

**N°406355**  
**Mme C...**

**N°408299**  
**Mme B...**

**1<sup>ère</sup> et 4<sup>ème</sup> chambres réunies**  
**Séance du 4 juin 2018**  
**Lecture du 20 juin 2018**

**N°407821**  
**Mme G...**

**1<sup>ère</sup> et 4<sup>ème</sup> chambres réunies**  
**Séance du 4 juin 2018**  
**Lecture du 25 juin 2018**

## **CONCLUSIONS**

**M. Charles TOUBOUL, rapporteur public**

On se figure assez bien ce qu'est la disponibilité des agents publics même si aucun texte n'en livre de définition synthétique. Elle est généralement présentée comme : « *la situation de l'agent qui se trouve placé temporairement, hors de son administration ou service d'origine et qui cesse de bénéficier, durant cette période, de sa rémunération et de ses droits à l'avancement et à la retraite* »<sup>1</sup>. C'est une situation propre au droit de la fonction publique même si elle n'est pas sans rappeler le congé sabbatique du code du travail ou le congé sans solde pouvant être accordé par l'employeur, le cas échéant, dans le cadre d'une convention collective.

Elle peut néanmoins se révéler moins favorable que ces mécanismes du droit du travail lorsque l'employeur public éprouve des difficultés à réintégrer l'agent en fin de disponibilité. S'ouvre alors une période d'attente, pendant laquelle l'intéressé n'est pas rémunéré, qui dans certains cas, est susceptible de déboucher sur le licenciement.

L'agent peut néanmoins avoir droit, dans cette période d'attente, à « l'aide au retour à l'emploi » (ARE), dite aussi « revenu de remplacement » ou, pour faire simple, « l'allocation chômage ».

Vous jugez en effet qu'un agent en fin de disponibilité qui n'est pas tout de suite réintégré peut être regardé comme « privé d'emploi » et à la recherche d'un emploi (10 juin 1992, Bureau d'aide sociale de Paris c/Mlle H..., n°108610 ; 30 sept. 2002, Mme U..., n°216912, T. ; 28 juillet 2004, Office public d'aménagement et de construction Sarthe-Habitat, n°243387, T.). Si le droit à l'allocation est donc bien établi dans son principe, les conditions dans lesquelles il doit être mis en œuvre le sont moins.

---

<sup>1</sup> Définition figurant sur les sites d'information du ministère de la fonction publique et sur le site interministériel d'information du public service public.fr

Les trois affaires qui viennent d'être appelées vont vous permettre d'éclairer plusieurs questions se rapportant aux conditions d'ouverture du droit à l'allocation en fonction des tentatives de réintégration de l'intéressé, au montant de l'allocation en cas de cumul avec d'autres revenus et aux personnes devant assurer la charge financière de l'allocation.

Précisons d'emblée que la juridiction administrative est bien compétente pour connaître de ces affaires s'agissant d'agents publics dont les employeurs sont en régime d'auto-assurance (16 février 2011, Pôle emploi, n°341748 T, solution identique en cas de délégation de gestion à Pôle emploi) et que vous êtes bien vous mêmes compétents pour connaître directement des pourvois formés par ces trois agents, s'agissant de litiges « *relatifs aux prestations, allocations ou droits attribués (...) en faveur des travailleurs privés d'emploi* » du 1° de l'article R. 811-1 du code de justice administrative, dans sa rédaction issue du décret du 13 août 2013 ; étant encore précisé que la première affaire, ayant donné lieu à un jugement antérieur au 1<sup>er</sup> janvier 2014, a régulièrement fait l'objet d'un appel.

1. Cette première affaire, portée devant vous par Mme C..., va vous amener à préciser les **conditions d'ouverture du droit** à l'allocation d'un agent de retour de disponibilité dans le cas où celui-ci a refusé les emplois qui lui étaient proposés.

1.1 Mme C... est ingénieur territorial de la région Poitou-Charentes. A l'issue d'une période de disponibilité pour convenance personnelle, elle a sollicité à compter du 1<sup>er</sup> février 2010 sa réintégration. La région lui a proposé plusieurs postes entre le 3 et le 8 février qu'elle a tous refusés et ce n'est qu'en septembre 2010 qu'elle a été réintégrée. Mme C... a entretemps demandé le bénéfice de l'allocation chômage, ce qui lui a été refusé par le président de la région. Saisi par l'intéressée, le tribunal administratif de Poitiers n'a fait que très partiellement droit à cette demande, en retenant une période d'ouverture de droits de 3 jours, ceux séparant la fin de la disponibilité pour convenance personnelle des premières offres d'emplois refusées par l'intéressée. Mme C... a alors relevé appel de cette décision et la cour administrative d'appel de Bordeaux a quant à elle retenu la totalité de la période de six mois ayant séparé la fin de sa disponibilité pour convenance personnelle de sa réintégration, au motif qu'elle avait été maintenue d'office dans cette position malgré sa demande de réintégration.

