

N° 405921
Mme A...

3ème et 8ème^e chambres réunies

Séance du 20 janvier 2020
Lecture du 7 février 2020

CONCLUSIONS

M. Laurent Cytermann, Rapporteur public

Par une décision *Mme V...* (CE, Sect., 3 juin 2019, n° 423001, Rec.), votre section du contentieux a donné au juge administratif, statuant sur les droits du travailleur privé d'emploi à un revenu de remplacement, les habits d'un juge de plein contentieux, alors qu'il statuait auparavant comme juge de l'excès de pouvoir¹. L'affaire qui vient d'être appelée vous conduira, à la faveur d'une seconde cassation, à enfiler vous-mêmes ce nouveau costume.

Mme Sophie A... a été recrutée par la commune de Brusque (Aveyron) comme adjoint administratif stagiaire, occupant les fonctions de secrétaire de mairie, à compter du 16 mars 2005. A la suite d'un avis émis par le comité médical départemental de l'Aveyron, le maire de Brusque a mis fin au stage de Mme A... et prononcé son licenciement pour inaptitude avec effet au 23 septembre 2006. Ces décisions ont été annulées par le tribunal administratif de Toulouse pour vice de procédure, par un jugement du 17 décembre 2009. Par un arrêté du 18 janvier 2010, le maire a exécuté ce jugement en réintégrant juridiquement Mme A... à compter du 23 septembre 2006 et en procédant à sa réintégration effective pour l'avenir, pour une période de 7 mois et 8 jours, afin de lui permettre d'achever son stage.

Parallèlement, Mme A... a demandé à la commune de lui verser l'allocation de retour à l'emploi (ARE), c'est-à-dire l'allocation d'assurance chômage, à deux reprises : une première demande a été reçue par la commune le 10 janvier 2007, refusée par un courrier du maire le 17 janvier 2007 ; une seconde demande a été présentée le 26 octobre 2009, donnant lieu à une décision implicite de rejet. Mme A... a demandé au tribunal administratif de Toulouse d'annuler ces deux décisions et de condamner la commune à lui verser une somme de 23 000 euros au titre des allocations dues. Par un jugement du 4 juillet 2013, le tribunal a annulé les décisions et fait droit aux conclusions indemnitaires, tout en renvoyant Mme A... devant la commune pour la liquidation de la somme due d'après les règles de la convention d'assurance-chômage. Sur appel de la commune, la cour administrative d'appel de Bordeaux a annulé ce jugement et rejeté les demandes de Mme A... par un arrêt du 14 octobre 2014,

¹ Cf. sur cette jurisprudence antérieure, CE, 13 novembre 1995, *Min. c/ Mme E...*, n° 135593, Tab.

au motif qu'en vertu de l'annulation juridictionnelle rétroactive de la décision de licenciement, celle-ci ne pouvait être regardée comme ayant été involontairement privée d'emploi. Jugeant au contraire qu'un agent ne saurait être privé de son droit à l'allocation d'assurance au motif de l'annulation ultérieure de la décision de licenciement, vous avez censuré cet arrêt pour erreur de droit (CE, 11 décembre 2015, *Mme A...*, n° 386441, Tab.). Statuant sur renvoi, la cour a à nouveau rejeté les conclusions de Mme A... par un arrêt du 13 octobre 2016, contre lequel celle-ci se pourvoit en cassation.

1. Vous ferez droit au moyen d'ordre public communiqué aux parties tiré de ce que la cour a méconnu son office en se prononçant comme juge de l'excès de pouvoir. Elle a notamment fait droit à une demande de substitution de motifs présentée par la commune en se référant aux conditions d'une telle substitution par le juge de l'excès de pouvoir, énoncées par la jurisprudence *Mme H...* (CE, Sect., n° 240560, Rec.). Même si la cour a statué antérieurement à votre décision *Mme V...*, ce revirement de jurisprudence a, à défaut de précision contraire dans la décision, une portée rétroactive et elle a donc méconnu son office (cf. pour une annulation analogue la décision du même jour CE, Sect., 3 juin 2019, *M. C...I*, n° 415040, Rec.).

2. Vous réglerez l'affaire au fond puisqu'il s'agit d'un second pourvoi en cassation². Vous annulerez le jugement pour les mêmes motifs que ceux ayant entraîné la cassation de l'arrêt : le tribunal s'est en effet prononcé en tant que juge de l'excès de pouvoir sur la légalité des décisions de refus d'ARE avant de statuer sur le terrain de la responsabilité de la commune, alors qu'il aurait dû directement se prononcer sur les droits à l'allocation de Mme A...

