N°s 389828, 389839, 389840
Fédération nationale des
syndicats du spectacle, du
cinéma, de l'audiovisuel et de
l'action culturelle CGT et autres

1^{ère} et 6^{ème} chambres réunies
Séance du 8 juin 2016
Lecture du 29 juin 2016

CONCLUSIONS

M. Jean LESSI, rapporteur public

Les artistes et techniciens du cinéma, de l'audiovisuel, de la diffusion et du spectacle vivant intermittents du spectacle peuvent prétendre au versement de l'allocation d'aide au retour à l'emploi (ARE) en vertu des annexes 8 et 10 du règlement général annexé à la convention d'assurance chômage, c'est-à-dire aux prestations du régime assurantiel. Lorsqu'ils arrivent en fin de droits, la plupart ne remplissent pas les conditions de l'allocation de solidarité spécifique (l'ASS), prestation de solidarité versée au nom de l'Etat et prévue à l'article L. 5423-1 du code du travail¹ (CT). Cependant, depuis 2004, ils peuvent bénéficier, sous diverses dénominations, d'autres allocations de solidarité gérées par l'Etat, servies par Pôle Emploi et financées par le Fonds de solidarité : d'abord l'allocation du fonds transitoire (AFT), puis l'allocation du fonds spécifique provisoire (AFSP), et aujourd'hui, un dispositif principalement à deux volets : l'allocation de professionnalisation et de solidarité (APS) et, pour ceux qui n'en remplissent pas les conditions, l'allocation de fin de droits (AFD). Le principe de ces allocations de solidarité, 3^{ème} filet de sécurité après l'allocation d'assurance et l'ASS, est prévu dans la loi (art. L. 5424-1 du CT), et leurs modalités sont fixées par les articles D. 5424-50 et s. du CT.

L'enjeu du litige est de savoir si ces allocations de solidarité propres aux intermittents ouvrent des droits aux régimes complémentaires obligatoires de retraite. C'est la règle pour l'ARE. C'est également le cas pour les chômeurs « ordinaires » touchant l'ASS : la convention Agirc du 14 mars 1947 et l'accord Arrco du 8 décembre 1961 comportent des stipulations expresses permettant la validation des périodes de chômage indemnisées par l'Etat sous forme d'ASS : une cotisation fictive est calculée sur la base du salaire de référence, les droits correspondants sont ouverts, financés en grande partie par l'Etat. Pour les intermittents touchant l'une de ces allocations *ad hoc*, dans un premier temps, entre 2004 et 2011, telle était aussi la pratique de l'administration. C'est ainsi que Pôle emploi a effectué un précompte sur les allocations servies, à hauteur de 0,93 % du salaire de référence, pour un total d'environ 8 millions d'euros – ce qui correspond à la translation, pour l'allocation de solidarité, de la

¹ Notamment la condition de justifier de cinq ans d'activité salariée dans les dix ans précédant la fin du contrat de travail (article R. 5423-1 du code du travail).

« participation » de 0,93% prélevée sur l'ARE versée aux intermittents en vertu de l'article 27 de l'annexe VIII².

Mais l'Etat n'a jamais rien fait de cet argent accumulé et, notamment, n'a procédé à aucun versement à l'Agirc et à l'Arrco, estimant que les intermittents en fin de droit n'entraient en réalité pas dans le champ des bénéficiaires des régimes Agirc-Arrco tel que défini par la convention du 14 mars 1947 et l'accord du 8 décembre 1961. Quelque peu contradictoire avec lui-même, l'Etat a toutefois laissé le mécanisme du précompte jouer aveuglement pendant sept ans, et amputer chaque mois le montant des allocations versées aux intéressés.

Ce n'est qu'en 2011 que l'Etat a tiré toutes les conséquences de son analyse du champ des régimes Agirc-Arrco en stoppant la pratique du précompte et se demandant enfin que faire de cette « cagnotte ». Ainsi, par un courrier du 30 novembre 2011, la directrice de cabinet du ministre du travail, de l'emploi et de la santé a écrit aux présidents de l'Agirc et de l'Arrco pour leur exposer ce problème et leur proposer une solution – le versement progressif des 8 M €, en contrepartie de quoi des droits seraient ouverts par le biais d'un mécanisme de rachat obligatoire de points. Le courrier précisait toutefois qu'une telle solution supposait l'accord des deux régimes et la conclusion d'une convention *ad hoc*, qui n'ont à ce jour visiblement pas abouti.

