

Paris, le 26 mai 2021

Décision du Défenseur des droits n°2021-128

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 le code du travail ;

Vu le règlement général annexé à la convention du 14 avril 2017 relative à l'indemnisation chômage ;

Vu le décret n° 86-442 du 14 mars 1986 relatif à la désignation des médecins agréés, à l'organisation des comités médicaux et des commissions de réforme, aux conditions d'aptitude physique pour l'admission aux emplois publics et au régime de congé de maladie des fonctionnaires ;

Vu le décret n° 88-386 du 19 avril 1988 relatif aux conditions d'aptitude physique et aux congés de maladie des agents de la fonction publique hospitalière ;

Vu le décret n° 2003-1306 du 26 décembre 2003 relatif au régime de retraite des fonctionnaires affiliés à la Caisse nationale de retraites des agents des collectivités locales ;

Vu le décret n° 2020-741 du 16 juin 2020 relatif au régime particulier d'assurance chômage applicable à certains agents publics et salariés du secteur public ;

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

Vu l'instruction de Pôle emploi n° 2011-192 du 24 novembre 2011 relative à l'inscription des demandeurs d'emploi ;

Saisie par Madame X, ancienne aide-soignante au sein de l'EHPAD Y, du refus de versement de l'allocation d'aide au retour à l'emploi après sa radiation des cadres au titre de l'invalidité ;

Recommande à son ancien employeur, l'EHPAD Y, de procéder à l'étude des droits à l'allocation chômage de l'intéressée, avec application, le cas échéant, du coefficient de minoration qu'implique le versement de la pension allouée au titre de son invalidité.

Demande à l'EHPAD Y de rendre compte des suites données à cette recommandation dans un délai de deux mois à compter de la date de notification de la présente décision.

Claire HÉDON

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

Madame X, ancienne aide-soignante au sein de l'EHPAD Y, a saisi le Défenseur des droits d'une réclamation relative au refus de versement de l'allocation d'aide au retour à l'emploi (ARE) après sa radiation des cadres au titre de l'invalidité.

FAITS ET PROCÉDURE

Agente titulaire au sein de l'établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes (EHPAD) Y, Madame X a bénéficié, du 1^{er} février 2016 au 31 janvier 2019, d'un congé longue maladie.

Par la suite, ayant épuisé tous ses droits à congé au 1^{er} février 2019, l'agente a été placée en disponibilité d'office pour maladie dans l'attente de l'avis de la Caisse nationale de retraite des agents des collectivités locales (CNRACL) concernant son placement en retraite pour invalidité. Le 16 mai 2019, Madame X a été placée en retraite pour invalidité, puis radiée des cadres.

Madame X s'est alors inscrite à Pôle emploi qui, par un courrier en date du 27 novembre 2019, l'a informée qu'il revenait à la charge de l'EHPAD Y de l'indemniser.

Or, l'établissement refuse d'indemniser Mme X. En effet, dans la fiche de liaison remplie par l'EHPAD, il est indiqué que la demande d'ARE a été rejetée au motif qu'il s'agit d'un départ volontaire pour invalidité.

Par un courrier du 16 septembre 2020, l'EHPAD a indiqué, en réponse à un courrier du délégué du Défenseur des droits, que son refus de verser l'ARE à Madame X se fonde sur le fait que Madame X « *n'est pas dans l'une de ces situations lui permettant de bénéficier de l'ARE* ». L'administration invoque premièrement que Madame X ne serait plus inscrite à Pôle emploi, deuxièmement qu'elle serait inapte à tout emploi, et troisièmement qu'elle aurait refusé en août 2020 des postes proposés par l'EHPAD et qu'ainsi elle serait en perte volontaire d'emploi.

Par un courrier du 8 février 2021, le Défenseur des droits a sollicité de la part l'EHPAD Y un réexamen de la situation de Madame X au regard du droit applicable en la matière.

Par un courrier du 9 mars 2021, l'EHPAD Y a maintenu sa position en indiquant une nouvelle fois que Madame X était désinscrite de Pôle emploi et que celle-ci avait refusé un poste proposé par l'établissement le 10 août 2020 en raison de son état de santé. Ainsi l'ancienne agente ne remplirait pas les conditions d'aptitude pour prétendre au versement de l'ARE.

ANALYSE JURIDIQUE

À titre liminaire, il importe de préciser que Madame X est bien inscrite au Pôle emploi comme l'atteste un courrier du 30 mars 2021. Sa désinscription en date de juillet 2020 faisait suite à la non-actualisation de son dossier. Depuis le 17 septembre 2020 la réclamante est de nouveau inscrite comme demandeuse d'emploi.

