

Dossier

La protection sociale en question(s)

Dossier

Indemnisation du chômage : passer de l'insécurité juridique à la « flexicurité »

Florent Hennequin

Avocat au Barreau de Paris

Depuis la fin des trente glorieuses, les crises économiques successives, et le changement de modèle industriel, ont provoqué un éclatement du marché de l'emploi, et une augmentation du recours aux contrats précaires. La recherche et l'obtention par le salarié d'une continuité contractuelle, chez un employeur unique, ont laissé progressivement place à une discontinuité d'activité pour une multiplicité d'employeurs. Corrélativement à cet éclatement du marché de l'emploi, la nécessité d'assurer au salarié une continuité de carrière et de revenus est devenue un enjeu politique et économique majeur, qui s'est traduit par la théorisation de la « sécurisation des parcours professionnels », et la recherche d'un système dit de « flexicurité »¹.

Le système de « flexicurité » voudrait mettre en cohésion la recherche d'une plus grande flexibilité, en particulier contractuelle, du marché du travail, avec la mise en œuvre de garanties adaptées, que ce soit en termes de droits inhérents à la qualité de salarié, ou en termes de protection sociale. Il s'agit ainsi de reconstituer, sur un marché de l'emploi morcelé, l'at-telage idéal contrat de travail à durée indéterminée/protection sociale, socle de notre droit social, notamment par un système de portabilité des garanties. Comme on a pu l'écrire, il s'agit de « compenser une instabilité *de facto* excessive de l'emploi par les nouvelles sécurités d'un « droit des transitions » »², et donc d'introduire des règles nouvelles dans le domaine des transitions professionnelles.

C'est en ce sens que la CGT s'est prononcée, en 2001, pour une « sécurité sociale professionnelle ». La mise en place de la transférabilité du droit individuel à la formation (DIF) par la loi n° 2009-1437 du 24 novembre 2009, de la portabilité de la prévoyance dans le cadre de l'accord national interprofessionnel (ANI) du 11 janvier 2013, ou encore le compte épargne temps, illustrent cette évolution. Dans son rapport pour la Commission européenne, Alain Supiot évoque « l'état professionnel des personnes » et la « continuité du statut professionnel »³. En réponse, l'accord national interprofessionnel (ANI) du 11 janvier 2013 se pose pour objectif de « sécuriser les parcours professionnels des salariés », proposant ainsi de « créer de nouveaux droits attachés non pas au statut, mais à la personne ».

Au titre de la « sécurisation des parcours professionnels », l'assurance-chômage tient une place essentielle. Dans un contexte de morcellement du marché de l'emploi, le service de l'allocation chômage devient, pour le salarié, le garant du maintien de son niveau de revenus entre deux contrats de travail. Ainsi, le bénéfice de l'allocation chômage, qui pouvait

(1) F. Guiomard, La sécurisation des parcours professionnels. Naissance d'une notion, RDT 2013. 616.

(2) F. Gaudu, De la flexicurité à la sécurité sociale professionnelle. L'emploi entre mobilité et stabilité, Formation Emploi, n° 101, 2008. 72.

(3) A. Supiot, Au-delà de l'emploi. Transformation du travail et devenir du droit du travail en Europe, Flammarion, 1999, p. 85 et p. 70.

Dossier

La protection sociale en question(s)

Dossier

s'entend initialement comme un filet de sécurité pour les salariés confrontés à un accident de la vie, se rapproche aujourd'hui de l'idée d'un « droit de tirage social », selon l'idée développée dans le rapport Supiot⁴, pleinement intégré dans son déroulement de carrière.

L'assurance-chômage s'éloigne de l'aide sociale, pour se rapprocher du contrat, voire de la personne. A cet égard, le système dit « des intermittents du spectacle »⁵, mis en place depuis 1968 au bénéfice des artistes confrontés par nature à une discontinuité d'activité, offre, à échelle réduite, un modèle des nouveaux enjeux de l'indemnisation du chômage⁶.

Le candidat Nicolas Sarkozy promettait, dans son programme pour l'élection de 2007 : « je créerai la sécurité sociale professionnelle (...). Une personne licenciée pour des raisons économiques ne perdra pas son contrat de travail : celui-ci sera transféré au service public de l'emploi qui lui garantira 90 % de sa rémunération antérieure aussi longtemps que nécessaire, pour suivre une formation qualifiante, trouver un nouvel emploi, essayer un nouveau métier ».

Cette question a été laissée de côté lors de la négociation de l'ANI qui a suivi, le 11 janvier 2008. Toutefois, sans qu'il soit renoué avec ce projet, l'ANI du 11 janvier 2013 « pour un nouveau modèle économique et social au service de la compétitivité des entreprises de la sécurisation de l'emploi et des parcours professionnels des salariés », et la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 qui lui a fait écho, ont marqué un pas dans l'évolution de l'assurance-chômage dans le sens d'un droit de tirage social. L'ANI du 11 janvier 2013 a en effet, en son article 3, acté le principe de la mise en place de « droits rechargeables à l'assurance-chômage ».

Ce système a pour objet de permettre aux demandeurs d'emploi de bénéficier d'un crédit d'heures d'indemnisation, rechargé au fur et à mesure de leurs différents engagements. Cette notion de « recharge » intègre pleinement l'objectif de continuité des revenus comme contrepartie de la discontinuité d'activité, faisant ainsi de l'allocation chômage un « droit de tirage social », c'est-à-dire un « droit à rémunération, différé dans le temps »⁷, attaché à la personne, chargé ou « rechargé », et utilisable à demande (en l'espèce, en cas de réalisation du risque).

Il s'agit d'une rupture claire avec la philosophie antérieure du système d'assurance-chômage, selon laquelle l'indemnisation se calculait dans son montant et dans sa durée à chaque fin de contrat, au regard de la « période de référence ». Cette mesure a été adoptée, lors de la renégociation de la convention Unedic, depuis le 17 janvier 2014. Indiscutablement, l'assurance-chômage évolue et s'adapte au morcellement du marché de l'emploi, en sortant de la solidarité pour se rapprocher d'un droit attaché à la personne, dans un objectif de sécurisation des parcours professionnels.