3. Vous évoquerez et statuerez sur la demande présentée par Mme A... devant le tribunal administratif de Toulouse. Rappelons le paragraphe de principe de la décision *Mme V...*, qui définit le cadre juridique dans lequel vous vous prononcerez :

- comme pour l'ensemble des contentieux sociaux, lorsque le juge administratif statue sur un recours dirigé contre une décision par laquelle l'administration, sans remettre en cause des versements déjà effectués, détermine les droits d'une personne au titre des dispositions en faveur des travailleurs privés d'emploi, « *il appartient au juge administratif, eu égard tant à la finalité de son intervention qu'à sa qualité de juge de plein contentieux, non de se prononcer sur les éventuels vices propres de la décision attaquée, mais d'examiner les droits de l'intéressé, en tenant compte de l'ensemble des circonstances de fait qui résultent de l'instruction*³ » et « *au vu de ces éléments, il lui appartient d'annuler ou de réformer, s'il y a lieu, cette décision, en fixant alors lui-même tout ou partie des droits de l'intéressé et en le renvoyant, au besoin, devant l'administration afin qu'elle procède à cette fixation pour le surplus, sur la base des motifs de son jugement* » ;

² Vous statuerez bien comme juge d'appel : en effet, si le décret n° 2013-730 du 13 août 2013 portant modification du code de justice administrative a fermé la voie de l'appel pour le contentieux des prestations en faveur des travailleurs privés d'emploi, ces dispositions ne sont entrées en vigueur que pour les décisions des tribunaux administratifs rendues à compter du 1^{er} janvier 2014 (cf. l'article 16-II de ce décret).

³ Notamment, selon cette décision, « *du dossier qui lui est communiqué en application de l'article R. 772-8 du code de justice administrative* ». Ces dispositions n'ont toutefois pas été appliquées en l'espèce car elles sont postérieures à l'introduction de la requête de Mme A...

- s'agissant plus particulièrement des droits au revenu de remplacement des travailleurs privés d'emploi, « *c'est au regard des dispositions applicables et de la situation de fait existant au cours de la période en litige que le juge doit statuer* ».

Dans le cadre de cet office, vous statuerez de manière distincte sur les droits de Mme A... découlant de ses demandes du 10 janvier 2007 et du 26 octobre 2009, puisque ces demandes fixent le point de départ des périodes en litige.

3.1. Vous rejetterez d'abord les conclusions de la commune tendant à ce que vous prononciez un non-lieu à statuer, au motif que l'annulation juridictionnelle de la décision de licenciement aurait privé d'objet la demande d'allocation. Vous avez jugé le contraire dans votre première décision de cassation, en considérant que cette annulation était sans incidence sur les droits au revenu de remplacement.

3.2. Venons-en aux droits de Mme A... découlant de sa demande d'allocation du 10 janvier 2007. Au préalable, quelques rappels sont utiles sur le cadre juridique du droit à l'allocation d'assurance des agents publics.

En vertu de l'article L. 351-12 du code du travail alors en vigueur, les agents titulaires et non titulaires des collectivités territoriales ont droit à cette allocation dans les mêmes conditions que les salariés des employeurs affiliés à l'UNEDIC, la charge et la gestion de cette indemnisation étant toutefois assurée par leur ancien employeur dans le cadre du régime dit « d'auto-assurance ». Selon l'article L. 351-1 du même code, le droit au revenu de remplacement est ouvert aux travailleurs « *involontairement privés d'emploi, aptes au travail et recherchant un emploi* ». Pour le reste, c'est la convention d'assurance-chômage qui fixe l'essentiel des règles relatives à l'indemnisation des agents publics, de par le renvoi opéré par la loi. En l'espèce, il s'agit de la convention du 18 janvier 2006, agréée par un arrêté du ministre du travail du 23 février 2006.

La commune ne conteste ni le fait que l'indemnisation lui incombe, Mme A... n'ayant travaillé pour aucun employeur du secteur privé au cours de la période de référence⁴ précédant la fin de son emploi, ni le fait qu'elle ait été son agent du 16 mars 2005 au 22 septembre 2006, soit une période de 18 mois. Elle soulève en revanche deux moyens en défense.

3.2.1 Tout d'abord, elle se prévaut de l'inaptitude au travail de Mme A..., qui aurait été reconnue par des avis du comité médical départemental du 4 septembre 2006 et du comité médical supérieur du 13 mai 2008. Cependant, il ne ressort pas de l'instruction, notamment des termes de ces avis, que ceux-ci auraient conclu à l'inaptitude de Mme A... à exercer n'importe quel emploi : les comités médicaux se sont seulement prononcés sur son aptitude à exercer les fonctions qu'elle occupait dans la commune. Or l'inaptitude interdisant le bénéfice de l'allocation d'assurance est d'une autre nature, car il s'agit d'une inaptitude à exercer tout emploi. La décision *Mme F...* (CE, 17 mai 1999, n° 168206, Tab.) dont se prévaut la

⁴ C'est-à-dire celle au cours de laquelle la durée de cotisation est appréciée, ainsi que le salaire de référence sur la base duquel est calculé l'allocation. La durée de cette période de référence est fixée par la convention d'assurance-chômage.

commune n'est donc pas pertinente, car elle déduit l'absence de droit au revenu de remplacement du bénéfice d'une pension d'invalidité de deuxième catégorie, qui se fonde elle-même sur une inaptitude générale et non d'une inaptitude à l'exercice d'un emploi particulier⁵.

