

LIAISON(S)

Sous la responsabilité de Thomas Pasquier,
Professeur à l'Institut d'études du travail de Lyon – Université Lumière Lyon 2

Droit du travail et protection sociale

Sous la responsabilité de Thomas Pasquier,
Professeur à l'Institut d'Études du Travail de Lyon – Université Lumière Lyon 2

I Quelle effectivité des droits à ressources en cas de chômage ?

La progression des formes d'emploi très courtes et le développement de l'exercice d'une activité professionnelle en parallèle de la recherche d'emploi ont profondément transformé la composition des ressources des travailleurs. Les allocations chômage complètent aujourd'hui les revenus de nombre d'entre eux ; elles ont certainement vocation à en constituer une part de plus en plus essentielle. Cependant, les salaires et les allocations chômage sont-ils véritablement interchangeables ? Le droit à allocation confère-t-il au travailleur la même sécurité que la rémunération du travail salarié ? L'étude du régime juridique des droits à ressources ouverts aux chômeurs montre les limites actuelles de la substitution entre salaire et allocations. Leur effectivité est réduite, en raison notamment d'une réglementation complexe et ambiguë, qui éloigne le juge et confère au service public de l'emploi d'importants pouvoirs exercés en dehors de tout cadre contradictoire..

Au cours des dernières années, l'évolution des formes d'emploi a induit une transformation de la composition des ressources des travailleurs. La rémunération issue de l'activité professionnelle et les prestations sociales perçues en cas de non-emploi se conjuguent désormais au quotidien pour beaucoup d'entre eux. Une grande partie des personnes indemnisables par l'Assurance chômage exercent une activité¹. Parmi elles, nombreuses sont celles qui complètent leurs revenus du travail avec une allocation chômage² et s'inscrivent durablement dans le dispositif d'activité réduite de l'Assurance chômage³. De même, l'alternance de périodes courtes d'emploi et de chômage concerne aujourd'hui près de la moitié des travailleurs indemnisés et les contrats temporaires sont de

plus en plus courts⁴. Ce contexte incite à mettre en regard les régimes juridiques des ressources des travailleurs construits en droit du travail et en droit du chômage. Les revenus des travailleurs sont-ils protégés avec une même intensité selon qu'il s'agit d'un salaire ou d'une allocation chômage ? En droit du travail, de nombreuses institutions tendent à garantir l'effectivité du droit au salaire. Le régime juridique de l'obligation de payer le salaire, les règles relatives à la modification de la rémunération ou encore les mécanismes intervenant en cas d'insolvabilité de l'employeur convergent pour assurer aux travailleurs une stabilité et une prévisibilité de leurs ressources. En matière d'assurance chômage, l'accès à des revenus repose au premier chef sur les conditions d'ouverture des droits

(1) Depuis le milieu des années 1990, la proportion de demandeurs d'emploi exerçant une activité rémunérée a quasiment doublé (B. Ourliac et J. Rochut, « Quand les demandeurs d'emploi travaillent », DARES Analyses, n° 002, janv. 2013).

(2) Fin juin 2016, 46 % des personnes indemnisables par l'Assurance chômage exerçaient une activité, soit environ 1,5 million de personnes. La moitié d'entre elles cumulaient allocation et salaire (767 000 personnes). Les autres (829 000 personnes) avaient un revenu d'activité trop élevé pour bénéficier du dispositif de cumul (Unédic, « Qui sont les allocataires indemnisés par l'Assurance chômage en 2016 ? », juill. 2017 ; repéré à <http://k6.re/b5vm0>).

(3) Le dispositif d'activité réduite avait pour objectif initial de favoriser le retour à l'emploi. Cependant, il apparaît qu'un certain nombre de demandeurs d'emploi s'inscrivent durablement en son sein, pour pallier la faiblesse de leur allocation chômage ou lisser leur revenu, dans le cas d'une trajectoire professionnelle heurtée. De fait, le dispositif remplit aujourd'hui une diversité de rôles, à la frontière de l'assurance et de la solidarité (P. Gonthier, K. Vinceneux, « Des demandeurs d'emploi qui travaillent ? Les 7 visages de l'activité réduite », DARES Analyses, n° 212, juill. 2017).

