli 17 ans de services et avait donc droit à la liquidation immédiate de sa pension de retraite, conformément à l'article L. 24-II-2° du code des pensions civiles et militaires de retraite.

En outre, il ne conteste pas bénéficier d'une pension de retraite au taux de 75 %.

L'attestation d'employeur du 29 novembre 2012 lui a ainsi été délivrée par erreur.

3) N'ayant pas été retirée dans un délai de quatre mois, les droits qu'elle a produits sont néanmoins acquis

Conformément à la jurisprudence *Ternon* du Conseil d'Etat (Assemblée, 26 octobre 2001, n° 197018), « *sous réserve de dispositions législatives ou réglementaires contraires, et hors le cas où il est satisfait à une demande du bénéficiaire, l'administration ne peut retirer une décision individuelle explicite créatrice de droits, si elle est illégale, que dans le délai de quatre mois suivant la prise de cette décision* ».

Bien que ce texte ne soit pas applicable au cas d'espèce, il est intéressant de souligner que l'ordonnance n° 2015-1341 du 23 octobre 2015 relative aux dispositions législatives du code des relations entre le public et l'administration est venu cristalliser cette règle jurisprudentielle dans le droit positif en créant l'article L. 242-1 dudit code qui précise que « *L'administration ne peut abroger ou retirer une décision créatrice de droits de sa propre initiative ou sur la demande d'un tiers que si elle est illégale et si l'abrogation ou le retrait intervient dans le délai de quatre mois suivant la prise de cette décision* ».

Les droits créés par l'attestation du 29 novembre 2012 sont donc passés au statut de droits acquis à la fin du délai de retrait de quatre mois.

4) La délivrance d'une attestation erronée, suivie de son retrait, engage la responsabilité de l'administration

Enfin, indépendamment de sa qualification d'acte créateur de droits, il y a lieu d'observer que la délivrance d'une attestation erronée emportant des effets juridiques est fautive et engage la responsabilité de l'administration qui l'a établie (Conseil d'Etat, 13 avril 1983, n° 25103 ; 17 juillet 2009 précité).

La Cour de cassation a également jugé que la délivrance d'une attestation d'employeur non conforme crée un préjudice au salarié, qui doit être réparé (Cour de cassation, chambre sociale, 18 juin 2014, pourvoi n° 13-16848).

Monsieur X a fait valoir que ces ARE lui avaient permis de financer une formation professionnelle. Il indique que si elles lui avaient été refusées en temps utile, il se serait tourné vers d'autres modes de financement, en s'adressant notamment aux services du conseil régional.

En se trouvant dans l'obligation de rembourser des allocations de chômage indues, Monsieur X est donc privé des aides publiques auxquelles il aurait pu prétendre pour financer sa

formation et dont il ne pouvait plus demander le bénéfice, après le retrait de l'attestation erronée.

Il y a lieu d'observer que le reversement d'allocations de chômage indues privant un salarié de la possibilité d'obtenir d'autres aides publiques que l'ARE pour financer une formation professionnelle est un chef de préjudice reconnu par la Cour de cassation (Cour de cassation, chambre sociale, 11 octobre 1989, pourvoi n° 87-15455).

En acceptant d'accorder à Monsieur X une remise gracieuse de près de la moitié de la dette, Pôle emploi a accepté d'assumer sa part de responsabilité.

5) Conclusion

Au regard de l'ensemble de ces éléments, le Défenseur des droits considère qu'en délivrant une attestation erronée, qui a créé des droits, puis en l'annulant alors que le délai de retrait des actes administratifs créateurs de droits était largement expiré, l'administration militaire a porté atteinte aux droits de Monsieur X à la protection sociale contre le chômage et à l'accès à l'emploi.

En conséquence, le Défenseur des droits recommande à Madame la Ministre des Armées de prendre toute mesure pour que Monsieur X soit déchargé de l'obligation de payer la somme que Pôle emploi a laissée à sa charge au titre des allocations de chômage qui lui sont acquises.

Jacques TOUBON