Quelques années se sont encore écoulées, jusqu'à ce qu'en décembre 2014 la Fédération CGT des syndicats du spectacle, du cinéma, de l'audiovisuel et de l'action culturelle saisisse le ministre chargé du travail et la ministre chargée de la sécurité sociale d'une demande portant sur quatre points : à titre principal, que l'Etat retire la décision prise en 2011 « d'exclure » des régimes Agirc-Arrco les intermittents en fin de droit indemnisés par l'Etat – la Fédération soutenant qu'ils se situent bien dans le champ ; à titre subsidiaire, au cas où ils seraient effectivement hors champ, que l'Etat négocie une convention avec Pôle Emploi, l'Unedic, l'Agirc et l'Arrco afin de les y inclure pour l'avenir ; dans tous les cas, que l'Etat régularise pour le passé l'ensemble des situations individuelles, soit en versant à l'Agirc-Arrco les 8 M euros afin que les droits correspondants soient ouverts, soit en versant aux intermittents une indemnité compensant la minoration des droits à pension ; enfin, que le préjudice causé aux intermittents fasse l'objet d'une première réparation par le versement à la Fédération d'une indemnité de 10 000 euros.

La Fédération, M. A... et Mme C... vous demandent d'annuler pour excès de pouvoir le rejet implicite de cette demande, ainsi que le courrier du 30 novembre 2011.

1. Le courrier de la directrice de cabinet, par lui-même, n'est pas susceptible de recours. Son auteur se borne à dresser un diagnostic et à proposer aux destinataires une piste de solution. Ce courrier ne comporte aucune décision, en particulier aucune décision d'« exclure » les intermittents en fin de droits du champ des régimes Agirc et Arrco, aucune autorité de l'Etat n'ayant d'ailleurs compétence pour modifier le champ des bénéficiaires de ces régimes. Le courrier repose certes sur une interprétation du droit selon laquelle les intéressés sont hors champ, mais il s'agit là de l'un de ses motifs, pas d'une « décision ». Et compte tenu de la tonalité du courrier comme de ses destinataires – les institutions gestionnaires – sur lesquels le

² Parallèlement, l'Etat a comptabilisé la part patronale de ces cotisations, pour un montant total de 69,2 millions d'euros.

ministère n'a pas autorité, vous ne sauriez le faire entrer en tant que tel dans les clous de votre jurisprudence *Duvignères*³. Vous accueillerez donc la fin de non recevoir.

Les recours présentés en 2014 ont en revanche fait naître une multitude de décisions implicites d rejet – autant qu'il y avait de chefs de demande – qui sont susceptibles de recours. Ces multiples décisions peuvent être regroupées en deux ensembles.

Le premier est le refus de revenir sur la « décision » prise en 2011 d'arrêter le précompte. Il s'agissait d'une authentique décision, révélée par les pièces du dossier, en particulier par le mémoire en défense. Cette « décision » est à imputer au ministre chargé du travail, dont le portefeuille couvrait la gestion de l'ASS (v. pour ce procédé : CE, 18 juin 2014, *Association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers et Groupe d'information et de soutien des immigrés*, n° 366307, aux Tables). Et elle relève de votre compétence en premier et dernier ressort. Nous ne le regardons pas comme un acte réglementaire (que le ministre aurait été incompétent pour prendre), mais comme une prise de position impérative d'un ministre à l'égard des services gestionnaires de ces allocations de solidarité, versées pour le compte de l'Etat et à la charge du Fonds de solidarité.

La deuxième série d'actes peut être décrite en une formule : c'est le choix de ne rien faire pour ouvrir des droits à retraite complémentaire aux intéressés, ni pour le passé ni pour l'avenir. Ces actes sont à imputer à la ministre chargée des affaires sociales, compétente en matière de retraites complémentaires. Leurs natures sont variées. Le refus de créer un dispositif d'indemnisation des intermittents à hauteur de la minoration de leurs droits à pension s'analyse comme le refus de prendre un acte réglementaire, ou de proposer au Premier ministre d'en prendre un, en tout état de cause comme un acte relevant de votre compétence. Le refus de verser les 8 M euros à l'Agirc-Arrco est une décision financière, non réglementaire (CE, 23 janv. 1966, *Caisse autonome nationale de compensation de l'assurance vieillesse artisanale*, aux Tables p. 847). Le refus d'engager des négociations avec l'Unedic, Pôle-Emploi et l'Agirc-Arrco ne revêt pas non plus un caractère réglementaire. Mais tout cela a été décidé d'un même mouvement, il ne s'agit là que des différentes facettes d'une même médaille dont vous connaîtrez par connexité (CE, sect., 8 oct. 1976, *L...*, n°93279, au Recueil). De même, les conclusions indemnitaires sont connexes.