Mais vous avez censuré ce raisonnement insuffisamment subtil par votre décision du 24 février 2016 en jugeant que le maintien en disponibilité d'office de l'intéressée ne pouvait ouvrir droit à l'allocation « *que s'il résulte de motifs indépendants de sa volonté et que tel n'est pas le cas du fonctionnaire qui a refusé un emploi, répondant aux conditions définies par les dispositions statutaires applicables, qui lui a été proposé par la collectivité en vue de sa réintégration* ». Vous en avez déduit que la cour avait commis une erreur de droit en s'abstenant « *d'apprécier la nature des emplois qui lui avaient été proposés et les motifs de ses refus* » (n°380116 T.).

La cour, après renvoi, a bien procédé à cette appréciation et a estimé, parmi les différents emplois qui avaient été proposés par la région, que l'un d'eux correspondait aux dispositions statutaires applicables à l'intéressée. Cet emploi lui ayant été présenté le 8 février, elle a porté de 3 à 8 jours son droit à l'allocation chômage par rapport à ce qu'avait retenu le tribunal administratif. C'est sur cette appréciation que se concentrent les critiques les plus utiles du pourvoi de Mme C..., car l'emploi que la cour a regardé comme lui ayant été valablement proposé n'était pas n'importe quel emploi, puisqu'il s'agissait non d'un emploi dans les services de la région mais au sein d'un institut qui lui était rattaché : l'institut Atlantique d'aménagement du territoire (IAAT), qui était alors une régie personnalisée, assimilable à un établissement public administratif de la région.

**1.2** Cette configuration peut surprendre de prime abord mais nous ne partageons pas l'analyse du pourvoi selon laquelle une telle offre aurait été impossible.

**1.2.1** D'abord, l'articulation des textes ne conduit pas à exclure une proposition de ce type. Si le dernier alinéa de l'article 72 de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984 prévoit que « *lorsque la durée de la disponibilité n'a pas excédé trois années, une des trois premières vacances dans la collectivité ou l'établissement d'origine doit être proposée au fonctionnaire* », son deuxième alinéa énonce que « *Le fonctionnaire mis en disponibilité qui refuse successivement trois postes qui lui sont proposés dans le ressort territorial de son cadre d'emploi, emploi ou corps en vue de la réintégration peut être licencié après avis de la commission administrative paritaire* », ce qui peut ainsi conduire à ne pas enfermer les propositions d'emploi au sein de la collectivité.

On peut observer, dans le même sens, que l'article 97 de la même loi, rendu applicable à la réintégration en fin de disponibilité en vertu de l'article 26 du décret du 21 août 1986, dispose que : « *Sont également examinées les possibilités d'activité dans une autre collectivité ou un autre établissement que celle ou celui d'origine sur un emploi correspondant à son grade ou un emploi équivalent* ». Le législateur n'a donc pas fermé la porte à des affectations de retour de disponibilité hors des services de l'employeur d'origine.

**1.2.2** Ensuite, contrairement à ce que soutient le pourvoi, il n'y a pas incompatibilité entre des affectations hors des services de l'employeur d'origine et l'objectif de ce dispositif qui est, comme vous l'avez rappelé lors de la première cassation, la réintégration de l'intéressé. Quelle que soit la position dans laquelle l'agent intéressé sera affecté au sein de cet organisme extérieur, il y aura bien au préalable « réintégration ». C'est évident lorsque la réintégration peut prendre la forme d'une simple affectation ou mutation sans quitter le cadre d'emploi d'origine (article 51 de la loi de 1984) ou même d'une mise à disposition qui se caractérise, elle aussi, par le maintien dans le cadre d'emploi d'origine (article 61) : dans l'un et l'autre cas, l'intéressé, en fin de disponibilité est bien réintégré dans son cadre d'emploi et y demeure ou est réputé y demeurer. Et lorsque c'est la position du détachement qui est retenue (article 64), l'agent exerce certes hors de son cadre d'emploi d'origine mais en principe après avoir été préalablement réintégré dans celui-ci, afin de pouvoir être régulièrement détaché. Il n'y a donc pas de contradiction dans les termes entre réintégration de l'intéressé et emploi auprès d'un service autre que ceux relevant de sa collectivité d'origine.