Pour autant, l'objectif de sécurisation des parcours professionnels, ou de « flexicurité » dévolu à l'assurance chômage se heurte à la crise de confiance qui mine l'institution Pôle Emploi vis-à-vis de ses usagers, aggravée par un système de recours facteur d'insécurité juridique.

(4) A. Supiot, *Au-delà de l'emploi...* (op. cit.), p. 299.

(5) Annexes VIII et X au règlement annexé à la Convention UNEDIC.

(6) F. Hennequin, *Les intermittents du spectacle : à la recherche d'une identité juridique*, *Revue Juridique des Doctorants*, n° 1, nov. 2004, p. 82.

(7) F. Gaudu, *De la flexicurité à la sécurité sociale...* (op. cit.), p. 82.

Dossier

La protection sociale en question(s)

Dossier

PÔLE EMPLOI, OU LA CRISE DE CONFIANCE

En dépit de son rôle majeur dans la sécurisation des parcours professionnels, l'institution Pôle Emploi est confrontée à une crise de confiance profonde, d'une part en raison de ses dysfonctionnements structurels, d'autre part du fait de la mise en œuvre par elle de modes de règlements extra-juridictionnels des litiges, loin du contrôle du juge.

► L'objectif de sécurisation des parcours professionnels confronté aux dysfonctionnements structurels de l'institution

Si l'évolution du service public de l'emploi dans son volet assurantiel, telle qu'elle ressort des conventions Unedic, tend à une conception se rapprochant de l'objectif de « flexisécurité » déterminé par les partenaires sociaux, l'effectivité de ces nouvelles garanties est mise à mal par les dysfonctionnements structurels dont souffre l'institution.

Ces dysfonctionnements ont été particulièrement accrus par la création de Pôle Emploi. Créée par la loi n° 2008-126 du 13 février 2008 portant réforme de l'organisation du service public de l'emploi, et mentionnée à l'article L. 5312-1 du code du travail, Pôle Emploi est issue de la fusion de l'ANPE, établissement public chargé d'assurer à titre principal la mise en relation des offres et des demandes d'emploi, et le réseau opérationnel de l'Unedic et des ASSE-DIC, association à direction paritaire assurant depuis 1958 la gestion de l'assurance-chômage.

Pôle Emploi a la nature d'institution nationale publique. Il s'agit d'une institution *ad hoc*, dotée de la personnalité morale et de l'autonomie financière. L'article L. 5312-10 du code du travail précise que cette personne morale est organisée « en directions régionales et en une direction générale ». Compte tenu de cette fusion de deux organismes au fonctionnement et aux objets différents, Pôle Emploi est chargée à la fois de l'accueil, de l'accompagnement des demandeurs d'emploi et du versement des allocations de l'assurance-chômage. Ainsi, depuis la loi du 13 février 2008, l'Unedic⁸ n'est plus en charge des activités opérationnelles telles que le recouvrement des cotisations, l'inscription ou l'indemnisation⁹. Si l'idée initiale semblait bonne, dans l'intérêt des demandeurs d'emploi, à savoir simplifier leurs démarches en centralisant et en réduisant le nombre d'interlocuteurs, cette fusion, mal préparée et mal accompagnée, a en réalité accentué l'opacité et le caractère bureaucratique du service public de l'emploi. Dès le mois de juin 2011, le Conseil économique et social et environnemental a rendu un avis dans lequel il est estimé que la fusion des deux institutions totalement différentes, « peu préparée et inachevée », avait abouti à des dysfonctionnements importants des services fournis aux chômeurs, sans avoir pour autant permis de redonner de la cohérence à la politique de l'emploi.

Comme l'a justement écrit M. Véricel, « la principale fausse bonne idée a été la tentative, expressément prévue par la première convention tripartite entre l'Etat, Pôle Emploi et l'Unedic 2009-2012, signée le 9 avril 2009, de mise en place d'un métier unique, consistant à

(8) Association de type loi 1901, l'Unedic est dirigée par les partenaires sociaux. Elle est ainsi constituée d'un conseil d'administration et d'un bureau.

(9) L'Unedic assure désormais 4 missions : prescrire et garantir les conditions de mise en œuvre de l'assurance chômage ; assurer la gestion financière de l'assurance chômage ; produire les études, les analyses et les éléments d'information et d'aide à la décision nécessaires aux partenaires sociaux et aux instances de l'Unedic ; contrôler et auditer les conditions de mise en œuvre de l'assurance-chômage.

Dossier

La protection sociale en question(s)

Dossier

abolir la spécificité des deux métiers préexistants - le placement et l'indemnisation - pour introduire une totale polyvalence des agents venus de l'ANPE et des ASSEDIC. Tout agent, après avoir acquis un vernis de compétences par des formations accélérées de quelques heures, devait être capable d'assurer indifféremment les deux activités antérieures assurées par les deux institutions fusionnées. Ce principe a dû être abandonné moins d'un an après son institution car il négligeait totalement le degré de technicité requis par chacun des deux métiers et fut à l'origine de multiples problèmes de retards. Il est notamment, à l'origine, pour une large part, des erreurs de calculs dans l'indemnisation des demandeurs d'emploi, problème qui a pris beaucoup d'ampleur. Aujourd'hui, le « principe du métier unique » ne subsiste plus que sous la forme du « socle commun de compétences » permettant de faire assurer le premier accueil par l'ensemble des personnels de Pôle Emploi, formule qui, *a priori*, ne soulève pas les mêmes problèmes »¹⁰.

Ainsi, les dysfonctionnements qui sapent Pôle Emploi mettent à mal l'objectif initial de « sécurisation des parcours professionnels ».

► La mise en œuvre par Pôle Emploi de modes de règlement extra-juridictionnels des litiges

Par ailleurs, la crise de confiance entre Pôle Emploi et ses usagers est fortement aggravée par la mise en œuvre unilatérale par l'institution de modes de règlement extra-juridictionnels des litiges l'opposant aux allocataires.