La commune a également produit une décision accordant une pension d'invalidité de 2^e catégorie à Mme A... à compter du 22 janvier 2013, mais cette décision est postérieure à la période en litige et ne peut donc être prise en compte.

3.2.2. La commune soutient ensuite que Mme A... n'a pas justifié avoir effectué des diligences pour rechercher un emploi entre son licenciement en septembre 2006 et sa demande d'allocation en janvier 2007. Elle se prévaut ainsi de la condition de recherche d'emploi énoncée par l'article L. 351-1 du code du travail. L'article L. 351-16 précise que « *la condition de recherche d'emploi prévue à l'article L. 351-1 est satisfaite dès lors que les intéressés sont inscrits comme demandeurs d'emploi et accomplissent, à leur initiative ou sur proposition de l'un des organismes mentionnés au premier alinéa de l'article L. 311-1, des actes positifs et répétés en vue de retrouver un emploi, de créer ou de reprendre une entreprise* ». Il n'est pas contesté que Mme A... s'était inscrite comme demandeur d'emploi préalablement à sa demande d'allocation mais la commune soutient qu'elle ne justifiait pas de ses « *actes positifs et répétés* » de recherche d'emploi.

Toutefois, si la recherche d'emploi est bien l'une des conditions du droit au revenu de remplacement, nous ne croyons pas que cette condition puisse être vérifiée au moment de l'ouverture des droits à allocation ; il s'agit d'une condition de maintien des droits et non d'ouverture des droits. Vous n'avez jamais eu l'occasion de trancher cette question, pas plus semble-t-il que la Cour de cassation pour les anciens salariés du secteur privé, mais cela résulte de la nature même de cette condition et de l'économie générale de la législation.

Lorsqu'un chômeur demande le bénéfice de l'allocation d'assurance, il vient le plus souvent de perdre son emploi. Il n'a pas encore bénéficié de l'accompagnement du service public de l'emploi, aujourd'hui assuré par Pôle emploi, et n'a pas même encore établi son projet personnalisé d'accès à l'emploi (PPAE) qui définit le type d'emploi recherché. Il ne peut donc lui être demandé à ce stade de justifier déjà d'actes de recherche d'emploi. En revanche, il doit s'être inscrit sur la liste des demandeurs d'emploi, formalité prévue par la loi et qui atteste de son engagement dans une démarche de recherche d'emploi.

L'article L. 351-16 alors applicable figurait d'ailleurs dans une section intitulée « *Maintien des droits au revenu de remplacement* ». Le nouveau code du travail entré en vigueur le 1^{er} mai 2008 ne comporte plus cette subdivision, mais ce changement formel ne nous paraît pas déterminant. Selon votre jurisprudence, deux types de mesures peuvent être prises pour tirer les conséquences d'une absence d'actes positifs et répétés, comme l'exposait Maud Vialettes dans ses conclusions sur une décision D... (CE, 23 février 2011, n° 332837, Tab.) : soit

⁵ Au demeurant, la jurisprudence judiciaire est en sens contraire sur ce point et retient un principe d'indépendance des législations : Cass. soc. 22-2-2005 n° 03-11.467 FS-PB, *Assédic Aquitaine c/ S.* : RJS 5/05 n° 552, Bull. civ. V n° 60 ; Cass. 2e civ. 8-4-2010 n° 08-70.464 FS-PB, *V. c/ Fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d'autres infractions* : RJS 6/10 n° 555, Bull. civ. II n° 79.

l'autorité administrative se borne à tirer les conséquences, sur la période concernée, de ce que l'intéressé ne remplissait plus l'une des conditions du droit au revenu de remplacement, auquel cas la décision peut être rétroactive (CE, 28 décembre 1992, *T...*, n° 116494, Tab.) ; soit cette autorité procède pour l'avenir à la réduction ou à la suppression temporaire ou définitive du droit à l'allocation, dans une logique de sanction (CE, 23 février 1998, *Z...*, n° 161143, Tab. ; décision *E.* précitée). Mais dans les deux cas la décision relative au revenu de remplacement ne tire les conséquences de l'absence de recherche d'emploi que pour des périodes postérieures à l'ouverture du droit⁶.