Quant à la circonstance que la mise à disposition et le détachement supposent l'accord de l'intéressé, il n'y a pas de difficulté non plus, puisque la question de la validité de l'offre se situe en amont de l'acceptation ou du refus de l'intéressé. Celui-ci pourra toujours refuser mais au risque, si l'offre lui a été valablement faite, de perdre le bénéfice des allocations chômage.

**1.2.3** Enfin, l'autonomie de la personne morale que constitue la régie personnalisée vis-à-vis de l'employeur d'origine qu'est la région ne nous semble pas non plus faire obstacle à ce que l'on admette qu'un emploi de cet organisme soit proposé à un agent de la région de retour de disponibilité s'il correspond à son grade.

Il est vrai que l'autonomie de la régie personnalisée est juridiquement pleine et entière et que la tutelle exercée par la région ne peut suffire à imposer un recrutement<sup>2</sup>. Et même si des auteurs ont souligné la grande dépendance des organes de ces régions vis-à-vis de ceux des collectivités de rattachement<sup>3</sup>, il ne s'agit que d'une analyse de sociologie administrative et non juridique, l'indépendance des deux personnes morales était au contraire très nette.

Mais il n'est pas besoin d'affirmer une autorité de la région sur sa régie personnalisée pour admettre qu'un emploi au sein de cette dernière soit valablement proposé à un agent de la région. Il suffit d'admettre que les liens très étroits qui unissent ces deux personnes publiques justifient une solidarité entre elles pour le reclassement de leurs agents en fin de disponibilité. Cette solidarité nous semble naturelle entre une collectivité territoriale et les établissements publics ou les régies personnalisées qu'elle institue pour assurer la gestion de certaines de ses activités. Ses régies, comme ses établissements publics locaux, ne sont en effet que des modes de gestion de ses services publics et des démembrements de ses propres services. C'est la raison pour laquelle elles peuvent les créer et les supprimer si facilement. Leur séparation de la collectivité d'origine est ainsi assez contingente et elle peut même n'être que temporaire, comme l'illustre d'ailleurs la présente affaire où, quelques mois après les faits à l'origine du litige, l'institut où avait été proposé l'emploi a été réintégré aux services de la région.

Cette solidarité nous semble même opportune en élargissant le giron des emplois à proposer aux agents en fin de disponibilité, en accélérant ainsi leur réintégration et en réduisant la période de disponibilité d'office. Elle oblige sans doute les collectivités à s'organiser pour identifier les postes vacants sur un périmètre plus large que celui de leurs services, mais des dispositifs existent déjà pour assurer la transparence de ces vacances d'emploi et la présente espèce démontre que c'est déjà ainsi que les choses se passent. La gestion des ressources humaines de ces services extérieurs est en outre souvent mutualisée avec ceux de la collectivité ou à tout le moins assurée en lien étroit avec eux. La position que nous vous proposons de retenir ne changera donc rien de significatif en pratique.

Nous vous invitons ainsi à écarter ce premier moyen d'erreur de droit dirigé contre les motifs par lesquels la cour a regardé comme potentiellement valable la proposition d'un emploi dans l'institut rattaché à la région et, par voie de conséquence, le refus par l'intéressé de cet emploi comme de nature à mettre un terme à la période durant laquelle elle était involontairement privée d'emploi et ainsi susceptible de prétendre à l'allocation chômage.

**1.3** Si vous nous suivez sur cette question centrale de cette première affaire, vous pourrez écarter rapidement les deux autres moyens.

Mme C... reproche, d'une part, à la cour d'avoir retenu que le poste à l'IAAT était un emploi que son grade d'ingénieur principal lui donnait vocation à occuper, sans rechercher si ce poste comportait des missions techniques et scientifiques. Mais l'article 2 du décret du 9 février 1990 qu'elle invoque portant statut du cadre d'emplois des ingénieurs territoriaux, parle seulement d'exercice des fonctions « *dans tous les domaines à caractère scientifique et technique entrant dans les compétences d'une collectivité territoriale ou d'un établissement public territorial* », sans imposer que la fonction elle-même soit scientifique ou technique. Et les fonctions proposées en l'espèce, certes à caractère largement administratif, s'inscrivaient

<sup>2</sup> Pour les régies personnalisées gérant un service public administratif, les emplois sont créés par le conseil d'administration (R. 2221-56 du CGCT) et c'est le président qui nomme les personnels (art R. 2221-57), dispositions rendues applicables à l'ensemble des collectivités par l'article L. 1412-1 du CGCT.

