

N° 312712

M. P...

1^{ère} et 6^{ème} sous-sections réunies

Séance du 11 septembre 2009

Lecture du 2 octobre 2009

CONCLUSIONS

M. Luc DEREPA, rapporteur Public

Recruté le 5 avril 2000 par la Société Carboulevard.com, M. P... a été licencié sans préavis le 12 décembre 2000 par cette société. Il s'est alors inscrit sur la liste des demandeurs d'emploi et a bénéficié d'une allocation de chômage. Le 13 mars 2001, M. P... a signé un nouveau contrat de travail prenant effet le 2 avril 2001, ce qui a mis fin au versement des allocations de chômage à compter de cette dernière date. M. P... a donc bénéficié du régime d'indemnisation applicable aux salariés privés d'emploi du 12 décembre 2000 au 2 avril 2001.

Puis M. P... à été à nouveau privé d'emploi à compter du 15 avril 2002, ce qui l'a amené à être à nouveau inscrit sur la liste des demandeurs d'emploi et à être indemnisé.

Toutefois le 24 juillet 2001, le Conseil de Prud'hommes de Paris, saisi par l'intéressé, avait jugé que M. P... aurait dû bénéficier d'un préavis de trois mois lors de son premier licenciement. En novembre 2003, M. P... a demandé que les conséquences de ce jugement soient tirées et qu'on le désinscrive à titre rétroactif de la liste des demandeurs d'emplois pour la période du 12 décembre 2000 au 2 avril 2001. Il s'agissait selon lui de régulariser sa situation au titre de deux périodes successives : du 12 décembre 2000 au 12 mars 2001, il était réputé, en vertu du jugement de Prud'hommes, avoir toujours été au service de son employeur ; et à compter du 13 mars 2001, date de signature de son nouveau contrat, il devait être regardé, selon lui, comme à nouveau en situation d'emploi, alors même que son contrat ne prenait effet qu'au 2 avril suivant. M. P... a par ailleurs procédé au remboursement des allocations qui lui ont été versées au titre de ces périodes.

Si M. P... a effectué de telles démarches, ce n'est pas simplement par souci de régulariser sa situation au regard de la législation d'assurance chômage. C'est qu'à la suite de son nouveau licenciement en avril 2002, il s'est rendu compte que son interruption d'activité de fin 2000- début 2001 avait des conséquences directes sur ses droits à allocations de chômage.

Si en effet on considérait que M. P... a bénéficié une première fois du régime d'indemnisation entre décembre 2000 et avril 2001, à la suite de son premier licenciement, puis une seconde fois à compter d'avril 2002, après son second licenciement, ses droits à allocation devaient être calculés conformément au par. 3 de l'art. 10 du règlement annexé à la convention d'assurance chômage du 1^{er} janvier 2001, c'est-à-dire en comparant le reliquat des

droits qu'il avait conservés à la fin de sa première période de chômage aux droits qu'il avait acquis dans son second emploi, et en lui attribuant le montant le plus élevé. En revanche, si l'on considérait qu'il avait travaillé sans interruption du 5 avril 2000 au 15 avril 2002, c'est l'ensemble des droits acquis durant cette période qui devaient lui être octroyés. La différence de résultat entre les deux modes de calcul n'est pas mince : selon l'ASSEDIC, dans le premier cas, M. P... devait être indemnisé pendant 456 jours au taux de 101,28 euros par jour ; dans le second, il devait être indemnisé pendant 912 jours au taux de 108,26 euros par jour.

Face à la demande de désinscription de M. P..., l'ANPE a hésité. Elle a d'abord fait droit à sa demande par une décision du 9 janvier 2004. Puis par une décision du 23 février 2004, elle est revenue partiellement sur sa première décision ; elle a confirmé que M. P... pouvait être désinscrit de la liste des demandeurs d'emploi pour la période de son préavis, mais elle a estimé que pour la période du 13 mars 2001 au 2 avril 2001, la circonstance qu'il ait signé un contrat de travail prenant effet ultérieurement ne permettait pas de le regarder comme ayant trouvé un emploi dès la première date. L'ANPE, a donc, considéré que, M. P... restait inscrit comme demandeur d'emploi privé d'emploi pendant 19 jours en mars 2001. A la suite de cette décision, l'ASSDIC l'a informé qu'il ne pouvait bénéficier du mode de calcul plus favorable qui aurait résulté d'une période d'emploi ininterrompue d'avril 2000 à avril 2002.