(4) Fin juin 2016, les fins de CDD et de missions d'intérim ont constitué 47 % des ouvertures de droits à indemnisation par l'Assurance chômage (Unédic, « Qui sont les allocataires indemnisés par l'Assurance chômage en 2016 ? », préc.).

aux allocations fixées par la convention d'assurance chômage⁵. Cependant, comme tous les droits sociaux, le bénéfice réel des droits à ressources en cas de chômage se joue à d'autres niveaux que celui de leur seule énonciation dans la norme. Ces lignes ont pour objet de présenter certains ressorts de leur effectivité. Accéder aux allocations chômage suppose que son bénéficiaire soit mis en capacité de connaître ce à quoi il a droit et de discuter des décisions prises par le service public de l'emploi. Or, si les situations d'emploi sont à l'évidence extrêmement diverses, le foisonnement des situations prévues par la réglementation du chômage, la multiplicité des filières et des dispositifs d'indemnisation complique singulièrement la détermination des droits des chômeurs. De manière paradoxale, alors que la complexité du droit du chômage appelle un accompagnement des usagers par le service public, les conseillers de Pôle emploi peinent à maîtriser les nuances de la réglementation. La fiabilité des réponses du service public est régulièrement mise en cause et constitue un enjeu pour Pôle emploi. Néanmoins, du point de vue de l'utilisateur, la complexité se loge également dans les ambiguïtés, les interstices et les souterrains de la réglementation, qui confèrent au service public d'importants pouvoirs. Les pratiques de Pôle emploi dessinent alors les contours réels des droits à ressources des chômeurs, comme en atteste le régime de récupération des allocations qui ont été versées à tort. Enfin, l'effectivité des droits à allocation se mesure aussi à leur justiciabilité, c'est-à-dire à la possibilité de recourir à un juge pour sanctionner leur méconnaissance. En droit du chômage, les voies d'accès au juge sont tortueuses : le justiciable doit notamment parvenir à identifier le juge compétent pour statuer sur ses droits à allocation.

I. - Le droit à l'allocation chômage aux prises avec la complexité de la réglementation

L'effectivité du droit à ressources en cas de chômage implique à tout le moins de pouvoir déterminer la prise en charge financière à laquelle les personnes ont droit. Or, de l'aveu même de l'Unédic⁶, la complexité de la réglementation de l'Assurance chômage rend cette entreprise très délicate. Le Médiateur national de Pôle emploi le souligne dans un rapport récent : « très volumineuse, alambiquée, la réglementation peine à être assimilée par les conseillers de Pôle emploi chargés de sa mise en œuvre. Les réclamations l'illustrent : les réponses ne sont pas toujours

fiables, elles peuvent varier d'un conseiller à un autre »⁷. La compréhension de la réglementation est *a fortiori* plus difficile pour les demandeurs d'emploi. Cette complexité induit une incertitude – et une inquiétude – pour celui qui prétend à l'indemnisation de l'Assurance chômage. Le simulateur en ligne sur le site de Pôle emploi fournit une estimation dont la fiabilité est relative. Certains paramètres réclament un examen plus minutieux, comme c'est le cas du différé d'indemnisation ou de l'intégration des primes dans le calcul du salaire de référence. Les choix professionnels des travailleurs se trouvent également affectés par l'enchevêtrement des dispositifs, car leurs conséquences ne se laissent pas aisément appréhender. Ainsi, une reprise d'activité peut se révéler pénalisante, comme l'illustre le cas de ce travailleur indemnisé au titre de l'ARE, dont la reprise temporaire d'activité a ouvert un rechargement de droits de quelques semaines mais lui a également fermé l'accès à l'allocation de solidarité spécifique pour plusieurs années⁸. De même, les démissions et les ruptures de période d'essai relèvent de règles trop complexes pour être facilement applicables et compréhensibles par les allocataires et les conseillers de Pôle emploi⁹. Le cas de la démission est éloquent : son incidence est différente selon qu'elle intervient à l'occasion du rechargement des droits, au cours d'une reprise de droits, en cas d'activité réduite et, au fil de l'eau : avant 455 heures ou 91 jours, après 91 jours, sous un délai de 8 jours, après trois années de travail continues, avec ou sans inscription. Comment exiger de l'allocataire qu'il maîtrise de telles nuances ?

La complexité de la norme implique sans nul doute une responsabilité particulière de Pôle emploi, dont la mission première est d'« accueillir et informer » les personnes à la recherche d'un emploi, d'une formation ou d'un conseil professionnel (C. trav., art. L. 5312-1). La jurisprudence relative à l'obligation d'information de Pôle emploi relaie et confirme ce rôle fondamental de l'institution, en lui assignant un devoir de conseil des allocataires quant à l'étendue de leurs droits à prestations. Dans un arrêt de 2012, la Cour de cassation affirme l'obligation des organismes d'assurance chômage « d'information complète des demandeurs d'emploi »¹⁰. La formule employée dessine un devoir qui s'étend au-delà des cas qui, classiquement, engagent la responsabilité pour faute des organismes de sécurité sociale, tels que la délivrance d'une information erronée, l'absence de réponse à une demande expresse d'un usager, ou encore le fait de tarder à mettre à la disposition de l'assuré l'imprimé indispensable à l'obtention d'une prestation¹¹. Dans cette affaire,

(5) Sur la récente renégociation de la convention d'assurance chômage, v. L. Joly, « La nouvelle convention sur l'assurance chômage du 14 avril 2017. La dernière de l'ère du paritarisme ? », RDT 2017. 327.

