

N° 402042

Mme B...

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies

Séance du 30 juin 2017

Lecture du 12 juillet 2017

CONCLUSIONS

M. Olivier HENRARD, Rapporteur public

1. Cette affaire vous donnera l'occasion de délimiter les offices respectifs du juge administratif et du juge constitutionnel, dans un litige indemnitaire où se trouve soulevée la contrariété à la Constitution de la loi qui en pose une partie du cadre juridique.

Il s'agit en l'occurrence de la loi n° 2008-126 du 13 février 2008 relative à la réforme de l'organisation du service public de l'emploi, qui prévoit la création de Pôle Emploi en lieu et place de l'ANPE et de l'UNEDIC. Selon le I de son article 7, les agents de l'ANPE sont transférés à Pôle Emploi mais restent en principe régis par le décret n° 2003-1370 du 31 décembre 2003 fixant les dispositions applicables aux agents contractuels de droit public de l'ANPE et par les dispositions générales applicables aux agents non titulaires de l'Etat. Ces agents se sont toutefois vu ouvrir le droit d'opter pour la convention collective de Pôle Emploi, applicable à tous les futurs recrutés, dans un délai d'un an suivant son agrément.

Mme B..., agent contractuel de droit public de l'ANPE, a décidé de ne pas mettre en œuvre ce droit d'option. Elle n'en a pas moins saisi Pôle Emploi, le 4 janvier 2013, d'une demande de réparation du préjudice financier qu'elle estime avoir subi du fait de son choix.

Sa revendication porte sur l'écart de rémunération par rapport à la situation où elle aurait été placée si elle avait opté pour la convention collective, estimé à près de 5 000 euros bruts annuels. En l'absence de réponse de Pôle Emploi, elle a demandé au tribunal administratif de Montpellier de condamner l'établissement à lui verser environ 15 000 euros.

Le tribunal a rejeté sa demande et Mme B... n'a pas eu davantage de succès devant la cour administrative d'appel de Marseille. A l'occasion de son pourvoi en cassation contre cet arrêt, elle conteste notamment le refus de la cour de transmettre la QPC qu'elle avait soulevée, portant sur le I de l'article 7 de la loi du 13 février 2008. Elle contestait à cette occasion la différence de traitement entre les agents de Pôle Emploi assumant les mêmes missions, résultant selon elle de ces dispositions.

2. La cour administrative d'appel de Marseille a fondé son refus de transmission de la QPC sur la circonstance que les dispositions critiquées de l'article 7 n'étaient pas applicables au litige. Soulignons au passage que l'arrêt cite le II et le I de l'article 7, alors que le mémoire distinct de Mme Benkreiera relatif à la QPC ne portait que sur le I, à juste titre puisque le II concerne les salariés des organismes gestionnaires du régime d'assurance-chômage.

La cour a rejeté la demande de transmission au motif que Mme B... cherchait à engager la responsabilité de son employeur Pôle Emploi, alors que seule la responsabilité du fait d'une loi ne peut être recherchée qu'à l'égard de l'Etat.

Elle a ainsi commis une erreur de droit. Vous interprétez en effet souplement la condition d'applicabilité au litige posée par le 1° de l'article 23-2 de l'ordonnance organique : il suffit que les dispositions dont la constitutionnalité est mise en cause soulèvent « *une question non dénuée de rapport avec les termes du litige* » - CE, 8 octobre 2010, *Daoudi*, n°338505, p. 371, ou encore CE, 2 février 2012, *Mme L...*, n°355137, T. p. 960 sur un autre point.

Or, la circonstance que la responsabilité invoquée en bout de chaîne ne soit peut-être pas celle de Pôle Emploi mais de l'Etat, est sans incidence sur le rapport qui existe, en amont, entre les termes du litige et le droit d'option institué par la loi du 13 février 2008.

Certes, à l'appui de la position de la cour, le ministre du travail soutient que la différence de traitement entre agents de Pôle ne résulte pas des dispositions du I de l'article 7. Celles-ci se bornent en effet à instituer le droit d'option, qui n'a par lui-même aucune incidence directe sur la situation matérielle des intéressés. Cette différence découle de la mise en œuvre d'autres actes que sont le décret de 2003, la convention collective de Pôle Emploi et la décision des intéressés d'opter ou non pour celle-ci.