Pôle Emploi a ainsi développé des pratiques ayant pour objet ou pour effet de ne pas verser d'allocations-chômage ou de récupérer des sommes à ce titre, de manière rapide et loin du contrôle du juge. La plus symbolique d'entre elles est la radiation-sanction¹¹, au titre de laquelle l'institution peut arrêter le versement des allocations-chômage pour sanctionner le manquement de l'allocataire à ses obligations. Cette sanction, qui peut durer de deux à six mois, est particulièrement lourde, sachant que la possibilité de faire un recours auprès du juge administratif est des plus hypothétiques dans une situation où le demandeur d'emploi, privé de revenus, hésitera nécessairement à engager des frais. Parallèlement, des pratiques se sont mises en place, sans véritable cadre légal ou réglementaire.

Elles se cristallisent autour de deux problématiques, source de tensions financières et juridiques fortes : les refus, suspensions ou erreurs de calculs dans le versement des allocations-chômage d'une part, et les « trop-perçus », d'autre part.

Les refus de versement, suspensions ou erreurs de calcul des allocations-chômage

Ce contentieux concerne le versement même des allocations-chômage. En effet, la complexité du système donne lieu de manière régulière à des erreurs de calculs, voire à des refus de versement des allocations-chômage, alors même que le demandeur d'emploi justifie des conditions lui permettant d'en bénéficier. Cette utilisation a été renforcée par la

(10) M. Vericel, Recréer un véritable service public de l'emploi pour une action efficace en matière d'insertion professionnelle, Dr. soc. 2013. 1031.

(11) C. trav., art. L. 5412-1.

Dossier

La protection sociale en question(s)

Dossier

fusion ANPE/ASSEDIC, ayant nécessité la fusion de deux métiers extrêmement différents, comportant de fortes différences de culture.

Les régimes particuliers (intérimaires, intermittents du spectacle, journalistes pigistes), mais également les situations particulières (cumul activité/chômage, maintien des droits aux allocations jusqu'au départ en retraite à taux plein, anciens dirigeants d'entreprise devenus salariés) sont l'occasion de multiples erreurs, d'interprétations divergentes de la réglementation, et au final de situations dans lesquelles Pôle Emploi ne fait pas face à son obligation assumée.

Parfois, le refus ou la suspension des versements sont utilisés comme un moyen de sanction non juridictionnel, dont le juge est amené à constater le caractère abusif lorsqu'il est saisi, ce qui est extrêmement rare. A titre d'exemple, les intermittents du spectacle sont régulièrement victimes de refus de prise en compte de certaines des heures de travail qu'ils ont effectuées, dès lors que Pôle Emploi considère qu'il y a une ambiguïté sur l'identité de l'employeur, ou le caractère réel du travail effectué. Ainsi, lorsque l'employeur n'aura pas transmis, alors que c'est son obligation, une attestation d'employeur mensuel (AEM) à Pôle Emploi, venant confirmer les heures de travail déclarées par le salarié intermittent du spectacle, l'institution neutralisera ces heures, purement et simplement.

De même, dans des situations où elle aura des doutes sur la réalité du lien de subordination entre le salarié et l'employeur, compte tenu de la régularité de leur collaboration, Pôle Emploi mènera sa propre investigation en réclamant la communication d'éléments justificatifs, sanctionnée, dans l'attente, par une suspension des versements de droits. Lorsque Pôle Emploi considère que ces éléments ne sont pas suffisants, la suspension des allocations peut être maintenue pendant une longue période. Généralement, l'allocataire concerné finit par abandonner l'idée de régulariser sa situation, et ouvre une nouvelle période d'indemnisation, renonçant ainsi à des droits qu'il avait pourtant acquis. En effet, les décisions de refus de versement, de suspension, les erreurs de calcul touchant les allocations-chômage, nécessiteraient de saisir le juge judiciaire dans le cadre de procédures dont les longueurs sont inadéquates à l'urgence inhérente à ce type de situation.

Pôle Emploi profite, à cet égard, des difficultés que peuvent avoir des demandeurs d'emploi, notamment compte tenu de leur situation de précarité, à envisager le recours au juge. De ce fait, les mauvaises pratiques de l'institution se produisent hors de tout contrôle.

Le problème des « trop perçus » ou « indus »

Dans un rapport présenté le 10 juillet 2013 au conseil d'administration de Pôle Emploi, le médiateur, M. Jean-Louis Walter, fait état de près de 812 millions d'euros d'allocations qui auraient été versés à tort en 2012, soit 2,5 % des 33 millions d'allocations versés au total. Il précise toutefois que 524 millions (65 %), ont été récupérés auprès des demandeurs d'emploi. Le contentieux du trop-perçu est effectivement devenu le nouveau cheval de bataille de Pôle Emploi, celui sur lequel l'institution concentre ses actions précontentieuses.

Dans son rapport, le médiateur relève que ces versements erronés résultent souvent de périodes de travail non déclarées, ou déclarées avec retard par les inscrits, mais également d'erreurs lors du calcul des droits par les agents de Pôle Emploi. Ainsi, 66 % de ces sommes concernent le cumul d'une indemnisation et d'un revenu d'activité. En effet, jusqu'à l'entrée en vigueur de l'ANI du 22 mars 2014, pour continuer à être indemnisé, un chômeur ne devait pas dépasser 110 heures d'activité par mois ou toucher plus de 70 % de son salaire

Dossier

La protection sociale en question(s)

Dossier

antérieur. La durée de versement des allocations était alors limitée à 15 mois.

M. Walter reconnaît à cet égard que les indus peuvent concerner de « vrais fraudeurs, volontaires et organisés », mais également ceux « que la nécessité contraint à différer ou dissimuler une activité pour conserver leur indemnisation et faire la jonction jusqu'à une autre rentrée d'argent ». Il relève enfin : « il y a aussi des erreurs et des omissions par manque d'information ». C'est la raison pour laquelle le médiateur préconise, pour limiter « les sources de tension avec les demandeurs d'emploi », une meilleure information donnée aux demandeurs d'emploi et un renforcement de la formation des conseillers.

