

VERS UN NOUVEAU STATUT SOCIAL ATTACHÉ À LA PERSONNE DU TRAVAILLEUR ?

Deuxième partie

Discussion

- *Quelles sont les voies d'amélioration du service public de l'emploi ?*

Éric Aubin – Une problématique incontournable est celle des délais d'accompagnement et de prise en charge des demandeurs d'emploi. Tout le monde reconnaît que, plus tôt le demandeur d'emploi est accompagné, plus facilement il va retourner vers l'emploi. Or, pour ce qui concerne, par exemple, le bénéficiaire d'une action de formation, nous savons qu'il faut plus de 5 mois pour que les demandeurs d'emploi y accèdent. Nous savons également qu'il y a environ 50 % de demandeurs d'emploi qui demandent des formations, et que seuls 9 % y ont accès. Il y a là des objectifs d'amélioration considérables.

En lien avec ces besoins, se profile la problématique des moyens du service public et des missions auxquelles Pôle Emploi décide d'accorder une priorité : ces choix ne sont pas neutres. L'institution est aujourd'hui centrée, polarisée même, sur la question de l'indemnisation et, surtout, sur le contrôle des privés d'emploi ; l'ensemble au détriment de leur accompagnement, avec, notamment, les expérimentations qui ont été faites au cours de la dernière période pour généraliser les contrôles. Cela demande d'y consacrer des moyens considérables qui seraient bien utilement employés ailleurs. Pour notre part, à la CGT, nous avons demandé au conseil d'administration de Pôle Emploi quels seraient les moyens nécessaires à cette généralisation et nous n'avons pas eu de réponse. Ce que l'on constate, c'est que chaque agent a à suivre, en moyenne, 150 demandeurs d'emploi, voire plus de 330 pour certains. Donc, avec si peu de moyens réellement affectés au service public de l'emploi, la question des délais et de l'accompagnement en général est forcément posée. Il faudrait penser le service de façon totalement différente pour qu'il soit efficace. Ce n'est pas le cas.

Émilie Videcoq – C'est effectivement le problème majeur. Dans les faits, actuellement, un chômeur va rencontrer son conseiller Pôle Emploi environ 6 mois après s'être inscrit, pour la définition de son parcours et la recherche du poste susceptible de lui

permettre de retrouver un emploi. Or, il est démontré que c'est dans les 6 premiers mois du chômage que l'on a le plus de chances de retourner dans l'emploi. C'est donc sur cette période qu'il faudrait concentrer les actions de reclassement, les propositions de formation, toutes les actions effectives permettant d'accompagner réellement le chômeur pour un retour dans l'emploi. Actuellement, il est évident que Pôle Emploi, malgré son label de service public de l'emploi, a concentré sa mission sur la question de l'indemnisation et du contrôle de l'indemnisation, alors que la mission du placement a été laissée de côté. Pôle Emploi reconnaît d'ailleurs n'être destinataire que de 30 % des offres d'emploi, le reste du « marché » étant occupé par des opérateurs privés sur lesquels l'État n'a, évidemment, qu'un contrôle très lointain et qui sont, de fait, bien en dehors de ce que devrait être un véritable service public de l'emploi.

Alain Supiot – Ces éléments nourrissent l'idée d'un lourd constat d'échec de la fusion de l'ANPE et des Assedic. Au moment même de cette réforme, l'on pouvait d'ailleurs déjà s'interroger. Les causes de ces difficultés ne sont pas à rechercher seulement dans le manque de moyens, mais aussi dans l'ignorance de la nécessaire distinction du contrôle, d'une part, et de l'aide et du conseil, d'autre part. Je me souviens d'une discussion avec des gardiens de prison, m'expliquant qu'il n'était pas possible d'être à la fois sur les miradors avec des fusils pour surveiller les prisonniers et de faire du travail social pour leur réinsertion, parce que les deux fonctions n'étaient pas compatibles. Dans le cadre des mesures pénales, l'on affirmait donc la nécessité de distinguer entre les agents qui s'occupent de la réinsertion et ceux qui sont chargés de surveiller. D'après la description que vous faites, les agents de Pôle Emploi vivent la même contradiction, tout le système étant mobilisé sur le contrôle de l'indemnisation au détriment de la fonction d'accompagnement des chômeurs. Remarquons aussi que cette fonction d'accompagnement mériterait un examen.

- Le régime de protection sociale des intermittents du spectacle est-il un observatoire intéressant pour la construction d'une continuité de la protection sociale ?

Florent Hennequin – Les intermittents ne sont pas un exemple réellement pertinent, puisque la particularité de leur système émane de celui de l'assurance-chômage. Les autres droits qui les concernent sont davantage une adaptation de ce qui existe déjà pour les autres salariés, à un niveau d'ailleurs généralement moins efficace et plus artisanal. Le modèle de l'intermittent montre, au contraire, la difficulté qu'il y a à créer de la continuité de droit là où il y a de la discontinuité d'activité. Cela fonctionne pour le chômage, mais c'est très coûteux et c'est ce qui est parfois remis en cause. En tout cas, le reste des droits est beaucoup plus anecdotique.

À titre d'exemple, avec le droit à congés payés mis en place par les intermittents par le biais de la caisse des congés spectacles, une caisse est créée pour essayer d'assurer une continuité dans le droit là où il y a une discontinuité de l'employeur. Or, cette caisse a été épinglée par la Cour des comptes il y a 3 ou 4 ans, après qu'il ait été constaté qu'un certain nombre d'intermittents, à savoir au moins 10 % d'entre eux, n'exerçaient pas leur droit aux congés payés, la continuité n'étant donc finalement pas forcément assurée. Puis, d'un point de vue financier, le système n'est pas forcément probant, car la part des cotisations est de 14 %, tandis que celle des prestations est de 10 %, engendrant donc un reliquat assez important non forcément justifié.