Sur l'inaptitude de Madame X

Aux termes des dispositions de l'article 4 du règlement général annexé à la convention du 14 avril 2017 relative à l'indemnisation du chômage, le demandeur d'emploi doit remplir certaines conditions pour bénéficier des allocations chômages, notamment celle d'être physiquement apte à l'exercice d'un emploi.

Conformément à l'article 7 du décret n° 88-386 du 19 avril 1988 relatif aux conditions d'aptitude physique et aux congés de maladie des agents de la fonction publique hospitalière :

« Les comités médicaux sont chargés de donner un avis à l'autorité compétente sur les contestations d'ordre médical qui peuvent s'élever à propos de l'admission des candidats aux emplois de la fonction publique hospitalière, de l'octroi et du renouvellement des congés de maladie, de longue maladie et de longue durée et de la réintégration à l'issue de ces congés. »

Aux termes de l'article 35 du décret du 19 avril 1988, le fonctionnaire reconnu définitivement inapte à l'exercice de toutes fonctions par le comité médical est admis à la retraite par avis de la commission de réforme.

L'article 30 du décret du 26 décembre 2003 relatif au régime de retraite des fonctionnaires affiliés à la Caisse nationale de retraites des agents des collectivités territoriales précise également que :

« Le fonctionnaire qui se trouve dans l'impossibilité définitive et absolue de continuer ses fonctions par suite de maladie, blessure ou infirmité grave dûment établie peut être admis à la retraite soit d'office, soit sur demande. »

La mise à la retraite d'un agent, qu'elle soit d'office ou à sa demande, en raison de son inaptitude absolue et définitive, intervient donc après avis des instances médicales statutaires compétentes et au regard de la situation de fonctionnaire de l'agent concerné.

La radiation des cadres au titre de l'invalidité décidée par l'autorité administrative, après avis de la caisse nationale de retraite des collectivités locales (CNRACL) n'implique donc pas une inaptitude totale et définitive à l'exercice de toute fonction salariée.

En effet, dans le secteur privé, une telle inaptitude n'est pas soumise aux mêmes conditions et n'implique pas les mêmes conséquences juridiques. Seul le médecin du travail est compétent pour reconnaître l'inaptitude d'un travailleur affilié au régime général de sécurité sociale *« après avoir procédé ou fait procéder par un membre de l'équipe pluridisciplinaire à une étude de poste et après avoir échangé avec le salarié et l'employeur »*, conformément aux dispositions de l'article L. 4624-4 du code du travail. Le professionnel du service de santé au travail déclare alors le salarié inapte, si *« aucune mesure d'aménagement, d'adaptation ou de transformation du poste de travail occupé n'est possible et que l'état de santé du travailleur justifie un changement de poste »*.

Dans un second temps, la caisse primaire d'assurance maladie alloue au salarié une pension d'invalidité, dans le cadre des articles L. 341-1 et suivant du code de la sécurité sociale, non applicables aux fonctionnaires.

Le régime juridique de la retraite pour invalidité liquidée par la CNRACL n'est ainsi pas le même que celui de la retraite pour invalidité du secteur privé.

Il ne peut donc être considéré que l'avis émis par une instance médicale de la fonction publique et la décision prise par l'autorité administrative à sa suite emportent toutes leurs conséquences dans le cadre de l'affiliation à un autre régime de sécurité sociale.

En l'espèce, Madame X a été reconnue inapte, par avis de la commission de réforme rendu le 20 novembre 2018.

La CNRACL a ensuite accepté de lui allouer une pension de retraite au titre de l'invalidité, après radiation des cadres prononcée par son employeur. Elle ne peut donc plus exercer en qualité de fonctionnaire, tous les organes en l'espèce compétents s'étant prononcés en ce sens.

Rien ne s'oppose toutefois à son recrutement par une entité affiliée à un autre régime, dès lors que son invalidité n'est pas remise en cause par cet autre régime.

À cet égard, Pôle emploi ne conteste pas l'aptitude de l'intéressée à ces autres fonctions, celle-ci ayant été inscrite sur la liste des demandeurs d'emploi au 5 septembre 2019 puis au 17 septembre 2020 comme l'atteste un courrier du 30 mars 2021.

Or, conformément à l'article L. 5411-5 du code du travail, seules les personnes invalides de 2^{ème} et 3^{ème} catégorie au sens de l'article L. 341-4 du code de la sécurité sociale (CSS), à savoir celles reconnues comme absolument incapables d'exercer une profession quelconque et bénéficiaires à ce titre d'un avantage social lié à une incapacité totale de travail, ne peuvent être inscrites sur la liste des demandeurs d'emploi.