Force est de constater qu'un grand nombre de trop-perçus relève de ce déficit d'information auprès du demandeur d'emploi. A ce titre, le cas des allocataires parallèlement inscrits comme auto-entrepreneurs est symptomatique. Régulièrement, les demandeurs d'emploi se voient conseiller, lors de leur inscription, de s'immatriculer comme auto-entrepreneur, afin de garder un lien avec l'activité, et de se constituer un complément de revenus¹². Or, il s'agit là d'une situation de cumul allocation/activité réduite, donnant lieu à une diminution de la durée d'indemnisation, dès lors limitée à 15 mois¹³. Pourtant, cette information essentielle n'est souvent pas donnée au demandeur d'emploi, alors même que son activité d'auto-entrepreneur peut être extrêmement résiduelle. Cette situation est en outre de nature à générer des trop-perçus, lorsque Pôle Emploi maintient par erreur le versement des allocations au-delà des 15 mois, en se fondant sur la durée initialement prévue. Faute d'information, l'allocataire croit, en toute bonne foi, pouvoir compter sur 24 mois d'indemnisation, tel que cela lui a été notifié. Lorsque, par la suite, Pôle Emploi régularise, le chômeur doit rembourser les allocations versées de manière « indue ». Les sommes réclamées peuvent être extrêmement élevées.

Il faut également s'inquiéter du cas particulier des sommes réclamées par Pôle Emploi suite à une action prud'homale du salarié, au titre du différé d'indemnisation. Le différé d'indemnisation est une période pendant laquelle le demandeur d'emploi ne perçoit pas d'allocations-chômage, compte tenu notamment des indemnités qu'il a perçues lors de la rupture de son contrat de travail au-delà des minimums légaux. Or, Pôle Emploi assimile à des indemnités de rupture supra-légales des dommages et intérêts obtenus par le salarié auprès de la juridiction prud'homale en réparation d'un licenciement illicite¹⁴. Ainsi, Pôle Emploi n'hésite pas à réintégrer *a posteriori* et de manière rétroactive ces dommages et intérêts dans l'assiette de calcul du différé d'indemnisation. L'institution recalcule alors un différé d'insémination plus important, donnant lieu au remboursement des allocations versées pendant la période concernée ; le salarié reverse, *de facto*, une partie de ses dommages et intérêts à Pôle Emploi, alors même que la nature juridique des sommes faisant l'objet de ce jeu de vases communicants est très différente¹⁵.

(12) De manière subsidiaire, cela permet à l'institution de faire sortir ces demandeurs d'emploi des statistiques de la catégorie A, pour les faire basculer dans la catégorie B ou C.

(13) Contre 730 jours (24 mois), et 1095 jours (30 mois) pour les salariés de 50 ans et plus, dans le système normal (art. 31 du règlement général annexé à la convention Unedic du 6 mai 2011).

(14) L'institution s'appuie sur le règlement annexé à la convention UNEDIC, lequel précise que le différé d'indemnisation est calculé sur la base d'indemnités ou de toute autre somme inhérente à la rupture du contrat, « quelle que soit leur nature, dès lors que leur montant ou leurs modalités de calcul ne résultent pas directement de l'application d'une disposition législative » (art. 21 2° du règlement général annexé à la convention UNEDIC du 6 mai 2011).

(15) La Cour de cassation a toutefois validé cette assimilation, réservant cependant le cas où la réintégration de ces sommes dans l'assiette aurait pour effet de priver le salarié de dommages et intérêts. (Soc. 15 juin 2010, n° 09-10.437, D. 2010.1722).

Dossier

La protection sociale en question(s)

Dossier

Les conséquences de cette pratique deviennent particulièrement lourdes financièrement avec l'allongement du différé d'indemnisation inscrit dans l'ANI du 22 mars 2014. En effet, au terme de son article 6, l'ANI du 22 mars 2014 fait passer la durée maximum du différé d'indemnisation de 75 jours (deux mois et demi) à 180 jours (six mois)¹⁶. Ainsi, au titre du différé d'indemnisation recalculé, l'allocataire pourra se voir réclamer une somme correspondant à six mois d'allocations-chômage, ce qui est susceptible de représenter une part importante des dommages et intérêts obtenus. Le Syndicat des Avocats de France (SAF) a dénoncé les effets de cet accord dans un communiqué du 6 mai 2014¹⁷, considérant que « ce différé d'indemnisation génère une double atteinte aux droits des salariés : au droit d'accès au juge d'une part, et au droit d'obtenir la réparation intégrale de son préjudice d'autre part »¹⁸.

Ainsi, il apparaît que les « trop-perçus » ou « indus » peuvent être extrêmement contestables, soit dans leur principe, soit compte tenu du contexte qui les a générés. Or, Pôle Emploi bénéficie en la matière d'un système de recouvrement extra juridictionnel particulièrement problématique, étant donné les sommes en jeu. En effet, lorsque le chômeur perçoit toujours l'allocation chômage, l'article L. 5426-8-1 du code du travail autorise Pôle Emploi à « procéder par retenues sur les échéances à venir dues à quelque titre que ce soit », c'est-à-dire à prélever directement sur les allocations versées au demandeur d'emploi pour se rembourser de l'indu¹⁹. Ainsi, Pôle Emploi, sans passer par le contrôle du juge, rend exécutoire une créance dont elle a elle-même fixé le montant.

Les voies de recours pour le chômeur sont plus qu'illusoire, puisque celui-ci doit commencer par contester la créance auprès du directeur de Pôle Emploi, avant de saisir le juge judiciaire²⁰. Dans l'intermédiaire, Pôle Emploi aura, en quelques mois, recouvré toute ou partie de la somme qu'elle estime lui être due. Un garde-fou a toutefois été aménagé par le texte, qui prévoit que les retenues sur allocation peuvent être effectuées « si le débiteur n'en conteste pas le caractère indu ».