Le modèle des intermittents en tant que tel n'a donc, à mon sens, pas grand-chose à nous apprendre sur les droits sociaux en dehors de la gestion de la discontinuité de l'activité d'un point de vue du versement de l'allocation-chômage.

Émilie Videcoq – Cela me fait penser à la situation des « Maternitentes » (1) : il s'agit d'une association qui a été constituée par des maternitentes en situation de congé de maternité. Cette expérience illustre les difficultés d'accès à la protection sociale pour des personnes qui se trouvent en situation de discontinuité d'activité. Ces maternitentes avaient saisi le Défenseur des droits d'une situation qu'elles considéraient comme induisant une discrimination par rapport à leur état de grossesse et à leur situation de maternité. Elles indiquaient qu'elles rencontraient de grosses difficultés dans la justification des conditions exigées par le Code de la Sécurité sociale

au titre de l'accès à l'indemnisation du congé de maternité, puis à l'assurance-chômage. S'appuyant sur cette situation de discrimination, une décision du Défenseur des droits du 15 mars 2012 formule un certain nombre de recommandations à l'égard de la Caisse nationale d'assurance maladie, de l'Unedic, du ministère du Travail, afin que, tout d'abord, les dispositions existantes soient appliquées et qu'ensuite, une réflexion tenant compte des spécificités des intermittents soit menée en vue de leur permettre de bénéficier de ces droits fondamentaux à l'indemnisation du congé de maternité et à l'application de l'assurance-chômage.

Un tel cas de figure est symptomatique d'une réglementation trop rigide en termes de conditions d'accès et ne tenant pas compte de la réalité des situations de travail. Dès lors, les rares outils dont disposent les avocats aujourd'hui, relèvent notamment du droit de la non-discrimination. Concernant les intermittents, Pôle Emploi remet assez fréquemment en cause leur qualité de salariés. La présomption de salariat est, notamment, remise en cause pour des personnes qui exercent à la fois une prestation artistique pour le compte des associations qui les emploient et par ailleurs d'autres activités dans ces mêmes associations, en remplissant des activités de gestion administrative, etc. Ceux-ci exercent donc des activités que nous pourrions considérer comme socialement utiles, mais qui ne sont prises en compte par Pôle Emploi que comme un indice permettant d'exclure ces personnes de l'assurance-chômage, ce qui pose un véritable problème en termes de maintien des droits.

Alain Supiot – Je serais plus réservé sur la défense en l'état du statut des intermittents du spectacle. Il faudrait se demander pourquoi les intermittents du nucléaire, dont la situation n'est pas moins digne d'intérêt (1 bis), attirent beaucoup moins l'attention des médias. Les entreprises de l'audio-visuel sont les gros bénéficiaires de ce régime. Il autorise le détournement des mécanismes de solidarité de l'assurance-chômage au bénéfice des employeurs de ce secteur d'activité. Je sais que le monde des intermittents est extrêmement divers, avec des petites associations. Mais ces associations sont souvent financées par des collectivités locales, qui incitent les personnes à percevoir les allocations tout en continuant à travailler pour économiser sur leur budget. La captation des ressources de l'assurance-chômage permet alors de financer une politique culturelle qui devrait relever de l'impôt. Nous faisons donc porter par les cotisants du système d'assurance-chômage

(1) v. *supra* p. 576, 2^{ème} col.

(1 bis) Cf. la remarquable enquête dirigée par Ghislaine Doniol-Shaw, Dominique Huez et Nicolas Sandret, *Les intermittents du nucléaire*

- *Enquête STED sur le travail en sous-traitance dans la maintenance des centrales nucléaires*, Toulouse, Octares, 1995, 250 p. ; Annie Thébaud-Mony, « L'industrie du nucléaire. Sous-traitance et servitude », Editions de l'Inserm, 2000, 272 p.

une politique culturelle ou bien une augmentation des profits des entreprises de production de l'audio-visuel. Se cantonner dans une position de défense de la situation et du système actuel finira, à terme, par le délégitimer dans son principe. La défense de mécanismes puissants de solidarité exige la plus grande rigueur dans leur conception et leur gestion. Cela ne dit rien de la situation personnelle des intermittents, ni de la nécessité d'avoir des dispositifs qui tiennent compte de la particularité des professions, mais dans des conditions transparentes de juste répartition des financements. Et il faudrait obtenir des médias et des artistes qu'ils s'intéressent aussi aux intermittents du nucléaire !

- Les récentes mesures vont-elles dans le sens de la « sécurité sociale professionnelle » (2) souhaitée par la CGT ?

Éric Aubin – À la CGT, nous gardons toujours à l'esprit que 7 millions de salariés changent de situation chaque année, ce qui amène certains d'entre eux à se retrouver dans des situations de précarité. Depuis vingt ans maintenant, la CGT porte l'idée d'une sécurité sociale professionnelle et d'un nouveau statut du travail salarié. L'idée est de construire un socle de droit commun pour les salariés, quel que soit le secteur dans lequel ils travaillent. Le constat effectué depuis des années est que les droits n'appartiennent pas au salarié, mais à l'emploi. Ainsi, lorsque le salarié quitte un emploi, il repart à chaque fois à zéro, ce notamment dans le secteur privé. Des salariés qui se retrouvent au chômage à un moment du parcours professionnel sont bien souvent obligés, pour retrouver un travail, d'admettre une détérioration par rapport à leur situation antérieure notamment en terme de rémunération et de se reconstituer des droits (protection sociale, carrière...) à partir de leur emploi. C'est une situation dramatique, y compris au moment où ils font valoir leur droit à retraite. Le fait que plus de 50 % des salariés ne sont plus en activité, dans le privé, au moment où ils font valoir leurs droits à la retraite montre à quel point la carrière est un élément important. Il convient de noter des évolutions inquiétantes : la retraite était un moment de la vie où, pour une carrière complète, les revenus de substitution permettaient de vivre dignement ; aujourd'hui renaît le risque de ne plus pouvoir vivre de ses revenus après 60 ans.