<sup>3</sup> V. not. J.-Cl. Douence « Les régies locales » Encyclopédie Dalloz collectivités territoriales, mars 2013.

bien dans les domaines de son cadre d'emploi. Il n'y a dans la réponse de la cour à ce moyen ni erreur de droit, ni dénaturation, ni insuffisance de motivation.

Mme C... reproche, d'autre part, à la cour d'avoir considéré que l'emploi était réellement existant et vacant à la date à laquelle il lui avait été proposé alors qu'il ne figurait pas dans l'arrêté du 16 février du président du CGFPT de la Vienne et qu'aucune précision n'était donnée notamment quant à la rémunération dans le courriel qui lui avait été adressé. Mais la cour pouvait sans erreur de droit, ni dénaturation, estimer que la première circonstance ne suffisait pas à établir que l'emploi n'existait pas ou n'était pas effectivement vacant et elle n'avait pas à répondre explicitement à la seconde, qui n'était qu'un argument au soutien de son moyen sur la réalité et la vacance de l'emploi qui lui avait été proposé.

**1.4** Si vous ne nous suiviez pas et décidiez d'en rester à une approche beaucoup plus étroite des emplois susceptibles d'être proposés, cantonnée aux services de l'organisme employeur d'origine, vous devriez, s'agissant d'un second pourvoi, régler au fond en examinant l'appel de Mme C... contre le jugement du tribunal administratif qui, on l'a dit, ne lui avait reconnu que trois jours d'allocation chômage en tenant compte des refus qu'elle avait opposés aux différentes offres qui lui avaient été présentées.

Par cet appel, elle reprochait à l'administration de ne pas lui avoir proposé d'autres postes vacants, mais cet argument est inopérant si l'administration lui a bien proposé un poste dans les trois premières vacances. Elle soutient en outre qu'aucune offre n'était ferme et précise et que la réalité des postes n'était pas établie. Mais comme l'intéressée a opposé des refus à ces offres sans même tenter d'aller au bout du processus, il est difficile d'accueillir son argumentation sur le caractère ferme et précis de ces offres.

Reste l'argument tiré des propositions qui ne correspondaient pas à son grade et il est vrai que la cour elle-même n'avait retenu parmi les différents postes proposés que celui de l'IAAT qui, parmi les trois qui comportaient des tâches d'encadrement et des missions d'ordre technique, était le seul à être un poste de chef de service. On peut hésiter sur ce point mais cette lecture nous semble bien assise sur les pièces du dossier d'appel et nous vous proposerions de la faire vôtre dans le cadre de ce règlement au fond. Vous en déduiriez alors qu'il y a lieu d'annuler la décision du président de la région refusant le bénéfice de l'allocation chômage pour l'ensemble de la période de 6 mois litigieuse.

Voici pour cette première affaire, permettant d'éclairer les conditions d'ouverture du droit à l'allocation en fonction des emplois proposés pour la réintégration et des refus opposés par l'intéressé.

**2.** On en vient à la deuxième affaire, portée devant vous par Mme G..., qui pose la question du **montant du droit à l'allocation** chômage et, notamment, des possibilités de cumul avec des revenus d'activités accessoires.

Mme Gonnet, agent territorial spécialisé des écoles maternelles titulaire, employée par la commune de Mauguio-Carnon, a été placée en disponibilité pour convenances personnelles pour une durée d'un an à compter du 1<sup>er</sup> mars 2008, renouvelée à trois reprises. Faute d'emploi vacant à son retour de disponibilité, elle a été placée en disponibilité d'office à compter du mois de mars 2012 et admise au bénéfice de l'allocation chômage. Mais le montant de son allocation a été réduit en raison de rémunérations qu'elle avait perçues au titre d'une activité occasionnelle auprès de l'Université de Montpellier I. Face au refus du maire de revenir sur cette déduction, Mme G... a contesté ce refus devant le tribunal administratif de

Montpellier qui a rejeté son recours par un jugement du 5 juin 2015 qu'elle vous défère en cassation.