Théoriquement, dès lors que l'allocataire conteste l'existence du trop-perçu, Pôle Emploi doit immédiatement, en application de ce texte, cesser tout prélèvement. En pratique, Pôle Emploi ignore cette nuance, obligeant le demandeur d'emploi à saisir le Président du Tribunal de grande instance en référé pour que soit fait injonction à l'institution de cesser les prélèvements, et obtenir la restitution des sommes déjà ponctionnées²¹. A cela, s'ajoute le non-respect par l'institution des maxima de prélèvement, à savoir la quotité saisissable (le « reste à vivre »), dont le principe est pourtant rappelé dans une instruction nationale

(16) Ce maximum sera atteint dès la perception d'une somme de 16 200 euros (à raison d'un jour de différé tous les 90 euros), calculée « en fonction du montant des indemnités ou toute autre somme inhérente à la rupture du contrat de travail et ne résultant pas directement de l'application d'une disposition législative », c'est-à-dire toute somme au-delà du minimum légal. Seul le licenciement pour motif économique reste soumis à l'ancien différé de soixante-quinze jours.

(17) Communiqué du SAF en date du 6 mai 2014, « Nouveau différé d'indemnisation de l'ANI du 22 mars 2014 : La double peine pour le salarié victime d'un licenciement injustifié ».

(18) Le SAF met en parallèle cette nouvelle mesure, destinée à réaliser des économies sur le montant des allocations versées, avec la faible mise en œuvre par Pôle Emploi de son droit de demander jusqu'à six mois de remboursement d'allocations-chômage à l'employeur condamné aux prud'hommes (c. trav., art. L. 1235-4). Alors que Pôle Emploi cherche à donner de l'air à son financement, le syndicat s'étonne, légitimement, de la faible utilisation de cette manne potentielle.

(19) On peut toutefois s'interroger sur le bien-fondé de Pôle Emploi à utiliser ce procédé concernant le recouvrement d'ARE. En effet, le texte ne vise pas expressément le remboursement des allocations versées pour le compte de l'Unedic.

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

(21) TGI Nanterre, référé, 14 avr. 2014, RG 14/01082.

Dossier

La protection sociale en question(s)

Dossier

Pôle Emploi de 2011²², ou les 20 % maximum prévus en cas de prélèvement sur l'allocation de solidarité spécifique (ASS)²³. Ainsi, le demandeur d'emploi peut se trouver privé de tout revenu sous prétexte du remboursement d'un trop-perçu pourtant contestable. Là encore, ce n'est que *a posteriori* que l'allocataire pourra effectuer des démarches, auprès du directeur d'abord, puis du juge judiciaire, pour obtenir la restitution des sommes indument prélevées.

Ce procédé trouve sa limite lorsque l'intéressé ne perçoit aucune allocation susceptible d'être ponctionnée, parce qu'il est arrivé en fin de droits, ou parce qu'il est retourné à l'activité. Pôle Emploi n'a alors plus d'autre solution que d'obtenir auprès du juge un titre exécutoire, c'est-à-dire un jugement, qui fixera le montant de la créance, et lui permettra d'en obtenir l'exécution forcée.

Cependant, la loi n° 2011-1977 du 28 décembre 2011 inscrit dans l'article L. 5426-8-2 du code du travail la possibilité pour Pôle Emploi d'utiliser la méthode de la « contrainte ». Cette contrainte, dont le mécanisme a été précisé dans un décret n° 2012-1066 du 18 septembre 2012, est un acte délivré par huissier au demandeur d'emploi, un mois après notification d'une mise en demeure de rembourser le trop perçu²⁴. Le « débiteur » dispose alors d'un délai de 15 jours pour former « opposition » par inscription au secrétariat du tribunal compétent, sachant que cette opposition doit être motivée²⁵. A défaut, la contrainte, aux termes de l'article L. 5426-8-2, « comporte tous les effets d'un jugement et confère le bénéfice de l'hypothèque judiciaire ». Le recours à cette technique implique, de la part de l'allocataire, tout à la fois une bonne connaissance de ses droits, une réactivité suffisante, et les ressources nécessaires pour former opposition sous quinzaine. A défaut, l'allocataire est privé du contrôle du juge. Ainsi, grâce à ce système, qui oblige le demandeur d'emploi à se montrer extrêmement réactif, Pôle Emploi peut désormais obtenir facilement un titre exécutoire, et ce pour un montant que l'institution aura fixé elle-même²⁶. L'objectif, et en tout état de cause l'effet, de ces mesures, est bien d'écarter le contrôle du juge du fonctionnement de Pôle Emploi.

En résumé, il apparaît que les problèmes de trop-perçus, ayant majoritairement pour origine les erreurs de calcul de Pôle Emploi, aboutissent à une fragilisation excessive du demandeur d'emploi, qui ne peut pas être certain du caractère acquis des allocations qui lui sont versées. En outre, un grand nombre de trop-perçus ont pour origine un défaut d'information de Pôle Emploi. Or, dans un arrêt du 8 février 2012, la Chambre sociale de la Cour de cassation a affirmé l'obligation de Pôle Emploi « d'assurer l'information complète des demandeurs d'emploi »²⁷. Pour autant, dans de nombreux cas de déclarations erronées, Pôle Emploi postule la mauvaise foi de l'allocataire, pour faire courir la prescription sur dix ans au lieu de trois²⁸.

Là encore, sans contrôle du juge, le demandeur d'emploi pourra se voir demander le remboursement de sommes faramineuses, calculées discrétionnairement sur dix ans par Pôle

(22) PE CSP 2011. 207.

(23) C. trav., art. R. 5426-18.

(24) C. trav., art. R. 5426-20.

(25) C. trav., art. R. 5426-22.

(26) La contrainte est uniquement utilisée aujourd'hui pour les remboursements d'ASS. Sachant que la formulation de l'art. L. 5426-8-2 est identique à celle de l'art. L. 5426-8-1 précité, cela contribue à interroger sur le bien-fondé de Pôle Emploi à effectuer des prélèvements sur les allocations pour les remboursements d'ARE.

(27) Soc. 8 févr. 2012, n° 10-30.892.

(28) Art. 26 2° du règlement général annexé à la convention UNEDIC du 6 mai 2011.