Mais la réflexion bute toujours sur la construction de la sécurité sociale professionnelle. Dans les négociations interprofessionnelles auxquelles la CGT a participé depuis 2007 – pour ne pas remonter

au-delà – avec l'accord de 2008 sur la modernisation du marché du travail, nous avons quelques prémices : le DIF, le CPF, la portabilité des complémentaires-santé. Mais il y a quand même loin de la coupe aux lèvres. De ce point de vue, nous avons un patronat renfermé sur lui-même, plus encore depuis que Pierre Gattaz est arrivé au Medef. En effet, ses dernières propositions, qui remettent en cause le motif de licenciement, montrent bien qu'il prône une flexibilité tous azimuts. Le contrat unique n'est que le retour au contrat première embauche pour les jeunes, étendu à l'ensemble des salariés. Pour rappel, le contrat unique prévoit de pouvoir licencier pendant 2 ans sans motif un salarié et de lui accorder ensuite des droits en relation avec son ancienneté. C'est un mécanisme que la CGT combat et qui va à l'encontre de la sécurité sociale professionnelle telle qu'on l'entend. Nous revendiquons un droit à l'emploi, qui doit être le CDI à temps complet – c'est la référence qu'il faut garder quand on sait qu'aujourd'hui, 80 % des contrats à temps partiel sont des contrats subis et qui concernent principalement les femmes. Il faut aussi travailler la question du droit à la rémunération. Je renvoie à l'avis du Conseil économique et social de 2007 (3) sur la question que j'avais posée dans le cadre des négociations sur l'assurance-chômage : dans ce rapport, voté par tous (sauf l'UPA qui s'était abstenue), il était noté que le fait d'avoir un haut revenu permettait d'accéder plus facilement au retour à l'emploi. Il y a donc un lien entre la rémunération et le retour à l'emploi. Il me semble intéressant de ne pas perdre de vue cette donnée.

Dans les droits que la CGT entend mettre dans ce nouveau statut, il y a la question de la progressivité de la carrière. Il est anormal, aujourd'hui, que quelqu'un d'expérimenté et d'efficace retombe à chaque rupture à zéro. C'est un point essentiel qui doit être porté. Il y a également les droits à la protection sociale, à la santé au travail, à la médecine du travail, à la Sécurité sociale, à la retraite... Pour faire le lien avec ce qu'on disait plus tôt, il s'agit de couvrir un risque mais également le besoin dans un sens plus large.

- Faut-il repenser les formes de l'action collective ?

Émilie Videcoq – L'action en justice est un substitut à l'absence de représentation des chômeurs. La judiciarisation de la revendication des chômeurs est liée au déficit de représentation des syndicats de chômeurs dans un certain nombre d'instances au niveau du conseil d'administration de l'Unedic, des organes de règlement internes de type instances paritaires régionales (IPR), où nous n'avons pas de moyen de

(2) V. Jean-Christophe Le Duigou, « La sécurité sociale professionnelle, une utopie réaliste », *Analyses et Documents Économiques*, n°98, févr. 2005 ; l'article est reproduit *infra* en p. 606.

(3) *La sécurisation des parcours professionnels*, 30 mai 2007, disp. sur le site du CESE.

représentation par les associations de défense des chômeurs. Il conviendrait à minima de prévoir un droit d'accompagnement par ces associations-là au sein de ces IPR, sachant qu'il y a, sans doute, un déficit de représentation important. Aujourd'hui, la seule possibilité d'expression qui est donnée à ces associations de défense des chômeurs réside dans les comités de liaison, dont le rôle se limite à un droit d'information. C'est insuffisant et il conviendrait donc de réfléchir à cet aspect, à leur donner un rôle de défenseur syndical... Il y a aussi un problème d'absence et de possibilité d'expression de la personne dont le dossier a été examiné lors de la séance. En effet, celle-ci est totalement absente et il n'y a pas de débat.

Florent Hennequin – Il est clair que les syndicats ont un rôle à jouer dans la représentation collective, mais, malheureusement, aujourd'hui, ceux-ci ne sont pas présents partout et, notamment, lorsque le contrat de travail est rompu, la représentation syndicale n'est pas forcément existante. En tout cas, elle n'est pas forcément effective. Pour les chômeurs, le syndicat est très abstrait, sans remettre en cause les démarches de certains syndicats réalisées à cet égard, mais les chômeurs ne veulent pas ou ne pensent pas à s'y rattacher. Ainsi, dès lors qu'on sort du contrat de travail, il y a cette question de qui va porter les revendications, de qui va réfléchir à faire évoluer l'état professionnel des personnes.