Les demandeurs d'emploi invalides de 1^{ère} catégorie, soit ceux capables d'exercer une activité rémunérée, peuvent quant à eux être inscrits sur la liste des demandeurs d'emploi.

L'instruction de Pôle emploi n° 2011-192 du 24 novembre 2011 relative à l'inscription des demandeurs d'emploi vient d'ailleurs confirmer cette position.

Inscrite sur la liste des demandeurs d'emploi et seulement reconnue inapte à l'exercice de tout emploi de la fonction publique, Madame X ne peut être assimilée à une personne « *absolument incapable d'exercer une profession quelconque* ».

C'est à ce titre que l'intéressée a été inscrite sur la liste des demandeurs d'emploi.

L'aptitude de Madame X n'est alors pas remise en cause par un autre régime que celui de la fonction publique.

Sur l'éligibilité de l'intéressée à l'ARE et son cumul avec la pension d'invalidité

Conformément aux dispositions du règlement général annexé à la convention du 14 avril 2017 relative à l'indemnisation du chômage, l'ouverture du droit à l'ARE est conditionnée à la perte involontaire d'emploi.

La circulaire du 21 février 2011 relative à l'indemnisation du chômage des agents du secteur public a intégré le licenciement pour inaptitude physique dans le champ des pertes involontaires d'emploi, considérant que la radiation des cadres « *après épuisement des droits à congé maladie et en l'absence de reclassement doit être, en principe, considéré comme une perte involontaire d'emploi* ». La circulaire précise d'ailleurs que « *le fonctionnaire, licencié en raison d'une inaptitude physique, peut, dès lors qu'il est inscrit sur la liste des demandeurs d'emploi et s'il remplit les autres conditions pour y prétendre, percevoir l'allocation de retour à l'emploi* ».

L'article 2 du décret n° 2020-741 du 16 juin 2020 relatif au régime particulier d'assurance chômage applicable à certains agents publics et salariés du secteur public est venu confirmer cette position en précisant que « *sont considérés comme ayant été involontairement privés d'emploi les agents publics radiés d'office des cadres* ». Conformément à l'article 30 du décret n° 2003-1306 du 26 décembre 2003 relatif au régime de retraite des fonctionnaires affiliés à la CNRACL l'agent déclaré inapte définitivement à l'exercice de l'emploi est alors mis à la retraite d'office et par la suite intervient sa radiation d'office des cadres. Il s'ensuit que l'agent radié des cadres en raison de son inaptitude se retrouve en perte involontaire d'emploi.

Par ailleurs, en application de l'article R. 5424-2 du code du travail, la charge de l'indemnisation chômage d'un agent employé sur la durée la plus longue par un employeur du secteur public en auto-assurance incombe à ce dernier.

En l'espèce, Madame X a été aide-soignante au sein de l'EHPAD Y du 1^{er} février 2016 au 31 janvier 2019. Elle a bénéficié d'un congé longue maladie. Ayant épuisé tous ses droits à congé maladie au 1^{er} février 2019, l'agente a été placée en disponibilité d'office pour maladie dans l'attente de l'avis de la CNRACL concernant son placement en retraite pour invalidité. Le 16 mai 2019, Madame X a été mise en retraite pour invalidité, puis radiée des cadres. Il s'ensuit que cette radiation des cadres à la suite d'une mise à la retraite pour invalidité doit être considérée comme une perte involontaire d'emploi.

Les propositions d'emplois émises par l'EHPAD en août 2020 n'ont pas pour effet de modifier le caractère involontaire de la perte d'emploi de l'agente.

Il résulte des éléments précités que Madame X est en droit de bénéficier de l'ARE.

Concernant la charge de cette indemnisation, comme l'indiquent les courriers de Pôle emploi, Madame X a travaillé durant la période de référence prise en compte pour l'affiliation uniquement pour le compte de l'EHPAD Y. Il revient ainsi à cet établissement la charge de l'indemniser au titre de l'ARE.

Au vu de ces éléments, la Défenseure des droits estime que le refus de versement de l'allocation d'aide au retour à l'emploi opposé à Madame X après sa radiation des cadres au titre de l'invalidité porte atteinte à son droit à indemnisation du chômage.

En conséquence, la Défenseure des droits recommande à l'EHPAD Y de procéder à l'étude des droits à l'allocation chômage de son ancienne agente, avec application le cas échéant du coefficient de minoration qu'implique le versement de la pension allouée au titre de l'invalidité.

Claire HÉDON