Dossier

La protection sociale en question(s)

Dossier

Emploi, de manière parfaitement exorbitante de la prescription civile de droit commun. Le tableau général est celui d'une institution dont les dysfonctionnements et le déficit structurel viennent porter atteinte aux droits des allocataires jusque dans leurs rapports avec le juge.

L'ÉCHEC D'UN SYSTÈME DE RECOURS GÉNÉRATEUR D'INSÉCURITÉ JURIDIQUE

Le développement des mauvaises pratiques de Pôle Emploi est favorisé par l'inefficacité des voies de recours, qui sont à la fois opaques et complexes ; cette inefficacité est par ailleurs aggravée par la multiplication des recours gracieux et facultatifs, lesquels achèvent d'éloigner le contrôle du juge.

► L'opacité et la complexité des voies de recours

Parallèlement, le recours au juge en tant que tel se révèle extrêmement complexe. La fusion ANPE/ASSEDIC a nécessairement posé la question des voies de recours offertes aux usagers, et de la juridiction compétente dans ce cadre. En effet, alors que les décisions de l'ANPE, prises dans le cadre de l'exécution de sa mission de service public, relevaient du juge administratif, les décisions touchant au service des allocations d'assurance-chômage, dont les ASSEDIC avaient la charge, étaient de la compétence judiciaire.

Une double justification conduisait à conclure à la compétence judiciaire à cet égard. D'une part, ces décisions étaient prises par un organisme de droit privé (l'ASSEDIC ou la commission paritaire en son sein) et, d'autre part, elles étaient fondées sur l'application d'un acte de droit privé (la convention d'assurance-chômage). Cette thèse restait toutefois critiquable, dès lors que les ASSEDIC étaient chargées de l'exécution d'une mission de service public à caractère administratif²⁹. Pour autant, le Conseil d'État a régulièrement été amené à rejeter la requête d'un demandeur d'emploi relative au versement de ces allocations comme portée devant une juridiction non compétente pour en connaître.³⁰

La création de l'institution nationale Pôle Emploi a remis en cause, au moins en partie, cette justification. Coupant court à une réflexion de fond sur la mise en place de voies de recours efficaces et adaptées, la loi du 13 février 2008 introduit une disposition dite de « sécurisation juridique » ayant pour objet de maintenir le *statu quo*. Ainsi, en vertu de l'article L. 5312-12 du code du travail, « 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 ».

(29) X. Prétot, La répartition des compétences juridictionnelles en matière d'indemnisation du chômage, RDSS 1988. 403 ; J.-P. Domergue, Le droit du chômage du non emploi, Dr. soc. 1997. 463 ; Y. Rousseau, Le contentieux du non emploi, Dr. soc. 1999. 258.

(30) Par ex. CE, 14 févr. 1986, n° 54869 ; CE 26 sept. 2005, 26 sept. 2005, n° 279995.

Dossier

La protection sociale en question(s)

Dossier

Pourtant, les difficultés relatives au contentieux n'avaient pas échappé aux parlementaires. Un amendement avait été déposé en 2008, au moment de la fusion ANPE/ASSEDIC, pour attribuer l'ensemble du contentieux relatif aux prestations servies par Pôle emploi aux juridictions administratives³¹. Selon un auteur, « l'avantage aurait été double : d'une part, unifier le contentieux relatif aux allocations-chômage, lequel est éclaté selon qu'il est question d'attribution de la prestation ou de sa suppression à titre de sanction ; d'autre part, unifier l'ensemble du contentieux du chômage, le choix des juridictions administratives étant cohérent avec la situation d'usager du service public dans laquelle se trouve le chômeur face à Pôle Emploi »³². Cet amendement n'a finalement pas été adopté. Aujourd'hui, le contentieux reste éclaté entre les juridictions administratives et judiciaires, selon qu'il s'agit de contester une décision prise par Pôle Emploi dans le cadre de sa mission de service public, en particulier toute décision qui incombait auparavant à l'ANPE, ou une décision touchant au service des allocations-chômage³³.

La question devient encore plus opaque pour le justiciable qui, lorsqu'il forme un recours contre une décision en matière de prestation d'assurance-chômage, devra, selon la nature et le montant de sa demande, saisir soit le tribunal d'instance, soit le tribunal de grande instance, avec représentation obligatoire.

► La multiplication des recours gracieux et facultatifs, renforçant l'opacité du système

Le double système de recours administratif et judiciaire, intrinsèquement complexe pour le justiciable, est émaillé de l'intervention de divers acteurs, à titre obligatoire ou non, à titre gracieux ou non, ce qui ajoute à l'opacité du système, et la difficulté d'en contrôler le fonctionnement. En effet, avec la création de Pôle Emploi ont disparu les commissions paritaires des ASSEDIC, qui permettaient, à un niveau local, d'effectuer un recours et d'obtenir une décision, ne serait-ce qu'implicite, avant de saisir le juge.

Le système était alors comparable, dans une certaine mesure, aux commissions de recours amiables des organismes de sécurité sociale. Désormais, le demandeur d'emploi s'adressera, selon les cas, au directeur de son agence, au directeur régional, à l'instance paritaire régionale (IPR), ou encore au médiateur régional ou national.

Les recours auprès du directeur d'agence et/ou du directeur régional

Pour le demandeur d'emploi, le recours interne, non juridictionnel, ne doit plus être exercé devant une commission composée de tiers susceptibles d'examiner la situation avec un œil neuf, comme c'était le cas avec les commissions paritaires des ASSEDIC, mais directement auprès du directeur de son agence, signataire de la décision contestée.

(31) Amendement n° 53, discuté au Sénat en 1^{re} lecture, 10 janv. 2008.

(32) L. Camaji, Le demandeur d'emploi la recherche de ses obligations, Dr. soc. 2010. 666.

(33) Ainsi, les tribunaux civils sont compétents pour traiter des litiges portant sur le refus d'attribution de l'allocation de retour à l'emploi (ARE) ainsi que ceux relatifs à la détermination de son montant et de sa durée de versement.

Dossier

La protection sociale en question(s)

Dossier

Il s'agit donc d'un recours gracieux, aux termes duquel l'allocataire demande au directeur, de manière généralement vaine, de revenir sur sa position.