(6) Unédic, *Rapport semestriel sur les conditions d'application de la convention d'assurance chômage*, 23 mai 2013, disponible en ligne (<http://k6.re/ihC5h>).

(7) Médiateur national de Pôle emploi, *Rapport 2015*, mars 2016, p. 26.

(8) V. les situations présentées par le Médiateur dans son rapport pour l'année 2016 (*Rapport 2016*, en mars 2017, p. 28 s.).

(9) Médiateur national de Pôle emploi, *Rapp. 2016, préc.*, p. 39.

(10) Soc. 8 févr. 2012, n° 10-30.892, JCP S 2012. 46, obs. C. Willmann ; Dr. ouvrier 2012. 614, obs. L. Camaji.

(11) V. Soc. 12 juill. 1995, D. 1996. 35, note Y. Saint-Jours ; *ibid.* 45, obs. X. Prétot ; Dr. soc. 1995. 939, obs. X. Prétot ; RDSS 1996. 350, obs. G. Vachet ; *ibid.* 641, obs. F. Kessler et F. Muller ; RJS 1995, n° 1046 ; F. Bocquillon, *préc.* ; D. Ceccaldi et S. Carty, « Généralités. Actes, droits et obligations des organismes de Sécurité sociale », J.-cl. Protection sociale Traité, fasc. 206, 2012 ; X. Prétot, *Les grands arrêts du droit de la Sécurité sociale*, Dalloz, 1998, p. 272 s. La jurisprudence concerne les organismes de sécurité sociale, mais elle s'applique certainement au service public de l'emploi.

l'assuré social n'avait pas connaissance de son droit à la prestation. Il n'en avait donc pas fait la demande. L'organisme s'était abstenu de l'en informer – ou, plus précisément, d'après les circonstances, il s'était abstenu de l'informer clairement de son droit, omettant de lui en parler (de vive voix, par l'intermédiaire d'un conseiller) et de lui communiquer le formulaire pour en faire la demande. On peut s'interroger sur la pérennité de cette solution jurisprudentielle, dans la mesure où la Cour de cassation a récemment confirmé que l'obligation d'information des organismes de sécurité sociale ne s'étendait pas au-delà de la demande de l'utilisateur¹². Toutefois, la formule usitée en 2012 à propos des organismes d'assurance chômage marquait déjà une rupture avec les solutions consacrées en matière de sécurité sociale. De plus, l'obligation d'information « complète » incombant à Pôle emploi trouve un appui certain dans les missions d'accueil et d'information des demandeurs d'emploi. Plus fondamentalement, donner cette portée à l'obligation d'information concrétise l'exigence d'accompagnement des usagers par le service public, qui est aujourd'hui un instrument essentiel de l'effectivité des droits sociaux¹³. Ayant vocation à être accompagné dans l'accès aux prestations, l'allocataire peut aussi légitimement prétendre à être informé des paramètres de calcul de son indemnisation, que celle-ci lui soit attribuée ou refusée, bien que le Code du travail ne prévoit pas de dispositions expresses en ce sens¹⁴.

II. - Le droit à l'allocation chômage suspendu à la récupération d'un trop-perçu

La décision d'attribution de l'allocation et son paiement ne confèrent pas aux intéressés une entière sécurité de leurs revenus. L'allocation chômage peut avoir été ver-

sée à tort. Elle constitue alors un indu ou un trop-perçu de prestation chômage que l'allocataire devra restituer à Pôle emploi. La problématique est sensible pour les intéressés et le service public de l'emploi¹⁵. Non seulement la masse financière représentée est importante¹⁶ mais, surtout, les trop-perçus ne trouvent pas leur origine principale dans des fraudes ou des fausses déclarations des allocataires qui viendraient *a posteriori* remettre en cause l'ouverture du droit à prestations. La majeure partie des indus est générée par la complexité de certaines règles d'indemnisation (cumul activité/chômage, maintien des droits aux allocations jusqu'au départ en retraite à taux plein, anciens dirigeants d'entreprise devenus salariés, régimes particuliers des intermittents du spectacle, des intérimaires, des journalistes pigistes, etc.), accentuée par l'insuffisance de la formation des agents de Pôle emploi à l'indemnisation et l'inadaptation du système informatique¹⁷. Bien que le principe même du remboursement des indus de prestations sociales soit contestable¹⁸, particulièrement lorsque ces derniers résultent d'erreurs de calcul de l'organisme ou d'un manquement à son obligation d'information¹⁹, le législateur fait application à la matière du principe de la restitution de l'indu inscrit dans le Code civil²⁰. Néanmoins, leur récurrence et leur volume mettent indéniablement en cause la qualité du service public rendu aux usagers. L'enjeu pour Pôle emploi est également celui de l'efficacité de la gestion financière qu'il réalise vis-à-vis de l'Unédic et de l'État, pour le compte desquels il exécute ses missions d'indemnisation. Ainsi, la gestion des trop-perçus met en tension deux caractéristiques de l'indemnisation du chômage. La nécessité pour Pôle emploi de limiter le volume d'indus suppose une application correcte des règles d'indemnisation et la délivrance aux chômeurs d'un service de qualité. La capacité à mettre en œuvre des procédures de recouvrement des indus, quant à elle, exige d'allier

(12) Civ. 2^e, 5 nov. 2015, n° 14-25.053, D. 2016. 182, note N. Jeanne; RDSS 2015. 1127, obs. T. Tauran; JCP E 2016. 10, obs. G. Vachet; JCP S 2015. 52, obs. D. Asquenazi-Bailleux.