**2.1** Le cadre juridique de cette deuxième affaire est déjà largement fixé par votre jurisprudence. Vous avez en effet jugé qu'il résulte des dispositions du code du travail que le régime des allocations est défini par les stipulations de l'accord prévu par l'article L. 351-8 de ce code (aujourd'hui codifié à l'article L. 5422-20) dès lors qu'il est intervenu et a été agréé, pour autant qu'il ne soit pas incompatible avec les règles qui gouvernent l'emploi des agents publics (26 juin 1989, D..., n° 76711 rec. ; 9 oct. 1991, Mme F..., n° 86933 T.). Vous jugez aussi que les délibérations de la commission paritaire nationale ne s'appliquent pas et qu'il appartient à l'autorité administrative de fixer les modalités d'application de la convention et du règlement qui lui est annexé (1<sup>er</sup> oct. 2001, Commune de Bouc-Bel-Air, n°215499, rec. ; 29 juillet 2002, Mlle L..., n°218169 T. ; 23 juillet 2003, Département des Hauts-de-Seine c. Mme A..., n°246613, T.). La convention et le règlement annexé sont donc bien applicables quant à eux.

**2.2** Mais ils font l'objet de modifications régulières et, même si elles ne sont pas toujours très notables, la première question qui se pose à vous est celle de la date à prendre en compte pour déterminer la version applicable de ces textes, notamment eu égard à la période en quelque sorte de « gel » que représente la disponibilité pour convenance personnelle entre la cessation de l'activité auprès de l'employeur public d'origine et la date à laquelle les droits de l'intéressé s'ouvriront, faute de réintégration.

En l'espèce, la disponibilité a débuté en 2008 et l'ouverture du droit en 2012. Deux conventions sont susceptibles de s'appliquer : celle du 18 janvier 2006 et celle du 6 mai 2011. On pourrait certes imaginer que les droits de l'intéressée sont acquis dès la mise en disponibilité pour convenance personnelle mais la date de fin de disponibilité, qui est celle d'ouverture des droits, nous semble la plus logique car avant cette date rien ne permet de savoir si la convention d'assurance chômage aura à s'appliquer un jour et il paraît naturel d'appliquer un droit contemporain de la date à laquelle débute le versement de l'allocation plutôt que celui qui prévalait des années auparavant. Si vous nous suivez sur cette question, vous appliquerez la convention du 6 mai 2011 et son règlement annexé, étant précisé que les règles à appliquer seraient identiques si vous faisiez le choix de la version de 2006.

**2.3** On peut donc en venir à la question de fond. Dans la convention du 6 mai 2011, les règles applicables sont fixées aux articles 28, 29 et 30. Elles permettent le cumul avec l'allocation chômage des revenus d'une activité occasionnelle ou réduite n'excédant pas 110 heures par mois et 70% des revenus antérieurs.

Le règlement distingue pour le reste entre les activités dites « conservées », qui sont intégralement cumulables et les activités « reprises » qui ne le sont que partiellement. L'activité conservée est celle qui a débuté antérieurement à la perte d'activité alors que l'activité reprise est celle qui débute après cette perte. C'est ce que confirme, du reste, la circulaire de l'UNEDIC du 2 déc. 2011 relative à la mise en œuvre des aides au reclassement résultant de la convention, qui prend comme point de repère la fin de contrat de travail pris en considération pour l'admission à l'allocation chômage.

Mais comment raisonner avec la disponibilité qui peut créer une période intercalaire entre la fin de l'activité initiale et le versement de l'allocation, lorsque c'est justement dans cette période intercalaire que l'activité accessoire a commencé à être exercée ? La perte d'activité doit elle être considérée comme provoquée par le départ en disponibilité pour

convenance personnelle ou bien au contraire par la fin de cette période et donc la mise en disponibilité d'office du fait de l'impossibilité d'une réintégration à son issue ?

Dans la logique de la convention et de la circulaire UNEDIC précitée prenant comme point de repère la perte de l'activité qui ouvre droit à l'allocation, cela dépend nous semble-t-il de la question de savoir s'il y a eu ou non une activité ouvrant droit à l'allocation chômage pendant la période de disponibilité pour convenance personnelle.

Si l'intéressé a eu une telle activité pendant cette période intercalaire, la perte d'emploi intervient bien à la fin de celle-ci et donc avec l'impossibilité de réintégration. Dans le cas contraire, c'est à dire si l'intéressé n'a pas ou que très peu travaillé pendant cette période, c'est l'activité antérieure qui ouvrira droit à l'allocation chômage et c'est alors la date de mise en disponibilité pour convenance personnelle qui devra être prise en compte pour définir si une activité accessoire est conservée ou reprise au sens des règles conventionnelles.