Marianne Keller – Je souhaite revenir à la remarque importante d'Émilie Videcoq selon laquelle « *la judiciarisation de la revendication des chômeurs est liée au déficit de leur représentation syndicale* », de leur représentation « tout court » dirais-je, car elle n'est pas nécessairement syndicale. C'est un débat en soi et qu'il faut ouvrir d'urgence désormais. Mais, quel que soit l'organe de représentation des chômeurs dans un contentieux collectif, il importe de garantir l'effectivité du recours au juge du chômeur. Cela passe par un rappel non seulement de l'état du droit positif en matière d'action judiciaire collective mais également des étapes qui l'ont précédé et des difficultés – parfois surprenantes – que rencontre aujourd'hui la mise en place d'une action de groupe.

– *La lutte pour le droit par l'action judiciaire.*

Comme l'affirmait Jean-Paul Murcier dans les années 1970, pour en faire le fondement de la « *stratégie judiciaire de la CFDT, dans un contexte de*

crise législative et de crise syndicale, l'action judiciaire est le dernier rempart de la défense des droits des travailleurs » (4). A fortiori des chômeurs. Depuis, les crises législative et syndicale se sont dramatiquement aggravées. Le réformisme libéral (de droite comme de gauche) ébranle la « vieille » loi du travail, la réduction considérable du taux de syndicalisation et l'accroissement de la division syndicale font que ni la loi ni la convention collective n'assurent plus la protection des travailleurs, et tout particulièrement celle des plus démunis – précaires, chômeurs... (5). Les chômeurs, hors de l'entreprise, ne peuvent recourir ni à l'action de terrain, ni bénéficier de protection conventionnelle. Seule l'action en justice reste entre leurs mains pour la défense de leurs droits (6).

– *La difficulté du recours au juge pour les chômeurs.*

Or l'accès – individuel – au juge (le TGI ou le juge administratif) est, après la traversée du maquis des recours gracieux, dramatiquement difficile pour les chômeurs, comme le montre clairement un article récent de Laure Camaji (7). Dès lors, la consécration légale d'une action de groupe à leur bénéfice, évoquée par Émilie Videcoq et Florent Hennequin, paraît être un moyen important du renforcement de leur accès au juge. Le besoin d'une action collective n'est-il pas plus évident même que pour les salariés, les chômeurs étant dans une situation de fragilité matérielle, psychologique (par la culpabilisation intériorisée de l'échec professionnel) et culturelle plus grande encore ?

– *Pour une action de groupe ?*

Comment la concevoir ?

La question de la détermination de la personne morale ayant qualité pour agir dans l'intérêt des chômeurs, syndicat et/ou association de chômeurs (8), doit d'abord être tranchée. Elle renvoie à la question fondamentale de la représentation des chômeurs précédemment évoquée, et est l'objet d'une réflexion en soi.

Dans son principe une action de groupe pour la défense des chômeurs pose plutôt moins de difficulté technique que l'action de groupe au bénéfice des travailleurs. En effet, l'anonymat des personnes « intéressées » (au sens procédural) par l'action collective, qui est une condition nécessaire de l'effectivité de l'action syndicale en ce qu'il protège les

(4) Responsable, à l'époque, du Service juridique confédéral de la CFDT. V. son texte fondateur : « La stratégie judiciaire de la CFDT. Une stratégie pour le temps où la droite est au pouvoir », in Action juridique CFDT n° 4, juill.-août 1978.

(5) On a pu dire que le droit du travail est devenu le droit des cadres.

(6) V. Gérard Lyon-Caen, *Le droit du travail une technique réversible*, Dalloz Connaissance du droit 1995, p.6 : «... le juge, garant

des libertés individuelles du travailleur-citoyen, joue un rôle qui s'accroît en proportion du déclin de l'action collective. Et il dégage des principes de stabilité ».

(7) V. Laure Camaji, « Quel accès à la justice pour les usagers du service public de l'emploi ? », Dr. Ouv. 2014.713.

(8) En pratique, l'action « collective » est mise en œuvre par un syndicat ou une association de chômeurs.

salariés de la rétorsion patronale, mais constitue une entorse (au moins provisoire) à l'article 31 CPC énonçant que le droit d'agir est un droit de la personne, n'est plus indispensable à la défense des chômeurs.

La consécration d'une action de groupe pouvant par ailleurs voir le jour dans le contentieux du travail *stricto sensu*, sans bouleversement majeur de notre droit du procès, je me serais volontiers mise au travail d'élaboration d'une proposition de même nature dans le contentieux du chômage. Mais les difficultés que connaît cette consécration en droit du travail, et ce bien que la proposition soit dans « l'air du temps » (elle est l'une des promesses, dès son entrée en fonctions, de Madame Taubira en faveur d'une Justice du XXI^e siècle et, par ailleurs, la Commission européenne en a fait l'objet d'une recommandation du 11 juin 2013), me rendent aujourd'hui plus prudente.

... dans le contentieux du travail

La figure d'une action de groupe « à la française », sans importation du modèle venu d'ailleurs de la *class-action*, est aisée à concevoir car, on le sait, le droit judiciaire français du travail a reconnu, depuis l'aube du 20^{ème} siècle, le principe de l'action collective en donnant au syndicat qualité pour agir dans l'intérêt des salariés. Et ce sous deux formes juridiques, dissociant qualité et intérêt pour agir. L'action syndicale de substitution au(x) salarié(s) d'une part (9), l'action dans l'intérêt collectif de la profession d'autre part (10). Cependant, malgré la richesse du droit de l'action dans le procès du travail, ni l'une ni l'autre de ces deux actions ne peut garantir, à elle seule, le règlement de l'entier litige par le CPH ou le TGI, à savoir la sanction du manquement légal ou contractuel, au bénéfice de l'ensemble des personnes subissant un dommage de même nature causé par un même employeur (11). L'action de substitution devant le CPH aboutira au règlement juridictionnel du litige d'un seul salarié (la substitution collective étant mise en œuvre de façon

exceptionnelle) (12) et l'action collective devant le TGI, quant à elle, aboutira, si elle est jugée recevable et bien-fondée, à la réparation du préjudice causé à l'intérêt collectif par le versement de dommages-intérêts au bénéfice du seul syndicat (13), les salariés directement lésés demeurant dans l'obligation de saisir, sur nouveaux frais, le CPH de leur demande de réparation individuelle (14).