2. Si l'on en vient au fond, et dès lors qu'on ne saurait sérieusement soutenir que ces actes en auraient dû être précédés d'une procédure contradictoire, une seule question commande tout : les intéressés sont-ils dans le champ des convention et accord Agirc et Arrco ?

La réponse nous paraît négative. Les « bénéficiaires » de ces deux régimes sont clairement définis respectivement par les articles 4 et 3 de la convention du 14 mars 1947 et de l'accord du 8 décembre 1961 comme des personnes exerçant une activité salarié au sein des entreprises entrant dans leur champ professionnel. De même, les stipulations des articles 5 et 12 de ces mêmes textes définissent l'assiette des cotisations ouvrant des droits à RCO par référence aux éléments de rémunération servant d'assiette aux cotisations sociales en vertu de l'article L. 242-1 du code de la sécurité sociale (CSS), c'est-à-dire, selon cet article, « toutes les sommes versées aux travailleurs en contrepartie ou à l'occasion d'un travail », ce que ne sont pas les allocations de solidarité.

³ Pour la grille d'analyse, v. les concl. de X. Domino sur CE, 30 janv. 2015, *Syndicat des directeurs généraux des établissements du réseau des CCI*, n° 375861, aux Tables)

Il faut cependant se reporter à un autre ensemble de stipulations, qui permettent la validation de certaines périodes de chômage au titre des régimes Agirc et Arrco. L'article 8 bis de l'annexe I de la convention Agirc et l'article 23 de l'annexe A de l'accord Arrco se présentent de la même manière. On y trouve une liste limitative de prestations désignées avec précision par leur titre et leur base légale ; et pour chacune, sont précisées les conditions auxquelles la validation est subordonnée, les règles de calcul des cotisations et des points attribués à ce titre, ainsi que, pour les prestations de solidarité, les modalités de co-financement de ces points par l'Etat. Si la liste est longue, et comporte notamment l'allocation d'aide au retour à l'emploi (la prestation d'assurance), les allocations spéciales du FNE, l'allocation de solidarité spécifique « ordinaire » prévue à l'article L. 5423-1 du code du travail, les bénéficiaires de conventions de préretraite progressive, de congés de conversion ou de l'allocation équivalent retraite (AER), on ne trouve pas mention des allocations de solidarité *ad hoc* créées pour les intermittents à l'article L. 5424-1 du CT.

Les requérants ne soutiennent d'ailleurs pas qu'elles y seraient expressément mentionnées, mais plutôt qu'il faudrait, compte tenu de leur objet – un revenu de remplacement du salaire – les assimiler à ... un salaire. Mais vous ne pourrez pas procéder à une telle assimilation.

Pour aller dans leur sens, il faudrait que vous preniez sur vous d'interpréter ces annexes comme ayant en réalité entendu couvrir toutes les allocations ayant un objet identique à celles qui y sont mentionnées, bref de combler prétoriennement ses vides, ou de boucher ses trous – il faudrait d'ailleurs non seulement les y inscrire jurisprudentiellement, mais aussi dire à quel régime elles sont soumises – taux, quantum de points validés, conditions, participation financière...

Une telle opération dépasse à nos yeux votre office. Vous ne pourriez le faire de vous-mêmes, un tel effort d'interprétation n'appartenant qu'au juge naturel de ces accords de droit privé auquel vous devriez renvoyer une question préjudicielle. Et en tout état de cause nous pensons que vous n'atteignez pas le seuil de « difficulté sérieuse » auquel le renvoi d'une telle question est soumis.

Si l'on se contente d'une interprétation littérale, ces annexes sont tout à fait claires, et ce n'est pas pour rien que les partenaires sociaux ont négocié, au cas par cas, un régime adapté à chaque allocation, en en retenant certaines et pas d'autres.

Ne pourrait-on pas estimer qu'une telle différence de traitement entre bénéficiaires de prestations de remplacement voisines porte atteinte au principe d'égalité, et qu'il convient, à la lumière de ce principe, de faire une interprétation conforme de ces stipulations comme couvrant certaines allocations non mentionnées ? Nous ne sommes pas certain de la réponse.