Cette approche, cohérente avec les critères d'application des textes de droit commun, nous paraît également cohérente avec la raison d'être du cumul intégral des activités conservées et seulement partiel des activités reprises. Il nous semble en effet que ces règles visent à assurer le maintien du revenu des intéressés ayant plusieurs activités simultanées lorsqu'ils viennent à en perdre une. Dans ces situations, le cumul intégral permet à l'intéressé de solliciter une allocation chômage qui viendra se substituer au revenu perdu en sus des autres revenus antérieurs. Ainsi conçu comme un dispositif de cumul chômage-activité prenant le relais d'un cumul activité-activité, il n'y a aucune raison d'en faire bénéficier ceux qui ont choisi de ne pas avoir d'activité principale au cours de leur disponibilité pour convenance personnelle<sup>4</sup>.

Il pourrait d'ailleurs y avoir un effet d'aubaine à retenir une solution inverse en permettant aux agents publics en disponibilité de mettre à profit cette période pour commencer de petites activités dont ils pourraient cumuler ensuite intégralement les revenus avec leurs allocations chômage. La convention d'assurance chômage ne nous semble pas avoir été conçue pour cela et elle ne devrait pas, selon nous, être interprétée de telle sorte qu'elle produise ou tolère de tels effets.

Si vous nous suivez, vous constaterez que l'allocation chômage dont Mme G... pouvait bénéficier était due au titre de ses activités antérieures à sa mise en disponibilité pour convenance personnelle. Ses activités accessoires auprès de l'Université de Montpellier I ayant débuté postérieurement à cette date, elles devaient donc être considérées comme « reprises » au sens de la convention, comme l'a jugé le tribunal. Vous écarterez en conséquence son moyen unique d'erreur de droit et rejetterez son pourvoi. Et vous en aurez fini avec la deuxième thématique de ces affaires, concernant le montant du droit à l'allocation chômage en retour de disponibilité.

**3. On en vient alors au troisième et dernier volet, concernant la détermination de l'organisme débiteur de l'allocation chômage lorsqu'elle est due à l'issue d'une période de disponibilité pour convenance personnelle.**

**3.1** La question vous est posée par Mme B..., agent contractuel de droit public de Pôle emploi qui, au cours de sa disponibilité pour convenance personnelle, a travaillé pour la direction des finances publiques avant que cette direction mette fin à ses fonctions.

<sup>4</sup> Ces motifs ressortent d'ailleurs plus explicitement de la convention ultérieure du 14 mai 2014 (art .30 et suivants), d'une manière qui apparaît bien plus comme une clarification du droit préexistant (que la circulaire UNEDIC explicitait seule jusqu'alors) que comme une inflexion. La convention de 2017 reprend quant à elle ces termes nouveaux de 2014.

Ayant alors sollicité sa réintégration à Pôle emploi, celle-ci a dû attendre plusieurs mois avant qu'un nouvel emploi puisse lui être proposé. Elle avait le droit, pendant cette période, à l'allocation chômage et elle lui a bien été versée par la direction des finances publiques (après refus de Pôle emploi), avant que celle-ci ne se ravise et ne réclame le remboursement des sommes versées, au motif que c'était à Pôle emploi de supporter la charge de l'allocation.

Mme B... a contesté cette décision (et demandé une indemnité de 50 000 euros) devant le tribunal administratif de Montpellier en faisant valoir qu'il y avait lieu d'appliquer les règles de coordination de l'article R. 5424-2 du code du travail, analyse qui n'a toutefois pas convaincu les juges du fond.

Ces règles de coordination régissent les situations où une personne a travaillé successivement pour des employeurs relevant du régime d'assurance chômage et des employeurs dits « en auto-assurance ». Elles prévoient que lorsque, au cours de la période de référence -qui est, de 28 ou 36 mois avant la fin du contrat de travail selon que le salarié a plus ou moins de 50 ans en vertu de la convention du 6 mai 2011-, 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 des employeurs en auto-assurance, la charge de l'indemnisation incombe au régime d'assurance chômage. Dans le cas contraire, cette charge incombe à l'employeur en auto-assurance qui a employé l'intéressé le plus longtemps. En cas d'égalité de période d'emploi, elle incombe au dernier employeur. C'est, comme vous le voyez, un « tout ou rien » et non un *pro rata temporis* comme le soulignait G. Goulard dans ses conclusions sur l'affaire Aumont du 30 déc. 2002, n°224462 T.