L'impossibilité pour le syndicat d'obtenir – sur le fondement de l'atteinte à l'intérêt collectif – le règlement devant le CPH de l'entier litige collectif du travail (la requalification en CDI de l'ensemble des CDD irréguliers des salariés d'un atelier, par exemple) résulte à la fois du caractère personnel du droit d'action en justice et des limites de la compétence du CPH aux litiges individuels, qui lui interdit de connaître de la demande syndicale de règlement collectif du litige. Et l'impossibilité pour le syndicat d'obtenir du TGI, toujours sur le fondement de l'atteinte à l'intérêt collectif, le règlement de l'entier litige (la requalification de CDD irréguliers, pour garder le même exemple), résulte, là encore, du caractère personnel du droit d'action, mais aussi du caractère exclusif de la compétence prud'homale. Manque en effet dans notre droit processuel le maillon intermédiaire d'une action collective à portée plurielle.

Parmi d'autres difficultés du procès du travail, cette exaspérante ineffectivité du recours judiciaire du travail, qui résulte de l'arbitraire *summa divisio* (15) entre litige individuel et collectif, alors que la plupart des litiges du travail sont « mixtes » – individuels et collectifs à la fois – avait conduit deux équipes de l'Institut André Tunc de l'Université de Paris-I (le Centre de droit social et le Centre de recherche sur la justice et le procès) à une recherche collective qui, menée pendant 4 ans, a abouti, en 2008, à un ouvrage collectif intitulé *Procès du travail, travail du procès* (16), ouvrant des pistes de réflexion quant aux améliorations procédurales possibles dans le contentieux du travail.

(9) Loi du 19 mars 1919 : art. L.2269-9 C. trav. pour le droit de substitution syndicale dans l'action du salarié en exécution de la convention collective. Le domaine de ce droit a été progressivement étendu.

(10) Loi du 12 mars 1920 : art. L. 2132-3 C. trav. (ex-art. L. 411-11 C. trav.).

(11) L'action syndicale de substitution au(x) salarié(s), donne au syndicat qualité pour demander au CPH, directement au bénéfice du salarié (des salariés), la sanction judiciaire du manquement patronal ; l'action dans l'intérêt collectif des salariés qui est lésé, selon une jurisprudence centenaire, à travers la violation de toute disposition protectrice des droits individuels ou collectifs des salariés, aboutira, si elle est jugée recevable et bien fondée, à la réparation du seul préjudice causé à l'intérêt collectif par le versement de dommages-intérêts au bénéfice du seul syndicat.

(12) L'avo-camarade Tiennot Grumbach mettait en œuvre cette défense difficile. L'arrêt *Servair*, Cass. Soc. 1^{er} févr. 2000, JCP (G), n° 1, 3 janv. 2001.33, n. Emmanuel Jeuland, Dr. Ouv. 2004, p. 127, n. M.-L. Dufresne-Castets, demeure l'arrêt de principe.

(13) La réparation, qui ne peut être de remise en état, est seulement financière et souvent dérisoire, même depuis que la Cour de Cassation – Soc. 18 nov. 2009 n° 08-43.523, Dr. Ouv. 2011.253 – a exigé que la réparation du préjudice « réel » soit intégrale.

(14) V. l'affaire *Aéromaritime*, CA Versailles 22 mars 1991. Dr. Soc. 1991, p. 706 : deux actions sont nécessaires : 1) du syndicat devant le TGI pour obtenir la cessation du recours abusif au travail précaire, 2) des salariés devant le CPH pour demander la requalification de leurs contrats irréguliers.

(15) M. Henry, « Contentieux individuels et contentieux collectifs : les 2 versants du règlement des litiges sériels par des chemins qui ne mènent pas au sommet », Dr. Ouv. 2014, p. 772 ; M. Keller, « La compétence du TGI dans les litiges du travail », RGDP 1999.444, p. 460.

(16) M. Keller (dir.), tome 16 de la Bibliothèque de l'Institut André Tunc, LGDJ, Lextenso – éditions 2008. V. not. la contribution d'Yves-Marie Serinet, « Comparaison des actions à caractère collectif en procédure civile et droit du travail », p. 131.

Et, notamment, pour tenter de remédier à l'impossible portée plurale du recours collectif du syndicat. La réflexion a été menée dans le souci du respect du caractère personnel du droit d'action (17), tout autant que de la fonction « bouclier » du syndicat aux côtés du plaideur, que notre droit processuel du travail reconnaît depuis toujours.

La proposition d'une action de groupe syndicale « à la française » a plusieurs sources. L'observation d'une jurisprudence progressiste relativement récente dans le contentieux relatif au manquement patronal à la convention collective applicable, a ouvert la réflexion. Depuis un célèbre arrêt *Sofaco* (18), le syndicat obtient en effet souvent du TGI l'ordonnance de l'exécution de la convention collective au bénéfice de l'ensemble des salariés lésés, et ce grâce à l'habileté de la formulation de la demande portée par le syndicat, parvenant à contourner l'obstacle de la compétence exclusive du CPH (19). La proposition s'inspire également du « modèle » d'action de groupe de la loi *Guinchard* en droit de la consommation (20), laquelle instaure une instance en deux temps – déclaratoire d'abord, consacrée à la réparation dans une deuxième phase.