En cas de confirmation de sa décision par le directeur d'agence, certains allocataires tentent de saisir le directeur régional, dans le cadre d'une sorte de recours hiérarchique. Cette solution, ne résultant d'aucune procédure formalisée, est rarement efficace.

Les recours auprès de l'Instance Paritaire Régionale (IPR)

D'autres allocataires saisissent l'Instance Paritaire Régionale (IPR). Les IPR ont été créées en remplacement des commissions paritaires. Toutefois, en dépit d'une appelation proche, elles ont un rôle beaucoup plus restreint. Les IPR, composées de représentants des employeurs et des salariés désignés par les organisations syndicales représentatives au niveau national interprofessionnel³⁴, veillent à la bonne application de l'accord d'assurance-chômage, et sont consultés sur la programmation des interventions au niveau territoriale³⁵. Parallèlement, les IPR statuent sur des situations individuelles qui leur sont soumises, et nécessitant un examen particulier. Dans des domaines limités³⁶, elles exercent un pouvoir discrétionnaire, non soumis au contrôle du juge. Dans tous les autres cas, la compétence des IPR est purement gracieuse, et le recours de l'allocataire généralement inefficace et inadapté.

L'opacité maintenue autour du processus de décision des IPR est symptomatique de cette inefficacité. Ainsi, la saisine se fait sans formalisme particulier, soit par l'intermédiaire de l'agence, soit directement. En réalité, le requérant trop confiant prendra le risque que son dossier soit communiqué de manière incomplète, dénaturé, mal présenté, ainsi que d'être confronté à l'inertie de son agence, voire à une perte pure et simple de son recours. Par ailleurs, si l'IPR travaille essentiellement sur dossiers, certains demandeurs d'emploi parviennent, dans certains cas, à être auditionnés. Le directeur régional de Pôle Emploi procède alors à la désignation d'un rapporteur.

Pour autant, l'allocataire reste tenu à l'écart de ce processus, dont les réunions se tiennent à huis clos, et dont les décisions ne sont ni motivées, ni publiées. Cette absence de contrôle sur les décisions rendues, couplée aux importantes disparités géographiques constatées dans les pratiques des différentes IPR, font peser une grande incertitude sur cette procédure, faute de connaissance des critères pris en compte. Ainsi, le processus de décision de l'IPR n'étant par ailleurs encadré dans aucun délai, le recours à cette instance se révèle des plus hasardeux.

⁽³⁴⁾ L'IPR de chaque région est composée de 10 membres, dont 5 représentent les employeurs et 5 représentent les salariés. Ils sont respectivement désignés par le MEDEF, la CGPME et l'UPA, d'une part, et FO, la CFDT, la CFTC, la CFE-CGC et la CGT d'autre part, pour une durée de trois ans renouvelable.

⁽³⁵⁾ C. trav., art. L. 5312-10 et R. 5312-28 ; D. n° 2008-1010, 29 sept. 2008.

⁽³⁶⁾ Conséquence sur l'indemnisation du départ volontaire d'un emploi précédemment occupé, appréciation des rémunérations majorées, chômage sans rupture de contrat de travail, appréciation de certaines conditions d'ouverture de droits, maintien du versement des prestations, remises des allocations et prestations indument perçues.

Dossier

La protection sociale en question(s)

Dossier

Les recours auprès du médiateur régional et/ou national

La loi du 1^{er} août 2008 a créé la fonction de médiateur à Pôle Emploi pour faciliter les relations avec les usagers de ses services : demandeurs d'emploi, employeurs et partenaires. La médiation à Pôle Emploi est constituée d'un médiateur national à la Direction Générale et de médiateurs régionaux. Le médiateur national est le correspondant du médiateur de la république ³⁷.

Le médiateur à Pôle Emploi est chargé de recevoir et de traiter les réclamations individuelles relatives au fonctionnement de l'institution. Là encore, il s'agit d'une voie de recours purement gracieuse, qui n'est encadrée par aucun délai, ni aucun formalisme particulier. Pour autant, on constate qu'en agence, ou sur le site internet de Pôle Emploi, le passage par le médiateur est présenté comme la voie de recours normale en cas de contestation d'une décision.

En réalité, faute de moyens suffisants, d'un réel encadrement de sa mission, et au demeurant du volume important de dossiers à traiter, la saisine du médiateur se révèle peu fiable.

Des recours gracieux et/ou facultatifs qui éloignent l'allocataire du contrôle du juge

Cette multiplication de voies de recours internes, souvent présentées comme obligatoires alors qu'elles ne sont que facultatives dans la plupart des cas, et dont par ailleurs l'efficacité est extrêmement faible, se révèle un obstacle à un contrôle réel du juge sur les décisions et pratiques de Pôle Emploi. Non seulement l'allocataire s'épuise à saisir ces différents guichets dans l'espoir d'obtenir gain de cause, ce qui est souvent chronophage et illusoire, mais cette dispersion du recours peut, par ailleurs, entraîner la caducité de voies de recours juridictionnelles, potentiellement plus efficaces. A titre d'exemple, le passage par l'IPR ou le médiateur peut s'avérer calamiteux lorsque le demandeur d'emploi, mal aiguillé par son conseiller, cherchera à contester une décision de radiation.

Le recours, qui doit s'exercer devant le directeur d'agence, puis devant le Tribunal Administratif, est enfermé dans les délais stricts de la procédure administrative. Or, ces délais ne sont absolument pas suspendus par les autres démarches du demandeur d'emploi ³⁸. On comprend alors comment le demandeur d'emploi, orienté de manière inopportune vers un recours devant l'IPR ou le médiateur, peut aisément laisser passer le délai de deux mois au-delà duquel il ne pourra plus contester la décision de radiation ³⁹.

De même, l'action en paiement de l'allocation de retour à l'emploi à l'encontre de Pôle emploi se prescrit par deux ans à compter de la date de notification de la décision de refus d'indemnisation ⁴⁰. Le délai de prescription ne sera pas suspendu par les démarches gracieuses de l'allocataire ⁴¹.

(37) C. trav., art. L. 5312-12-1.