Le tribunal a écarté ces règles de coordination au profit d'une autre règle, selon laquelle il appartiendrait à l'employeur qui ne réintègre pas à l'issue de la disponibilité et auquel est donc imputable la situation d'agent privé d'emploi de l'intéressé, de supporter la charge de l'allocation. Il s'est manifestement inspiré sur ce point de la position exprimée par l'administration dans ce litige, reprenant elle-même une circulaire interministérielle du 21 février 2011 relative à l'indemnisation du chômage des agents du secteur public, qui affirme que c'est à : « *l'administration d'origine, qui refuse la réintégration, qu'incombe la charge de l'indemnisation chômage, malgré le fait que l'intéressé ait travaillé auprès d'autres employeurs pendant sa disponibilité. Dans cette hypothèse, les règles de coordination de l'article R.5424-2 du code du travail ne s'appliquent pas* ».

**3.2** Le tribunal donne ainsi l'impression d'avoir réglé un conflit positif de normes en faisant prévaloir cette règle propre à la disponibilité sur les règles de coordination. Mais il nous semble en réalité qu'il était plutôt confronté à un conflit négatif : aucune des deux normes qui se présentaient à lui n'étant réellement applicables ici.

D'une part, celle de l'employeur qui ne réintègre pas », ne repose sur rien de tangible. La circulaire du 21 février 2011 a cru pouvoir la fonder sur vos décisions des 5 mai 1995, Centre hospitalier intercommunal de Fréjus-Saint-Raphael, n°149948 et 17 janvier 2008, Centre hospitalier intercommunal Robert Ballanger n°306670 mais dont il nous semble difficile de déduire une règle aussi générale que celle formulée par l'administration. Et les autres décisions que l'on peut recenser comme s'approchant de cette solution ne la retiennent pas clairement : v. not. 8 janvier 1993, Centre de cure médicale de Vihiers c. Mme M... n°100382 ou encore 9 oct. 1991, F..., n° 86933 , précité. On peut donc douter de l'existence même de la première règle reprise puisée par le tribunal dans la défense de l'administration.

D'autre part, la seconde règle, celle dite de coordination, ne nous semble pas réellement applicable au cas d'une personne qui a travaillé pendant toute la période de référence au profit d'un seul employeur avant de tenter de réintégrer son corps d'origine. Dans cette situation en effet, on est hors du champ des règles de coordination proprement dites dont l'objet et la limite se trouvent dans le fait d'avoir travaillé dans la période de référence pour plusieurs employeurs relevant pour les uns du régime d'assurance et pour les autres de l'auto-assurance.

Sans doute l'intéressée a-t-elle bien eu deux employeurs latents pendant la période de référence, l'un pour lequel elle a travaillé et l'autre qui a refusé de la réintégrer. Mais le texte de l'article R. 5424-2 fixant la règle de coordination se réfère à des périodes d'emploi, ce qui suppose non un lien latent ou théorique avec deux employeurs mais bien des périodes effectives de travail auprès de ceux-ci. Et à considérer que l'on fasse l'effort de surmonter cet obstacle, en regardant en quelque sorte le refus de réintégration comme une période d'emploi dont la durée ne dépasserait pas un instant de raison, il reste que les deux employeurs relevaient ici de l'auto-assurance.

Certes, ces dispositions réglementaires fixent bien par ailleurs une règle en cas de pluralité d'employeurs en auto-assurance, mais uniquement lorsqu'il y a eu aussi des périodes d'emploi pour le compte d'employeurs relevant du régime d'assurance et que la durée totale de ces dernières était inférieure.

Il s'agit donc d'une règle de second niveau dont l'applicabilité est commandée par le champ de celle du premier niveau. Et bien qu'il soit tentant de retenir une interprétation large de la portée de cette règle de second niveau, s'affranchissant du champ du premier, une telle interprétation est exclue par la base légale de cet article, figurant à l'article L. 5424-4 du code du travail et qui n'a renvoyé au pouvoir réglementaire que les situations où l'intéressé a travaillé pour des employeurs relevant, pour les uns, du régime d'assurance et, pour les autres, de l'auto-assurance, c'est à dire le champ du premier niveau<sup>5</sup>.

**3.3** Mais c'est l'essence même de l'office du juge, et tout particulièrement du juge suprême, que de fixer les règles dans les cas qui ont pu échapper aux prévisions des textes. Il vous appartient donc de combler ce vide de manière prétorienne et trois options s'offrent à vous nous semble t-il.