M. P... a formé contre la décision de l'ANPE deux recours administratifs, qui ont tous deux fait l'objet d'un rejet, puis il a formé un recours contentieux contre l'ensemble de ces décisions. Le TA puis la CAA de Paris ont rejeté ses conclusions en annulation et il se pourvoit en cassation contre l'arrêt de la cour en tant qu'il a procédé à ce rejet.

Le premier moyen soulevé est tiré de l'erreur de droit qu'aurait commise la cour lorsqu'elle a estimé que les dispositions de l'article R. 311-3-10 du code du travail, qui définissent la procédure applicable dans certains cas de désinscription de la liste, n'étaient pas applicables en l'espèce. Ce moyen n'est pas fondé : il ressort du texte même de cet article qu'il ne s'applique qu'au cas où la désinscription intervient parce que l'intéressé a omis de renouveler sa demande d'emploi ou parce que des informations devant conduire à cette désinscription ont été communiquées à l'ANPE par un tiers. Mais il ne trouve pas à s'appliquer lorsque, comme ici, le retrait de l'inscription intervient à la demande de l'intéressé.

Le moyen suivant est plus délicat. L'un des moyens soulevés devant la cour par M. P... était que la décision initiale procédant à sa désinscription de la liste était une décision créatrice de droits, et que la décision litigieuse, qui retirait cette décision était illégale, pour au moins trois motifs : elle n'était pas motivée contrairement aux dispositions de la loi du 11 juillet 1979 ; elle n'avait pas été précédée d'une procédure contradictoire contrairement à l'art. 24 de la loi du 12 avril 2000 ; et la décision initiale n'étant entachée d'aucune illégalité, son retrait n'était pas légalement possible.

Le TA puis la cour ont répondu à ce moyen que la décision initiale de désinscription n'avait pas un caractère créateur de droits. Il est soutenu qu'en jugeant cela, la cour aurait commis une erreur de droit.

La décision désinscrivant une personne de la liste des demandeurs d'emploi – pour être plus précis, de la catégorie 1 de cette liste, relative aux personnes en recherche d'emploi et disponibles pour occuper un emploi¹ – est à première vue une décision privative de droits pour la personne concernée, puisqu'elle a pour conséquence directe, en application de l'art. L. 351-1 du code du travail, la perte du droit aux allocations de chômage. Mais comme nous l'avons indiqué précédemment, cette décision avait aussi pour effet, sous l'empire de la convention de 2001, d'ouvrir d'autres droits : en n'étant pas inscrit sur la liste dans la période qui sépare deux emplois, la salarié ne peut faire pas usage de ses droits à allocation de chômage, ce qui lui permet de cumuler les droits au chômage acquis au titre de ses deux périodes d'emploi successives ; en revanche, si entre deux emplois, il est inscrit sur la liste en catégorie 1 et bénéficie à ce titre des allocations, il perd le bénéfice du cumul des périodes et obtiendra, après la perte de son second emploi, soit le reliquat des droits de la première période, soit ceux acquis au titre de la seconde (voir l'art. 10 du règlement annexé à la convention).

Le fait de ne pas figurer sur la liste a donc bien, dans cette mesure, des conséquences juridiques positives pour l'intéressé. C'est un des cas, que l'on trouve parfois dans votre jurisprudence, dans lequel une décision à première vue négative présente aussi, quand on y regarde de plus près, des effets juridiques positifs : ainsi jugez-vous que la décision de fermeture temporaire d'un débit de boisson est créatrice de droits en ce qu'elle fait obstacle à une fermeture de plus longue durée : 27 janvier 1971, ministre de l'Intérieur c/H..., n°80827 p. 68 ; ou encore que la décision de retrait d'une décision créatrice de droits peut avoir elle-même un caractère créateur de droits : voir à propos d'un retrait de permis de construire Section, 4 mai 1984, P... , n°15391 p. 162 ; 9 juillet 1997, commune de Théoule-sur-mer, n° 125748, au Recueil – jurisprudence fondée sur l'idée qu'un retrait doit être, pour les tiers qui l'ont demandé, accompagné des mêmes garanties qu'une annulation contentieuse.