(38) C. trav., art. R. 5412-8.

(39) Pour qu'il soit opposable, la décision de radiation doit toutefois mentionner l'existence de ce délai de deux mois.

(40) C. trav., art. L. 5422-4.

(41) La Cour de cassation a toutefois précisé, dans un cas où la commission paritaire de l'ASSEDIC avait été saisie d'une contestation d'une décision relevant de sa compétence, que le délai de prescription devait courir à compter de la notification de la décision prise par la commission paritaire (Soc. 18 janv. 2011, n° 09-67.466).

Dossier

La protection sociale en question(s)

Dossier

Le paysage global est celui d'une multiplication des modes de règlements extra juridictionnels des litiges, qui, faute d'efficacité, se présentent comme un « miroir aux alouettes » ayant pour effet de détourner l'allocataire du juge, seul à même de rendre une décision contraignante à l'égard de l'institution.



Alors que l'assurance-chômage est amenée à jouer un rôle essentiel dans les transformations du marché de l'emploi, les dysfonctionnements et les pratiques contestables de l'institution Pôle Emploi mettent à mal l'objectif de « flexicurité » auquel elle participe.

L'opacité de l'institution, dans son fonctionnement, dans ses voies de recours, les difficultés de plus en plus importantes pour les allocataires à obtenir un interlocuteur, une réponse à leurs contestations, où une information claire et précise relative à une décision, discréditent le système d'assurance-chômage. A cela s'ajoute le fait que l'allocataire, contraint de saisir le juge pour se faire entendre, connaîtra ensuite les plus grandes difficultés à faire exécuter la décision de justice obtenue auprès de son agence Pôle Emploi.

Au final, au lieu de tendre vers un système de « flexicurité », l'institution Pôle Emploi donne le sentiment d'un fonctionnement « en roue libre », hors de tout contrôle réel, et affranchi des principes fondamentaux du droit.

Loin de participer à la sécurisation des trajectoires, l'institution, à la dérive, est source de la désespérance. En février 2013, un allocataire s'est immolé par le feu devant son agence. Ce chômeur était un intérimaire qui s'était vu réclamer un trop-perçu par Pôle Emploi, alors que, parallèlement, son agence refusait de comptabiliser certaines de ses heures de travail pour le renouvellement de ses droits. La direction nationale avait pourtant reconnu que celui-ci n'avait jamais voulu frauder, et que sa situation s'expliquait par le décalage qu'il pouvait y avoir tous les mois entre ce qui était déclaré par le salarié, et ce qui était ensuite envoyé par les agences d'intérim ⁴².

Comme le héros du « Château » de Franz Kafka, le chômeur se trouve confronté à une institution ressentie comme bureaucratique, inaccessible et injuste. Selon un sondage IFOP paru le 16 février 2014 dans « Sud-Ouest dimanche », seuls 10 % des Français font confiance à Pôle Emploi pour leur trouver du travail ⁴³. En 1975, deux ans après le premier choc pétrolier, 67 % des Français faisaient alors confiance à l'ANPE à cet égard. En près de quarante ans, la perte de confiance est vertigineuse. L'IFOP révèle que les sondés, quels que soient leur âge, leur activité ou leur lieu de résidence, sont unanimes quant au faible niveau de confiance qu'ils accordent à Pôle Emploi pour l'ensemble de ses missions ⁴⁴.

L'expérience danoise est souvent citée à titre d'illustration d'un modèle de transition sociale réussie, en particulier compte tenu des excellents résultats obtenus sur le terrain du taux d'activité. Or, le modèle danois se caractérise par la mise en place de politiques actives de l'emploi très redistributives, en particulier pour faire face aux épisodes de chômage. Ainsi,

(42) En s'immolant, Djamel « a voulu faire passer un cri », *Le Monde*, 1^{er} juin 2013.

(43) A la question « Auriez ou avez-vous confiance dans Pôle Emploi pour vous procurer un travail ? », 10 % des sondés répondent « oui », 77 % « non », et 13 % ne savent pas, selon le sondage.

(44) Les chômeurs, « les plus susceptibles d'avoir besoin de Pôle Emploi, se montrent les plus défiantes » : seuls 6 % d'entre eux déclarent avoir confiance en Pôle Emploi pour leur trouver un travail (contre 12 % des salariés du privé).

Dossier

La protection sociale en question(s)

Dossier

la discontinuité d'activité est contrebalancée par une très bonne couverture par l'assurance chômage (jusqu'à 4 ans à un niveau élevé d'indemnisation), un service public de l'emploi très efficace, en particulier concernant le placement, réformé dans les années 2000 dans le cadre d'une décentralisation accompagnée de responsabilités financières accrues au niveau municipal, et enfin une large place donnée à la formation.

Ce système efficace de couverture chômage, tant du point de vue placement, de l'accompagnement que du point de vue de l'indemnisation, a permis d'installer ce que F. Gaudu a appelé le « cercle vertueux de la confiance »⁴⁵. C'est l'essence même de la « sécurisation des parcours professionnels », qui, pour un auteur, révèle « une perception des fragilités et des risques d'atteinte à la sécurité »⁴⁶.

Force est de constater que le système français actuel se trouve loin de ce cercle vertueux. Un retour à la confiance passera nécessairement par la mise en place d'un système de recours effectif, qui permettra aux allocataires de faire entendre de manière transparente leur désaccord, leur contestation, dans un délai adapté à l'importance des enjeux. Pôle Emploi doit être ramenée dans le périmètre de contrôle du juge, qui seul peut être garant des bonnes pratiques de l'institution, et au final du respect des droits des allocataires. Une redistribution du contentieux auprès d'un juge unique, formé et compétent pour toutes les problématiques relatives au chômage et à son indemnisation, serait un premier pas important vers une sécurisation juridique de l'assurance-chômage, préalable nécessaire à tout système de « flexicurité ».

⁽⁴⁵⁾ F. Gaudu, De la flexicurité... (*op. cit.*), p. 75.

⁽⁴⁶⁾ F. Guiomard, La sécurisation des parcours professionnels... (*op. cit.*), p. 616.