(13) La complexité du droit social explique pour partie les phénomènes de non-recours aux droits sociaux; v. not. Observatoire des non-recours aux droits et services (Odenore), *L'envers de la « fraude sociale ». Le scandale du non-recours aux droits sociaux*, La Découverte, coll. « Cahiers libres », 2012; D. Roman, « La justiciabilité des droits sociaux ou les enjeux de l'édification d'un État de droit social », Rev. dr. homme 2012/1, <https://revdh.revues.org/635>. Sur l'exigence d'accompagnement des titulaires de droits sociaux dans la mise en œuvre de leurs droits par le service public, v. not. D. Roman, « L'opposabilité des droits sociaux », Inf. soc. 2013/4, n° 178, p. 33. Le droit à l'accompagnement est aussi un concept tendant à saisir les transformations des dispositifs d'insertion sociale et professionnelle (F. Petit, « Le droit à l'accompagnement: émergence d'un concept juridique », Inf. soc. 2012/1, n° 169, p. 152; M. Borgetto, « La portée juridique de la notion d'accompagnement », RDSS 2012. 1029; M. Véricel, « L'accompagnement vers l'emploi », RDSS 2012. 985).

(14) L'inscription dans le Code du travail des droits dont les usagers peuvent se prévaloir dans leurs relations avec le service public est une des propositions du Groupe de recherche pour un autre Code du travail (GR-PACT) auquel nous avons participé. Le Groupe de recherche propose d'intégrer dans le Code du travail des dispositions encadrant l'action du service public de l'emploi, notamment le droit des usagers et des allocataires à l'information et au conseil, le droit à la motivation des actes et le régime de responsabilité de Pôle emploi (GR-PACT, *Proposition de code du travail*, Dalloz, 2017, art. L. 74-2, L. 74-4, L. 74-5). Il ne s'agit pas de créer des droits nouveaux, puisqu'ils sont énoncés notamment dans le Code des relations entre le public et l'administration, mais de les affirmer à propos du service public de l'emploi.

(15) Elle n'est pas nouvelle. Elle est ainsi abordée par Jean Savatier dès 1984 (« La perception induue des prestations de chômage et sa sanction », Dr. soc. 1984. 236).

(16) En 2012, les indus constatés représentaient près de 900 millions d'euros (tous motifs confondus), pour un montant total de 30 milliards d'euros de prestations versées (Médiateur national de Pôle emploi, *Rapport spécifique. Les indus*, juill. 2013).

(17) Médiateur national de Pôle emploi, *Rapport spécifique. Les indus*, préc.; v. les multiples situations évoquées par F. Hennequin, « Indemnisation du chômage: passer de l'insécurité juridique à la « flexicurité » », RDSS 2014. 662.

(18) V. les remarques de J.-M. Belorgey, « De la répétition de l'indu en matière de prestations sociales », RDSS 2008. 321.

(19) V. en ce sens, F. Hennequin et E. Videcoq, « Droits des chômeurs, sur la nécessité de ramener Pôle emploi dans la sphère du contrôle du juge », RDT 2014. 640.

(20) C. civ., art. 1302 à 1302-3.

leur efficacité avec le respect des textes et règlements qui les encadrent²¹, et au-delà, avec la garantie des droits de la défense. Or, le législateur accorde des pouvoirs redoutables à Pôle emploi sans organiser une véritable procédure contradictoire qui laisserait la possibilité à l'usager de discuter du trop-perçu et de le contester en justice. Les délais de prescription étant particulièrement longs – beaucoup plus qu'en matière de sécurité sociale – les ressources des chômeurs sont suspendues pendant plusieurs années à leur éventuelle récupération²².