Toutefois un dernier point doit être vérifié pour s'assurer que la décision de désinscription de la catégorie 1 des demandeurs d'emploi a bien un caractère créateur de droits : il faut être sûr qu'il ne s'agit pas là d'une décision récognitive, qualification qui fait obstacle à celle d'acte créateur de droits. Selon la définition donnée par le Pr Chapus, est récognitive la décision qui ne fait que reconnaître une situation déterminée ou l'existence de droits préexistants, sans que leur auteur dispose d'un quelconque pouvoir d'appréciation (ex. 31 mai 1963, G..., n°56750, p. 342, à propos de la délivrance de la carte du combattant au vu de la satisfaction des conditions légales par l'intéressé ; 27 mai 1988, Consorts B..., n° 67114, T. p. 777, à propos d'un arrêté de délimitation du domaine public naturel).

La catégorie des décisions récognitives a subi, du fait du mouvement récent de votre jurisprudence dans le sens d'une meilleure protection de la sécurité juridique, un rétrécissement significatif. Cela résulte notamment de votre décision de Section Mme S... du 6 novembre 2002, n° 223041, au Recueil, qui juge que par principe, les décisions accordant un avantage financier sont des décisions créatrices de droits. Cela résulte aussi de l'évolution de votre jurisprudence sur la compétence liée. L'un des indices de la décision récognitive est en effet que lorsqu'elle la prend, l'administration se borne à constater un état de fait ou à tirer les conséquences d'une situation juridique préexistante, sans avoir le choix quant au sens de la

¹ Cf arrêté du 5 février 1992 portant application de l'article L. 311-5 du code du travail et définissant les catégories de demandeurs d'emploi

décision à prendre (ex. 30 septembre 1987, C..., n° 77895, aux Tables, liant clairement les notions de décision récognitive et de compétence liée). Or par votre décision de Section M... du 3 février 1999, n° 149722, au Recueil, vous avez également resserré cette dernière notion en la circonscrivant au cas où l'administration se borne à faire un constat objectif « sans avoir à porter une appréciation sur les faits de l'espèce ». Cette décision a visé à clarifier les cas dans lesquels, compte tenu de l'existence d'une compétence liée, les moyens dirigés contre une décision, hormis ceux qui mettent cause cette compétence liée, sont inopérants. Mais il nous semble que vous devez, dans un souci de cohérence, juger également que les décisions prises en dehors de telles situations sont insusceptibles de constituer des décisions récognitives.

En l'espèce, l'inscription sur la liste est subordonnée, en application de l'art. L. 311-5 du code du travail, à la condition que la personne soit « à la recherche d'un emploi ». Symétriquement, il doit être mis fin à l'inscription lorsque la personne cesse d'être « à la recherche d'un emploi ». La présente affaire montre que l'application de ce critère conduit nécessairement à porter une appréciation sur la situation de l'intéressé : l'ANPE a estimé que M. P..., dans la période séparant la signature de son contrat de son entrée en fonctions, était toujours « à la recherche d'un emploi », et l'intéressé estime le contraire. Compte tenu de la marge d'appréciation ainsi existante, nous vous proposons de juger que la décision de désinscription initiale n'avait pas un caractère récognitif

Nous en concluons donc qu'en jugeant que cette décision n'était pas un acte créateur de droits, la cour a commis une erreur de droit.

Par l'ensemble de ces motifs, nous concluons à l'annulation de l'arrêt attaqué, au renvoi de l'affaire devant la CAA de Paris, et à ce que la somme de 3 000 euros soit mise à la charge du Pôle Emploi au titre des frais irrépétibles.