La première consisterait à suivre l'approche du tribunal et de la circulaire interministérielle et à écarter radicalement les règles de coordination en cas de fin de disponibilité, en se fondant sur le caractère très spécifique de cette période. Cette solution pourrait être tentante en faisant payer à l'administration qui tarde à réintégrer -et est directement à l'origine de la privation d'emploi de l'intéressé- le prix du service de l'allocation chômage.

Mais il nous semble que, ce faisant, vous quitteriez le *praeter legem* pour le *contra legem* : dans bien des cas en effet les agents publics en disponibilité travaillent au profit d'organismes privés relevant du régime d'assurance. Lorsqu'ils le font pour une durée plus courte que la période de référence, il y a bien au sein de cette période une succession de périodes d'emploi auprès d'organismes relevant pour les uns du régime d'assurance et pour les autres de l'auto-assurance, c'est à dire une situation entrant de plain pied dans le champ

---

<sup>5</sup> Et on ne peut considérer que le pouvoir réglementaire aurait pu, sans base légale, étendre le champ de ces dispositions, qui s'appliquent à des personnes autres que l'Etat et ses établissements publics.

des règles de coordination voulues par le législateur et précisées par le pouvoir réglementaire. Et nous ne voyons ni raison ni possibilité de s'y soustraire.

Une deuxième option, intermédiaire, consisterait à appliquer les règles de coordination lorsqu'elles s'imposent et, pour les cas qu'elles ne couvrent pas, affirmer la règle de l'employeur qui ne réintègre pas, chère à l'administration.

Mais ce « mix-juridique » conduirait à des situations complexes voire difficiles à admettre. Ainsi, dans une situation comme celle de l'espèce, où un agent a travaillé pour un employeur unique durant toute la période de référence, les règles de coordination ne seraient pas applicables et ce serait à l'employeur qui ne réintègre pas *in fine* de supporter la charge de l'indemnisation. Mais il suffirait que cet employeur ait au contraire employé quelques semaines ou mois son agent dans la période de référence pour que les règles de coordination retrouvent à s'appliquer – mais comme il n'aurait alors pas été l'employeur le plus durable dans la période, il n'aurait rien à supporter. Le mélange des deux règles aurait ainsi pour effet paradoxal de faire payer l'employeur qui ne réintègre pas lorsqu'il qui n'a plus eu aucun contact avec son agent sur toute la période de référence et au contraire de le libérer de toute charge s'il l'a maintenu ce lien pendant une partie de la période de référence.

Reste une troisième option, consistant à assumer d'appliquer les règles de coordination au delà de leur champ textuel, c'est à dire y compris lorsqu'il n'y a pas de succession de période d'emploi au profit d'employeurs relevant de régimes différents, ce qui reviendrait à appliquer toujours la règle de la période d'emploi la plus longue. Cette solution n'est certes pas idéale, puisqu'elle ne permet pas de faire supporter la charge financière de l'allocation chômage à l'employeur qui aura refusé de réintégrer l'agent (si ce n'est pas l'employeur le plus durable dans la période de référence).

Mais ce critère de la durée d'emploi la plus longue dans la période de référence a une certaine rationalité, y compris économique, en faisant supporter la charge de l'allocation par l'organisme qui aura, dans les deux ou trois dernières années d'activité, employé le plus l'intéressé et ainsi « auto-cotisé » le plus avant le versement effectif de l'allocation. Et, vous l'avez compris, cette solution est la seule qui nous semble présenter une cohérence interne et être simple d'application. C'est celle que nous vous proposons donc d'adopter<sup>6</sup>.

Si vous nous suivez, vous ferez droit au moyen d'erreur de droit articulé par Mme B... et annulerez le jugement entrepris.

**PCMNC :**

- au rejet du pourvoi de Mme C... et à ce que celle-ci verse une somme de 1 000 euros à la région Nouvelle Aquitaine au titre des frais exposés ;
- au rejet du pourvoi de Mme G... ;
- à l'annulation du jugement du 20 février 2015 du tribunal administratif de Montpellier concernant Mme B..., au renvoi de l'affaire à ce tribunal et à ce que l'Etat verse à l'intéressée une somme de 3 000 euros au titre des frais exposés.

---

<sup>6</sup> La règle de l'employeur d'origine refusant de réintégrer s'appliquera bien quant à elle mais seulement dans le cas où il n'y a eu aucun autre employeur que lui pendant la période de référence passée disponible.