Ce cadre procédural accentue le déséquilibre qui caractérise la relation entre les chômeurs et le service public de l'emploi. Dans le cas où Pôle emploi détecte un trop-perçu d'allocation chômage, il dispose de deux pouvoirs pour recouvrer les sommes: la retenue sur les allocations à venir et la délivrance d'une contrainte de payer qui emporte tous les effets d'un jugement exécutoire²³. Pendant longtemps, ces prérogatives ont été octroyées par le législateur pour les seules allocations versées par Pôle emploi pour son propre compte, pour le compte de l'État, du Fonds de solidarité et des employeurs relevant la fonction publique. Elles ont été étendues aux allocations d'assurance chômage par la loi Travail du 8 août 2016²⁴. À l'instar de la situation que connaissent les bénéficiaires de minima sociaux²⁵, les allocataires d'une prestation chômage disposent de faibles garanties procédurales et de fond face à une récupération d'un trop-perçu²⁶. La mise en perspective avec le cadre normatif forgé en matière de sécurité sociale est éloquent: alors que le remboursement des indus de prestations de sécurité sociale et le redressement Urssaf sont encadrés par des exigences de délais, de motivation et de recours

qui donnent corps aux droits de la défense, le Code du travail mentionne simplement la faculté de l'allocataire de contester la dette. Les termes dans lesquels le législateur affirme ce droit annoncent sa très faible effectivité: il n'est pas présenté comme un droit de l'usager, bien qu'il en ait la consistance juridique, mais comme une hypothèse ou un événement²⁷. Le Code du travail ne l'envisage d'ailleurs que dans le seul cas où Pôle emploi entend récupérer l'indu par le biais de retenues sur les échéances d'allocations à venir. Lorsque l'institution délivre une contrainte, il n'en est pas fait état.

En principe, selon l'article L. 5426-8 du Code du travail, la contestation de la dette par l'allocataire a pour effet de suspendre la procédure de récupération des trop-perçus sur les allocations à venir. En pratique, ce garde-fou se révèle très peu efficace. En effet, comme l'illustrent des contentieux récents, il n'est pas rare que Pôle emploi outre passe la contestation de l'intéressé et recouvre entièrement l'indu en pratiquant des retenues sur les allocations, sans que le principe ou le calcul de la dette ait pu être discuté²⁸. L'allocataire est alors contraint de saisir le juge des référés pour faire cesser les retenues illégales et en obtenir le remboursement²⁹. Plus encore, l'ambiguïté se loge au cœur de la norme, car une disposition réglementaire enjoint à l'allocataire qui veut contester le trop-perçu d'exercer un recours gracieux préalable devant le directeur général de Pôle emploi³⁰. Le caractère suspensif de ce recours n'est pas mentionné³¹, bien qu'il soit évident puisque Pôle emploi se voit interdire le pouvoir de pratiquer des retenues sur les allocations dans ce cas. En coulant la contestation dans les formes d'un recours gracieux,

(21) Médiateur national de Pôle emploi, *Rapport spécifique. Les indus*, juill. 2013.

(22) L'action en remboursement de l'allocation d'assurance se prescrit par 3 ans et par 10 ans en cas de fraude ou fausse déclaration (C. trav., art. L. 5422-8). Le délai de droit commun (5 ans) est applicable, à défaut de dispositions spécifiques, aux indus des autres allocations versées par Pôle emploi (allocations du Fonds de solidarité et de l'État). En matière de prestations d'assurance maladie/maternité, d'allocations familiales et de pensions de vieillesse, les indus sont récupérables dans une limite de 2 ans (CSS, art. L. 332-1, L. 553-1, L. 355-3). En cas de fraude ou de fausse déclaration, le délai de prescription est de 5 ans (délai de droit commun, applicable à défaut de dispositions spécifiques; v. circ. DSS/2010/260, 12 juill. 2010 relative aux règles de prescription applicables en matière de sécurité sociale).

(23) C. trav., art. L. 5426-8-1 et L. 5426-8-2.

(24) Avant l'entrée en vigueur de la loi, Pôle emploi ne disposait pas du pouvoir de contrainte pour recouvrer les indus d'allocations d'assurance chômage. Néanmoins, la convention d'assurance chômage lui conférait le pouvoir de récupérer les sommes sur les prestations à venir. Le régime conventionnel était peu protecteur, puisque Pôle emploi pouvait procéder aux retenues alors même que l'allocataire avait contesté la dette. Ces dispositions conventionnelles excédant la compétence normative accordée par le législateur aux partenaires sociaux, elles avaient été annulées par le Conseil d'État (CE 5 oct. 2015, nos 383956, 383957, 383958, *Association des Amis des Intermittents et précaires*, Lebon; AJDA 2015. 1886; D. 2015. 2018, et les obs.; RDT 2015. 686, obs. L. Joly; RJS 12/2015, n° 798; Droit ouvrier 2015. 676, note R. Decout-Paolini). La loi du 8 août 2016 a conféré une base légale à la récupération des indus d'allocations d'assurance chômage. Le choix a été fait d'étendre le régime de la restitution des indus d'allocations versées pour le compte de l'État. Ce faisant, Pôle emploi dispose désormais du double pouvoir de retenir les sommes sur les prestations à venir et de délivrer une contrainte de payer.

(25) J.-M. Belorgey, « De la répétition de l'indu en matière de prestations sociales », préc.; A. Ciaudo, « Le contentieux de l'indu du RSA », AJDA 2013. 294; C. Magord, « Les parcours contentieux des indus de RSA », RDSS 2015. 1073.