A nos yeux, cette solution vaut même si un certain délai s'est écoulé entre la perte d'emploi et la demande d'ARE. Selon la convention d'assurance-chômage, le versement de l'ARE ne commence que 7 jours après l'inscription à Pôle emploi (délai d'attente), celle-ci devant avoir lieu dans un délai de 12 mois à compter de la fin du contrat de travail (délai de forclusion). Si la personne a attendu plusieurs mois avant de s'inscrire à Pôle emploi et de demander l'allocation, elle n'a eu droit à aucune allocation et il n'y a donc pas de raison de vérifier son comportement de recherche d'emploi au titre de cette période.

3.2.3. La commune ne peut donc se prévaloir utilement de l'absence de recherche d'emploi préalablement à la demande d'allocation. Devant vous et dans la perspective du règlement au fond, elle invoque cependant de manière plus pertinente la faiblesse de la recherche d'emploi par Mme A... au cours de la période en litige, durant les années 2007 à 2009. Mais vous écarterez également ce moyen car la commune n'était pas compétente pour tirer les conséquences de cette insuffisance supposée.

En effet, vous jugez s'agissant des agents publics que seul le préfet de département est compétent pour prononcer une mesure de réduction ou de suppression du revenu de remplacement (CE, 17 mars 1993, *Mlle P...*, n° 96646, Tab.). Comme l'expliquait dans ses conclusions le président Arrighi de Casanova, « *s'il incombe en effet à l'ancien employeur d'assurer le versement du revenu de remplacement (...), il ne lui appartient pas de priver l'agent du bénéfice de cette allocation* », l'article R. 351-33 réservant cette compétence en préfet.

On pourrait certes envisager que cette incompétence soit limitée aux mesures de sanction et ne s'étende pas aux mesures qui se borneraient à tirer les conséquences du non-respect d'une des conditions du droit à l'allocation, conformément à la jurisprudence *Tréviglio*. Mais nous doutons que cette jurisprudence, dont nous n'avons trouvé aucune illustration plus récente, puisse être maintenue. Il est en effet difficile à admettre que l'administration puisse choisir, pour tirer les conséquences des mêmes faits, entre une sanction soumise au principe de proportionnalité et une mesure de suppression rétroactive des droits qui y échapperait. Le fait que le législateur et le pouvoir réglementaire, à la suite de la loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale puis de la loi n° 2008-758 du 1er août 2008 relative aux droits et aux devoirs des demandeurs d'emploi, aient renforcé l'encadrement

⁶ Il est enfin intéressant de souligner que l'ancien code du travail (article R. 351-27) ne prévoyait le contrôle de cette condition lors de l'admission à l'allocation que pour l'allocation de solidarité spécifique (ASS), et non pour l'allocation d'assurance. Cela est logique pour l'ASS puisque par hypothèse, le demandeur est un chômeur en fin de droits et devait donc déjà justifier préalablement à sa demande d'actes positifs et répétés, en tant que bénéficiaire de l'allocation d'assurance.

procédural et sur le fond de ce pouvoir de sanction, devrait vous conduire à abandonner cette échappatoire. En tout état de cause, même dans le cadre de la jurisprudence *T...*, vous reteniez la compétence du préfet et non de l'institution versant le revenu de remplacement.

3.3. La seconde période en litige, découlant de la demande d'allocation présentée le 26 octobre 2009, vous retiendra moins longtemps. En effet, en vertu de l'article R. 5424-2 du code du travail, lorsqu'au cours de la période de référence, 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 d'un ou plusieurs employeurs publics, la charge de l'indemnisation incombe à Pôle emploi. Or il n'est pas contesté que Mme A... a travaillé pour un employeur privé entre juin et septembre 2009 et dès lors qu'au cours de la période de référence précédant sa demande du 26 octobre 2009, elle n'a effectué aucun travail pour un employeur public, cet emploi suffit à mettre son indemnisation à la charge de Pôle emploi. Conformément à votre première décision de cassation, vous ne tiendrez pas compte dans cette appréciation de la réintégration juridique auprès de la commune de Brusque.

4. Au total, vous condamnerez la commune à verser à Mme A... l'allocation d'assurance due en vertu de sa demande du 10 janvier 2007 et rejetterez le surplus des conclusions de la requérante. L'état de l'instruction ne vous mettant pas en mesure de déterminer le montant exact des droits de Mme A..., il y a lieu de la renvoyer devant la commune de Brusque pour que soient calculées et versées, dans un délai de trois mois, les ARE qui lui sont dues en application de la convention d'assurance-chômage alors en vigueur, assorties des intérêts au taux légal sur chacun des versements périodiques (cf. la décision *Mme V...* pour un renvoi analogue, fréquent en matière de plein contentieux social).

Vous condamnerez également la commune à verser à Mme A... une somme de 4 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du CJA, pour l'ensemble de la procédure.

Tel est le sens de nos conclusions.