Cependant, cette argumentation ne nous semble pas opérante pour écarter l'applicabilité au litige de la disposition contestée. C'est bien le droit d'option qui rend possible le dualisme de situations que conteste la requérante et une déclaration d'inconstitutionnalité de cette faculté aurait des répercussions sur le litige indemnitaire soumis au juge administratif.

Vous censurerez donc l'erreur de droit commise par la cour.

En revanche, l'autre moyen, tiré de l'erreur de droit à avoir jugé que l'application par Pôle Emploi d'une loi inconstitutionnelle n'était pas de nature à engager sa responsabilité, est inopérant à ce stade. C'est en statuant sur les conclusions indemnitaires de la requérante, non sur la transmission de la QPC, que la cour a tranché cette question.

3. Y a-t-il lieu pour autant de censurer la non-transmission de la QPC ? Nous ne L...sons pas, car pour être applicables au litige, les dispositions législatives contestées ne soulèvent aucune question de constitutionnalité sérieuse et nouvelle.

Ces dispositions n'ont par elles-mêmes, nous l'avons dit, ni pour objet, ni pour effet d'instaurer une différence de traitement entre les agents de Pôle Emploi. Cet établissement rassemble d'ailleurs deux populations initialement hétérogènes, avec les agents de droit public de l'ANPE et les agents de droit privé de l'assurance-chômage. La dualité des régimes représente donc une donnée en quelque sorte constitutive de Pôle Emploi.

Le I de l'article 7 ouvre simplement aux agents qui le souhaitent la possibilité d'opter un statut de droit privé dans un délai d'un an. Il en résulte que les deux moyens, tirés de l'atteinte au principe d'égalité et à la liberté de conscience et d'opinion, ne sont pas sérieux.

Sur le principe d'égalité, on se bornera à ajouter que le droit d'option est ouvert dans les mêmes conditions pour tous les agents concernés. Ensuite, que ce droit ait été exercé ou non, les agents se trouvent placés du fait de leur propre choix dans des situations objectivement différentes, selon qu'ils relèvent du régime du décret ou de celui de la convention collective. Le principe d'égalité n'a dès lors plus vocation à s'appliquer.

Sur l'atteinte à la liberté de conscience et d'opinion, aucun texte ni aucun principe ne vient à notre connaissance confirmer que le choix d'un statut de droit privé plutôt que de droit public manifesterait de la part des agents une forme de conviction protégée par l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

La conformité du I de l'article 7 à ces deux normes constitutionnelles ne pose pas davantage de question nouvelle. Certes, la requérante vous demande de tirer de la supposée contrariété du droit d'option avec la Constitution des conséquences en matière indemnitaire. Il s'agit toutefois là d'une question bien distincte, propre au litige de fond porté devant le juge administratif. Elle n'a donc pas à être prise en compte dans l'appréciation, par le Conseil d'Etat, du bien-fondé de la demande de transmission de la QPC.

L'absence de caractère sérieux et nouveau justifie sur ce point le dispositif de l'arrêt attaqué. Vous avez déjà opéré une substitution de motif dans une configuration contentieuse analogue semblable, à l'occasion de votre décision CE, 15 février 2016, *M. C...*, n° 392083, à paraître aux Tables : une cour avait refusé de transmettre une QPC au motif qu'elle était dénuée de caractère sérieux et vous aviez considéré, pour votre part, que les dispositions en cause résultaient d'une ordonnance non ratifiée et qu'elles présentaient donc un caractère réglementaire. Certes, vous appliquez à cette occasion vos propres critères pour confirmer le refus de transmission de la cour. Cependant, ce hiatus découle nécessairement des modalités d'examen des refus de transmission. Nous vous invitons procéder ainsi en l'espèce et à rejeter les conclusions dirigées contre l'arrêt attaqué en tant qu'il refuse de transmettre la QPC.

4. Vous annulerez en revanche l'arrêt attaqué en tant qu'il rejette les conclusions indemnitaires de la requérante.

La cour a jugé que celles-ci étaient mal dirigées puisqu'elles tendaient à la condamnation de Pôle Emploi, alors que Mme B... faisait valoir la faute qu'aurait commise l'Etat en adoptant

les dispositions à la fois inconstitutionnelles et contraires à la Constitution de la loi du 13 février 2008. Elle a commis ce faisant une erreur de droit.