(26) La faute de Pôle emploi est susceptible d'engager sa responsabilité mais elle ne semble pas faire obstacle à la restitution de l'indu. Le débat porte donc sur la qualification de la faute: dans quelle mesure les erreurs de Pôle emploi sont-elles qualifiées de la sorte par les juges?

(27) L'art. L. 5426-8-1 mentionne que « pour le remboursement des allocations, aides, ainsi que de toute autre prestation indûment versées par Pôle emploi [...], Pôle emploi peut, si le débiteur n'en conteste pas le caractère indu, procéder par retenues sur les échéances à venir [...] ».

(28) V. par ex. TGI Nanterre (référé), 14 avr. 2014, n° 14/01082 et TGI Paris (référé), 7 avr. 2015, n° 15/52820, reproduits en annexe de L. Camaji, F. Hennequin et E. Videcoq, « De nouveaux droits pour les chômeurs? », Dr. ouvrier 2015. 579.

(29) F. Hennequin, « Indemnisation du chômage: passer de l'insécurité juridique à la "flexicurité" », préc.; L. Camaji, « Le juge des référés, rempart contre les retenues pratiquées illégalement par Pôle emploi sur les allocations chômage », RDT 2016. 578.

(30) C. trav., art. R. 5426-19.

(31) Le Code de l'action sociale et des familles l'indique expressément s'agissant du RSA: « Toute réclamation dirigée contre une décision de récupération de l'indu, le dépôt d'une demande de remise ou de réduction de créance ainsi que les recours administratifs et contentieux, y compris en appel, contre les décisions prises sur ces réclamations et demandes ont un caractère suspensif » (CASF, art. L. 262-46, al. 2).

une confusion est entretenue sur le sens de la démarche de l'usager : la contestation de la dette implique-t-elle véritablement un droit d'opposition au recouvrement de l'indu ou ne fait-elle qu'ouvrir une période au terme de laquelle Pôle emploi peut réitérer sa position et récupérer le trop-perçu ?³² Au demeurant, ce recours permet-il réellement de discuter de la dette, dans la mesure où le directeur général de Pôle emploi n'est pas contraint de motiver sa réponse ni même de prendre une décision expresse ?

Néanmoins, l'importance pratique de ces interrogations est relative, dans la mesure où Pôle emploi dispose également du pouvoir de délivrer une contrainte pour récupérer le trop-perçu. Cette procédure permet à l'institution d'obtenir le remboursement forcé d'un indu par la saisie des biens personnels. Or, elle n'est pas suspendue à l'absence de contestation du trop-perçu par l'allocataire. Bien au contraire – et ce n'est pas le moindre des paradoxes – une telle contestation conduit Pôle emploi à actionner la voie de la contrainte. L'allocataire peut former opposition en agissant en justice, mais sa réaction devra être rapide : en l'absence d'un recours exercé dans les quinze jours devant le juge administratif, la contrainte emporte tous les effets d'un jugement et confère le bénéfice de l'hypothèque judiciaire au service public³³. Dans les faits, ce très court délai prive un grand nombre de justiciables de la possibilité de contester le trop-perçu. L'entremêlement du recours gracieux et de l'opposition à la contrainte suscite d'ailleurs des interrogations. En effet, deux dispositions réglementaires s'entrechoquent. D'un côté, le recours gracieux est préalable à l'action en justice en cas de contestation d'un trop-perçu (C. trav., art. R. 5426-19). D'un autre côté, la délivrance d'une contrainte impose à l'allocataire d'agir dans les quinze jours devant le tribunal administratif (C. trav., art. R. 5426-22). Faut-il en conclure qu'un recours gracieux préalable doit avoir été exercé pour que l'opposition à la contrainte soit recevable ? C'est l'interprétation que retient l'administration française³⁴. Cette position, fort discutable, est à notre sens erronée. En effet, le texte ne subordonne pas l'opposition à contrainte à un recours gracieux préalable. Surtout, en pratique, comment articuler le délai de deux mois dont dispose Pôle emploi pour statuer sur le recours gracieux, avec le délai de quinze jours laissé à l'allocataire pour faire opposition à la contrainte devant le juge administratif ? L'administration semble bien induire les allocataires en erreur et

leur faire courir le risque de la forclusion de leur droit d'agir en justice.