La proposition s'inspire enfin de la tradition... de l'action syndicale de substitution devant le CPH jusqu'en 1972. Au cas de manquement patronal lésant plusieurs salariés, l'instance prud'homale se déroulait en deux temps. Une première phase était consacrée à l'appréciation de la recevabilité et du bien-fondé de l'action syndicale, une deuxième phase s'ouvrait seulement en cas de manquement patronal constaté, afin de permettre à chacun des salariés lésés d'intervenir à l'instance aux fins d'obtenir réparation de leur préjudice propre. Deux écueils de l'action prud'homale étaient ainsi dépassés : le risque de rétorsion à l'action du salarié bravant seul l'acte patronal contesté, et l'impossible règlement collectif du litige - tel le non-paiement à l'ensemble des salariés de l'entreprise de primes prévues par la convention collective-. Mais l'on sait qu'un arrêt de cassation de 1972 (21) mit fin définitivement à cette pratique en obligeant le syndicat, en raison du caractère personnel du droit d'action en justice (22), à nommer les salariés auxquels il se substitue dès l'ouverture de l'instance.

D'où l'impossibilité actuelle du règlement rapide de l'entier litige du travail par un seul juge, alors qu'un tel règlement est seul garant de l'effectivité du recours en justice pour la plus grande part des litiges du travail qui sont « mixtes » tels les litiges ayant pour objet l'exécution de la convention collective, la requalification de CDD irréguliers, la discrimination, l'annulation d'un dispositif d'alerte éthique irrégulier et donc la suppression des dossiers ouverts à l'encontre d'un certain nombre de salariés...

Or, la consécration d'une instance en deux temps, assortie d'une exception supplémentaire à l'exclusivité de la compétence prud'homale, modifications simples à introduire dans notre droit, serait une issue à l'impasse. La consécration de l'instance en deux temps permettrait au juge de se prononcer d'abord sur le principe du manquement patronal, puis dans un deuxième temps seulement sur les modalités de la réparation du préjudice du syndicat et des salariés auxquels serait reconnu le droit d'intervenir dans l'action du syndicat. Il suffirait de prévoir une exception supplémentaire à l'exclusivité de la compétence prud'homale pour connaître des litiges individuels (23) en affirmant la compétence du TGI, saisi par le syndicat dans l'intérêt collectif, pour trancher également les demandes des salariés intervenant à l'instance aux fins de régularisation de leurs situations individuelles ; ou encore en affirmant la compétence du CPH pour connaître de l'action du syndicat dans l'intérêt collectif (et pas seulement de son intervention), les salariés n'intervenant alors que dans la seconde phase de l'instance, alors que le droit actuel qui les oblige à initier l'instance les confronte au risque de rétorsion patronale. D'où la rareté du contentieux hors rupture du contrat de travail et donc l'ineffectivité de la sanction judiciaire du Droit.

La reconnaissance de l'action de groupe à portée plurale – devant le TGI – a ma préférence en raison du poids du paritarisme du CPH. Mais la question reste ouverte, tout comme celle de la possibilité d'une compétence alternative du CPH et du TGI pour connaître de l'action du syndicat, puis de l'intervention des salariés.

(17) Aux termes de l'article 31 du CPC, « le droit d'action est un droit de la personne ». Ce que confirment la jurisprudence du Conseil constitutionnel (v. DC n° 89-257 du 25 juill. 1989 à propos de la constitutionnalité de l'action syndicale de substitution en matière de licenciement économique), aussi bien que, de façon tout à fait générale, l'article 6-1 de la Conv. EDH.

(18) Cass. Soc. 3 mai 2007, *Sofaco*, Dr. Ouv. 2007. 326, n. M. Henry. Solution largement confirmée depuis : v. références in M. Keller-Lyon-Caen sous Cass. Soc. 25 sept. 2013, *Sté Airelle*, Dr. Ouv. 2014. 41, n. 19 et « Le déplacement vers le TGI de l'action syndicale au bénéfice des salariés », Dr. Ouv. 2012. 471.

(19) Le syndicat demande au TGI réparation au bénéfice de salariés « identifiables », mais « non identifiés », et portant sur des sommes « chiffrables, mais non chiffrées ».

(20) Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation.

(21) Cass. Soc. 3 nov. 1972, *CFDT c/ Total*, Dr. Ouv. 1973. 214 ; Syndicalisme CFDT, 4 nov. 1973, n° 1426, n. Emile Gaudillière, « Feu l'article 31 t ».

(22) V. ci-dessus n. 17.

(23) Article L. 1411-4 C. trav. : « Le CPH est seul compétent ... pour connaître des différends mentionnés au présent chapitre.... Le CPH n'est pas compétent pour connaître des litiges attribués à une autre juridiction par la loi... ».

Cette proposition, pourtant « dans l'air du temps » de la politique sociale nationale et européenne, n'a pas abouti. Pas plus que d'autres propositions « d'action de groupe », pourtant moins « audacieuses », la restreignant à la lutte contre la discrimination (24), alors que nous la concevons comme tout à fait générale dans tous les litiges « mixtes » (25). Il faut cependant signaler que *l'avant-projet de loi Justice du XXI^e siècle* (26) prévoit la reconnaissance d'une action de groupe spécifique, cette fois encore, aux discriminations au travail pour les personnes de droit privé et public.

Pourquoi cette difficulté à donner à la défense des droits des travailleurs l'instrument procédural adéquat ?