On sait que la responsabilité de l'Etat est susceptible d'être engagée sur le fondement de l'égalité des citoyens devant les charges publiques, pour assurer la réparation de préjudices nés de l'adoption d'une loi inconstitutionnelle : CE, Ass., 8 février 2007, *G...*, n° 279522, p. 78. En l'occurrence Mme B... soutenait, comme on le verra, que la coexistence de deux régimes statutaires au sein de Pôle emploi méconnaissait divers engagements internationaux de la France.

Toutefois, ce régime n'exclut pas pour autant la mise en jeu de la responsabilité de l'administration qui applique une loi inconstitutionnelle. Voyez en ce sens la décision classique CJUE, 19 novembre 1991, *F...*, C-6/90 : l'Etat qui méconnaît le droit de l'Union commet un manquement, quel que soit l'organe et le niveau de norme.

Quant à votre propre jurisprudence, les conclusions de notre collègue Rémi Paolini sur la décision CE, 5 octobre 2015, *Ministre des affaires sociales et de la santé c/ société Lily France*, n°371832, p. 340 en font la synthèse suivante :

« lorsque l'administration applique une loi inconstitutionnelle et qu'il en résulte un contentieux en responsabilité, vous estimez que la contrariété avec le droit international qui est à l'origine du préjudice doit être recherchée non dans la loi elle-même mais dans l'acte administratif d'application (CE Ass., 28 février 1992, Société Arizona Tobacco Products, A, Rec. p. 78). Cette « jurisprudence des tabacs » a été critiquée en doctrine mais elle est bien établie (...). Lorsque l'administration commet une illégalité en appliquant une loi inconstitutionnelle, en particulier une loi incompatible avec le droit de l'Union européenne, la question de la réparation se résout sur le terrain classique de la responsabilité pour faute consécutive à la prise d'un acte administratif illégal et non sur le terrain de la responsabilité du fait des lois inconstitutionnelles ».

Le motif de rejet accueilli par la cour est frontalement contraire à ces principes. La responsabilité de Pôle Emploi, employeur de la requérante, pouvait être engagée sur le terrain de la faute consistant dans la mise en œuvre des dispositions supposément inconstitutionnelles et contraires à la Constitution de la loi du 13 février 2008.

5. Nous vous proposons de régler l'affaire au fond, car l'issue du litige est entièrement déterminée par les questions déjà tranchées en cassation.

5.1. Ainsi, contrairement à ce qui est soutenu, le tribunal a suffisamment répondu au moyen tiré de la méconnaissance du principe d'égalité et du caractère disproportionné de la différence de traitement entre agents de Pôle Emploi, en considérant que cette différence n'était pas manifestement disproportionnée au regard de leurs différences de situations.

5.2. Le tribunal n'a pas non plus omis de statuer sur les moyens tirés de ce que le droit d'option porterait atteinte à la liberté de penser, de conscience et d'opinion et méconnaîtrait à

ce titre divers engagements internationaux de la France : il a en effet considéré que ces moyens n'étaient pas assortis des précisions permettant d'en apprécier le bien-fondé. Cette motivation est suffisante eu égard à l'argumentation développée devant lui.

5.3. Le moyen tiré de la méconnaissance du principe d'égalité, quel que soit son fondement juridique, national ou conventionnel, est inopérant pour les raisons déjà évoquées : les agents de droit public et de droit privé de Pôle Emploi se trouvent placés dans des situations différentes et le principe d'égalité ne s'applique pas.

5.4. Il en va de même pour le moyen tiré de la méconnaissance de la liberté de conscience ou d'opinion des agents de l'ANPE : le choix d'un statut de droit privé plutôt que de droit public ne manifeste aucune forme de conviction protégée par les dispositions nationales ou internationales relatives à cette liberté.

EPCMNC :

- à ce que soit écartée la contestation du refus de transmission de la QPC opposé à Mme B...;
- à l'annulation de l'arrêt attaqué en tant qu'il rejette ses conclusions indemnitaires ;
- au rejet de ces mêmes conclusions ;
- à ce que Mme B... verse à Pôle Emploi une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative et au rejet de ses propres conclusions à ce titre.