L'objectif qui sous-tend la généralisation de la contrainte à l'ensemble des prestations sociales³⁵ est sans nul doute d'éviter l'intervention du juge. Les organismes de protection sociale ne s'en cachent pas ; ainsi, pour la Caisse nationale d'assurance vieillesse, la généralisation de la contrainte se justifie par « l'efficacité du recouvrement », « l'optimisation du délai des procédures contentieuses de recouvrement » et « l'allègement des contentieux devant les juridictions »³⁶. Dans ce contexte, le champ d'application de cette prérogative est déterminant : dans quelles hypothèses la contrainte peut-elle être mise en œuvre par Pôle emploi ? Comment s'articule-t-elle avec la procédure de récupération par retenue sur les allocations à venir ? Le fait que l'allocataire ait des droits à prestations ouverts empêche-t-il de recourir à la contrainte ? Ces questions ne trouvent pas de réponse dans le Code du travail. Plus exactement, l'absence d'encadrement législatif érige la contrainte en une alternative à la récupération des indus par retenue sur les prestations à venir, que le service public a la faculté de mettre en œuvre. Dès lors, le législateur délègue à Pôle emploi le pouvoir de décider des situations, des délais et des méthodes dans lesquels la contrainte sera actionnée, c'est-à-dire d'en fixer les usages. Les pratiques du service public de l'emploi dessinent ainsi la substance des droits des usagers, par petites touches, à travers une multitude de mesures, de documents, de circulaires et notes de service internes, d'ordres et de recommandations orales – signalant, sinon une normativité cachée, du moins un enjeu éminemment concret de l'accès aux droits sociaux³⁷.

En somme, faute d'être insérée dans une procédure unique, contradictoire et suspensive, la faculté de l'allocataire de contester les trop-perçus est privée d'une grande partie de son effectivité. En matière de récupération des trop-perçus, les droits de la défense sont très peu garantis. Plus encore, les procédures organisent l'évitement du juge. Le contraste est saisissant avec les garanties procédurales dont disposent les employeurs cotisants à l'égard de l'Urssaf – sans même évoquer celles dont peuvent se prévaloir les contribuables face à l'administration fiscale. Un tel constat ne saurait malheureusement surprendre ; il témoigne de la fragilité des droits sociaux.

L'effectivité des droits à ressources des chômeurs dépend aussi de leur justiciabilité. À cet égard, une des difficultés consiste à identifier le juge compétent.

(32) La disposition légale ne souffre pas d'équivoque : elle interdit à Pôle emploi de pratiquer des retenues sur les allocations à venir si l'intéressé a contesté la dette. Plusieurs décisions juridictionnelles le rappellent (v. les réf. des art. cités à la note n° 29).

(33) C. trav., art. L. 5426-8-2.

(34) Fiche de synthèse mise en ligne par l'administration française relative au remboursement des allocations chômage et de solidarité versées à tort, repérée à http://k6.re/m_4YM : il est indiqué qu'« un recours devant le tribunal administratif n'est possible que si vous avez d'abord contesté le trop-perçu auprès de Pôle emploi par un recours gracieux ».

(35) Les indus de prestations de sécurité sociale peuvent être recouverts par la voie de la contrainte depuis la loi de financement de la sécurité sociale pour 2009 (CSS, art. L. 161-1-5).

(36) Circ. CNAV n° 2017-17 relative au recouvrement des indus de prestation et des prestations recouvrables sur succession par voie de contrainte, 27 avr. 2017. Repérée à <http://k6.re/wdQbv>.

(37) V. les remarques très éclairantes de G. Koubi et de C. Magard, « Faut-il s'intéresser au droit social caché ? », RDT 2016. 386.

III. - Le droit à l'allocation chômage en quête de juge

L'usager du service public de l'emploi qui souhaite saisir le juge se trouve dans une situation plus malaisée qu'un salarié. En effet, alors que le Conseil des prud'hommes est une juridiction très identifiée par les justiciables, déterminer le juge compétent en matière d'indemnisation chômage constitue un véritable défi. En matière de chômage, la loi n'attribue pas compétence à un ordre juridictionnel particulier. Le régime contentieux, forgé par la jurisprudence, repose sur la nature juridique de l'autorité qui a pris la décision et des actes qu'elle prend. En matière d'indemnisation chômage, de multiples acteurs interviennent, au premier rang desquels Pôle emploi et le préfet³⁸. La compétence juridictionnelle ne suscite pas de difficulté majeure concernant le second. Les décisions préfectorales de suspension et de suppression du revenu de remplacement relèvent des tribunaux administratifs. L'incertitude est plus grande concernant les litiges qui mettent en cause Pôle emploi. Bien que l'institution ait la nature d'un établissement public à caractère administratif, la compétence juridictionnelle dépend du type d'allocation et de l'objet de l'action en justice. En pratique, le contentieux est éclaté entre l'ordre judiciaire et l'ordre administratif³⁹. Lorsque Pôle emploi agit pour le compte de l'Unédic dans le cadre de l'assurance chômage, les litiges doivent être portés devant la juridiction judiciaire. C'est le cas du contentieux de l'ARE (allocation d'assurance): les litiges concernant l'attribution, le refus, les erreurs de calcul et les interruptions de paiement relèvent des tribunaux judiciaires de droit commun. Les recours relatifs aux trop-perçus d'allocation d'assurance en dépendent également, sauf si Pôle emploi actionne la voie de la contrainte: dans cette hypothèse, le juge administratif devient compétent⁴⁰. Quant aux litiges concernant les allocations d'État et du Fonds de solidarité, ils relèvent de l'ordre administratif,