Il me semble qu'elle n'est plus technique, puisque l'instrument de droit processuel existe (avec des variantes). Ses raisons sont autres que juridiques. Le patronat ne veut pas du moyen de lutte pour le droit qu'est l'action judiciaire collective. On le comprend (même s'il n'en a pas toujours été ainsi, puisque l'action dans l'intérêt collectif est une « découverte » patronale dans sa lutte anticoncurrentielle (27)). L'action syndicale dans l'intérêt collectif est aujourd'hui, d'abord, un instrument de défense des droits des salariés à l'initiative de leurs syndicats. Dans l'entreprise comme en justice, seule l'action collective mise en œuvre dans le respect de la liberté individuelle du gréviste comme du droit personnel du plaideur à ne pas agir, est l'instrument de l'effectivité de la défense des droits des travailleurs. Et c'est bien le refus de l'instrument syndical adéquat que l'on « entend » dans les propos de deux représentantes du Medef, participantes à un débat sur la question « Faut-il introduire l'action de groupe en droit du travail ? », lorsqu'elles dénoncent vigoureusement les « *partisans d'une action collective en droit du travail,*

qui regrettent que les salariés ne puissent avancer masqués par leur syndicat » lors de la phase déclaratoire de l'instance (28).

Comment expliquer, par contre, le caractère timoré de certaines propositions sincèrement soucieuses de la défense des droits des travailleurs ? La peur de la remise en cause de l'existence même du CPH, juge « naturel » des litiges du travail, que constituerait la reconnaissance d'une compétence alternative du TGI, me semble être l'explication principale (29). Alain Supiot concluait déjà, en 1993, à « *L'impossible réforme de la juridiction prud'homale* » (30) que, pourtant, les limites objectives de la compétence prud'homale, comme la mise en œuvre, trop fréquemment *a minima*, de son office par l'institution paritaire (30 bis), requièrent. Faut-il attendre que la loi *Macron* ait fini le « sale boulot » de la remise en cause de la justice prud'homale pour que le TGI reçoive la bénédiction à « gauche » de sa fonction à part entière de juge social (31) ?

... et dans le contentieux du chômage

Revenant à la proposition d'une action de groupe dans le contentieux du chômage, l'on remarquera que ces considérations désabusées concernent le contentieux du travail, alors que l'action de groupe à portée plurale est l'instrument privilégié du contentieux social au sens large, et donc du contentieux du chômage, tout particulièrement en raison des difficultés inextricables du recours en justice pour le chômeur seul. Les avocats spécialistes du contentieux du chômage ont souligné, dans leur rapport et la discussion qui a suivi, la nécessité d'une action de groupe pour renforcer leur défense des droits des chômeurs contre des pratiques abusives ou des manquements de Pôle Emploi notamment. Telles la pratique de radiation rétroactive, dont le recours en justice a permis l'inter-

(24) La plus importante est celle formulée dans le Rapport de Laurence Pécaut-Rivolier, « *Lutter contre les discriminations au travail : un défi collectif* », remis le 17 déc. 2013 aux ministres du Travail, des Droits des femmes et de la Justice, dont l'une des propositions majeures est l'action en justice collective. V. encore la proposition Esther Benbassa, déposée au Sénat le 25 juill. 2013, et celle de Razy Hammadi, déposée le même jour à l'Assemblée nationale.

(25) V. nos obs. détaillées au Dr. Ouv. 2012, p.471.

(26) V., pour sa présentation rapide, SSL ° 1686 du 20 juill. 2015, pp. 1 et 2.

(27) L'action syndicale dans l'intérêt collectif de la profession de la loi du 12 mars 1920 est née de la pratique judiciaire patronale – de travailleurs indépendants plus précisément, médecins et bouilleurs de cru – et l'organisation patronale l'utilise encore parfois pour sa défense anti-concurrentielle. V. l'analyse fondatrice de Jean-Maurice Verdier in *Traité Droit du travail*, Dalloz 1987, p.597 et s., « L'action syndicale exercée dans l'intérêt collectif de la profession, le syndicat « procureur des intérêts collectifs – d'abord – patronaux, puis ouvriers ».

(28) Débat in RDT 2012. 603 entre Mmes J. Simon, directrice des affaires juridiques du Medef, C. Foulon, directrice adjointe des

relations du travail au Medef, et A. Ferrer, conseillère confédérale CGT, qui à l'inverse, se prononce « *pour une nouvelle efficacité des actions collectives* » ; on se reportera utilement à la note portant le même intitulé reproduite au Dr. Ouv. 2013, p.36.

(29) Alors que l'expérience démontre que l'intervention du juge professionnel – départiteur, CA – loin de supplanter le juge élu, a une fonction pédagogique renforçant la légitimité du juge prud'homal, qui, très vite, intègre l'avancée judiciaire dans ses propres décisions. V. Anais Ferrer in débat précité à la RDT 2012, p.36 : « *La juridiction paritaire n'est en rien remise en cause par les propositions qui suivent (d'action collective) puisqu'il s'agit de renforcer l'action syndicale en justice devant toutes les juridictions – pénales, administratives, civiles, TGI comme CPH. La juridiction prud'homale en sortira donc renforcée* ».

(30) In R.F. aff. soc. 1993, n° s 1, pp.91 et s.

(30 bis) On se reportera utilement à cet égard aux chroniques de procédure prud'homale publiées dans cette Revue.

(31) En vérité, la pratique judiciaire des défenseurs de salariés montre qu'ils ont découvert depuis longtemps les vertus de l'action devant le TGI, alors que le discours sur la justice du travail demeure langue de bois.

diction (32), l'absence de proposition de formation, la proposition d'une formation inadéquate (32 bis), l'absence de mention des voies de recours...