puisque Pôle emploi agit pour le compte de ces autorités⁴¹. Concernant les allocations que l'institution verse pour son propre compte, la nature d'établissement public de Pôle emploi commande la compétence du juge administratif. Pour cette même raison, le contentieux ayant trait aux activités de suivi et d'accompagnement de Pôle emploi lui est également attribué (inscription, changement de catégorie et radiation de la liste des demandeurs d'emploi, refus de formation, défaut d'accompagnement, etc.). L'usager qui parvient à démêler les nuances de ce régime contentieux et à distinguer les allocations d'assurance, d'État et du Fonds de solidarité, suscite l'admiration. L'enchevêtrement des dispositifs de prise en charge financière peut dérouter les juges eux-mêmes. En témoigne une saisine récente du Tribunal des conflits à propos de frais de formation refusés par Pôle emploi dans le cadre d'une convention de reclassement personnalisé⁴².

En conclusion, l'effectivité des droits à ressources en cas de chômage repose sur des exigences communes à tous les droits sociaux: l'accès à l'information, l'accompagnement par le service public, le respect des droits de la défense, un véritable accès au juge. Le constat dressé dans ces lignes amène à s'interroger sur l'ambition politique d'une « flexicurité » française qui justifie la transformation à marche forcée d'institutions fondamentales du droit du travail. Que signifie réellement la perspective d'une généralisation de l'accès à l'assurance chômage aux salariés démissionnaires et aux travailleurs indépendants, annoncée pendant la campagne présidentielle, dans un contexte où le bénéfice des allocations est empreint d'une telle fragilité? S'il s'agit de sécuriser les parcours professionnels⁴³, il est à tout le moins attendu que les droits sociaux reconnus par la loi aux travailleurs en cas de chômage soient réellement exigibles.

Laure Camaji

Maîtresse de conférences à l'Université
Paris-Sud – IUT de Sceaux

(38) Il ne sera pas évoqué dans ces lignes le contentieux des décisions des instances paritaires régionales.

(39) Cette dualité d'ordre juridictionnel est un héritage du régime contentieux antérieur à la création de Pôle emploi, lorsque l'organisation du service public de l'emploi reposait sur les Assedic et l'ANPE. Le législateur a fait le choix de pérenniser les solutions antérieures plutôt que d'unifier le contentieux au sein d'une même juridiction (C. trav., art. L. 5342-2: « les litiges relatifs aux prestations dont le service est assuré par l'institution, pour le compte de l'organisme chargé de la gestion du régime d'assurance chômage, de l'État ou du Fonds de solidarité prévu à l'article L. 5423-24 sont soumis au régime contentieux qui leur était applicable antérieurement à la création de cette institution »). V. sur ce point Y. Rousseau, « Sur la fusion de l'ANPE et des ASSEDIC », Dr. soc. 2008. 151.

(40) Le législateur ne désigne pas le tribunal compétent. Cependant, le Conseil d'État confirme la compétence de la juridiction administrative et se prononce en faveur de l'obligation du ministère d'avocat (cette dernière solution est fort contestable, en l'absence de précision du texte réglementaire; v. avis du Conseil d'État du 25 nov. 2013, n° 369051; note M. Touzeil-Davina, « Du contentieux, avec obligation de ministère d'avocat, d'oppositions contre les contraintes formées par Pôle emploi », JCP 2013. 50).

(41) Avant la création de Pôle emploi, les Assedic en assuraient la gestion pour le compte de l'État et du Fonds de solidarité. La compétence du juge administratif avait été confirmée par le Conseil d'État (CE 21 nov. 1986, *M. Osunsammi*, RDSS 1987. 535, obs. X. Prétot).

(42) T. confl., 3 juill. 2017, n° 4088, Lebon (compétence du juge judiciaire à propos d'un refus de prise en charge des frais de formation dans le cadre d'une convention de reclassement personnalisé); v. égal. les autres saisines du Tribunal des conflits, T. confl., 7 avr. 2014, n° 3946, Lebon; AJDA 2014. 827; RJS 6/2014, n° 510 (compétence de la juridiction administrative à propos de l'allocation temporaire d'attente); T. confl., 9 déc. 2013, n° 3924, Lebon; AJDA 2013. 2465; RJS 2/2014, n° 157 (compétence de la juridiction administrative à propos d'une prestation créée par Pôle emploi dans le cadre de sa mission de service public).

(43) F. Hennequin, « Indemnisation du chômage: passer de l'insécurité juridique à la "flexicurité" », préc.; F. Guiomard, « La sécurisation des parcours professionnels. Naissance d'une notion », RDT 2013. 616.