Il me semble que la proposition d'action de groupe dans le contentieux du chômage serait plus facilement admise par l'ensemble des acteurs sociaux qu'en droit du travail. Parce que les chômeurs portent leur action devant le TGI ou le tribunal administratif (33), et non devant notre mythique CPH, dont l'action collective risquerait de remettre en cause la compétence exclusive. L'action de groupe rétablirait une certaine égalité culturelle et matérielle dans le combat judiciaire entre les plaideurs – chômeur(s) et Pôle Emploi. L'instance en deux temps du modèle *Guinchard* (34) en droit de la consommation permet une efficacité plus grande du recours, un gain de temps et d'argent, pour les plaideurs comme pour l'institution judiciaire, les chômeurs intéressés n'intervenant dans l'instance qu'après la déclaration de manquement de l'institution (Pôle Emploi, préfet). En permettant de trancher plus vite et mieux les litiges ayant pour objet la méconnaissance, par les institutions compétentes, des droits des chômeurs, l'action de groupe permettrait encore aux défenseurs des chômeurs de mieux investir le contentieux, plus porteur des droits à conquérir, bref de remédier, même modestement, à la « pauvreté » actuelle du contentieux.

L'on remarquera que l'action de groupe spécifique aux discriminations au travail introduite par l'avant-projet de loi *Justice du XXI^e siècle* pour les personnes de droit privé et public (35), qui devrait bientôt voir le jour, pourrait constituer la première étape d'une telle action de groupe, en devenant très vite, maintenant, un instrument utile pour les avocats, qui nous ont dit fonder souvent leur défense des chômeurs sur la discrimination. La question de savoir si le projet englobe l'action contre la discrimination à l'égard des chômeurs est urgente à approfondir, car la controverse sur le bénéfice pour la défense des chômeurs d'une action destinée à lutter contre les discriminations au travail ne manquerait pas de rebondir.

Alain Supiot – Je ne peux que souscrire à l'importance de l'action judiciaire dans l'évolution du droit du travail. Dans les années 1970, la CFDT, sous l'impulsion de Jean-Paul Murcier, a renouvelé la perception syndicale du droit en l'envisageant non seulement

comme un moyen de sanction judiciaire *a posteriori*, mais surtout comme moyen d'action collective. Largement ouvert aux jeunes juristes de ma génération, son service juridique était aussi le lieu, particulièrement stimulant, d'une vraie pensée juridique étayant des stratégies judiciaires. L'action collective ne se limite évidemment pas à l'action judiciaire et nous avons plus que jamais besoin de réfléchir aussi aux formes premières de l'action collective, celles qui pèsent sur l'établissement d'un rapport équilibré de négociation. L'action judiciaire est un moyen, mais les juristes ne doivent pas se replier sur eux-mêmes. De même, je suis d'accord pour dire que le chômage est un point d'observation absolument central, et cependant négligé par la doctrine.

Quant à la représentation des chômeurs, c'est une question ancienne. En 1987, j'avais organisé à Nantes un colloque intitulé « Les sans-emplois et la loi », conclu par Gérard Lyon-Caen (36). La question de la représentation y avait été longuement présentée et débattue, et l'opinion dominante était que cette représentation incombe d'abord aux syndicats. Ce qui n'enlève rien à l'importance d'associations représentatives. ATD Quart-Monde a développé, en ce sens, une action particulièrement remarquable, fondée sur l'idée que les personnes en déshérence sociale ont un savoir propre et de première importance, celui de l'expérience vécue (37). C'est de cette expérience qu'il faut faire fond, au lieu de projeter sans cesse sur elle un discours d'expert. Il s'agit là de la thématique de la représentation.

Plus généralement, la façon de représenter la pauvreté et le chômage est un enjeu politique de premier ordre. Depuis des siècles s'opposent deux visions des pauvres : celle de profiteurs fainéants et celle de victimes de l'injustice. Là où Bossuet rappelait aux riches de son temps « *l'éminente dignité des pauvres* », Calvin estimait que « *c'est Dieu qui humilie et c'est Dieu qui hausse* » et dépeignait les pauvres comme des « *méchants toujours affamés, induits à user de fraudes et de rapines* » (38). À l'heure où la tentation est grande, chez de nombreux politiques, de délégitimer les systèmes de solidarité, en excitant les actifs « qui se lèvent tôt » contre les chômeurs censés vivre grassement de leurs allocations, des liens solides entre le monde syndical et le monde associatif sont donc particulièrement importants.

(32) V. références *supra* in Rapport II de Laure Camaji, Florent Hennequin et Emilie Videcoq.

(32 bis) Comme dans le film « *La loi du marché* » de Stéphane Brizé (présenté à Cannes en 2015).

(33) V. Laure Camaji, préc. in Dr. Ouvr 2014. 713, « Quel accès à la justice pour les demandeurs d'emploi ? ».

(34) V. *supra* note 20.

(35) Pour une première et brève analyse de cet avant-projet, v. SSL n° 1686 du 20 juill. 2015, pp. 2 et 3.

(36) Les actes de ce colloque ont été publiés sous le titre *Les sans-emploi et la loi, hier et aujourd'hui*, Quimper, Calligrammes, 1988, 228 p.

(37) Cf. ATD-Quart Monde, *Le Croisement des savoirs et des pratiques*, Paris, Éditions de l'Atelier, 2009, 703 p.

(38) Cf. Bossuet, *De l'éminente dignité des pauvres*, présenté par A. Supiot, Mille et une nuits, 2015, 69 p.