Il faut d'abord relever que d'autres prestations similaires à l'ASS de droit commun, versées après épuisement des droits à l'ARE, n'ouvrent aucun droit à la retraite complémentaire obligatoire, par exemple le revenu de fin de formation créé par Pôle Emploi (délibération n° 2011/44 du 16 novembre 2011)⁴. Si un effort d'assimilation était fait pour les intermittents,

⁴ Cette prestation a été créée pour remplacer l'allocation de fin de formation anciennement prévue à l'art. R. 5423-15 du CT, au bénéfice des chômeurs qui entrent en formation alors qu'ils bénéficient de l'ARE, et épuisent leurs droits pendant cette formation. Avec le paradoxe qu'ils sont alors susceptibles de passer par trois états s'ils restent au chômage après la fin de leur formation : dans un premier temps, pendant la période de chômage indemnisée par l'ARE, leurs revenus ouvrent droit à des points de RCO ; dans un deuxième temps, pendant la fin de leur formation indemnisée par la RFF, cette allocation ne leur ouvre plus de droit ; dans

cet effort devrait aller plus loin – sans que, nous y insistons, les partenaires conventionnels de l'Agirc et de l'Arrco n'aient intégré ces paramètres dans l'équilibre des deux régimes.

Par ailleurs, il n'est pas certain que les prestations versées aux intermittents en fin de droits aient un objet identique à l'ASS et à d'autres prestations de solidarité au regard des droits à RCO, bref, pour reprendre la terminologie du principe d'égalité, que les intéressés se trouvent « dans la même situation » (Soc., 27 janvier 2015, n° 13-17.627 et autres, Bull. Civ. V, n° 6)⁵. Car en réalité, ces prestations sont constitutives d'un troisième étage de solidarité, alors que l'ASS est le deuxième. L'intermittent au chômage perçoit d'abord l'ARE ; une fois ses droits à ARE épuisés, il peut, au moins en théorie, basculer dans l'ASS ; s'il n'en remplit pas les conditions, il peut basculer dans l'APS ou l'AFD. Ce que nous voulons dire, c'est que l'APS et l'AFD ne se situent pas sur le même plan que l'ASS, qu'elles constituent un filet de sécurité supplémentaire, le troisième, adapté aux spécificités de la situation des intermittents au regard des droits à chômage.

Enfin, dernier indice : les conventions et accords Agirc et Arrco ont été modifiés postérieurement à l'inscription dans le code du travail des prestations en cause, sans que les partenaires ne choisissent à cette occasion de compléter la liste des prestations de remplacement ouvrant des droits à RCO – alors qu'ils l'ont fait sur d'autres points : la liste est bien vivante, tenue à jour régulièrement. L'exclusion est délibérée, en tout cas rien ne permet de penser qu'elle ne l'est pas.

Pour nous résumer, il ne nous semble pas y avoir de difficulté sérieuse d'interprétation. Pour attirer les intermittents concernés dans le champ de l'Agirc et de l'Arrco, compte tenu de la clarté de la lettre de ces stipulations et de ce que nous venons de vous dire, il ne faudrait pas à nos yeux emprunter une démarche d'interprétation mais, le cas échéant une véritable remise en cause de la licéité de ces stipulations en tant qu'elles ne couvrent pas certaines allocations, question que vous n'avez pas à soulever d'office et qui n'est soulevée par personne.

Les intermittents bénéficiaires des allocations de solidarité ad hoc étaient placés en dehors du champ de la convention Agirc et de l'accord Arrco. C'est au terme d'une interprétation exacte de l'état du droit que le ministre du travail a constaté qu'il n'y pas lieu de précompter des sommes à ce titre. En l'état du droit, les requérant ne sont pas non plus fondés à soutenir que le ministre aurait commis une erreur de droit en estimant qu'il n'y a pas lieu à ouvrir directement – par le versement des 8 M à l'Agirc-Arrco – ou indirectement – par la mise en place d'un dispositif d'indemnisation représentatif de la minoration de droits à pension – des droits à retraite complémentaire pour le passé. Les conclusions tendant à ce que des négociations soient engagées entre l'Etat, Pôle Emploi, l'Unédic et l'Agirc-Arrco en vue de conclure une convention financière ne peuvent en tout état de cause qu'être rejetées, l'obligation de conclure une telle convention ne pouvant exister qu'en aval⁶ de la modification de la convention Agirc et de l'accord Arrco, qui n'incombe qu'aux partenaires

un troisième temps, s'il basculent sur l'ASS, cette prestation génère de nouveau des droits à validation au titre de l'Agirc-Arrco....

⁵ « Pour l'attribution d'un avantage particulier, une différence de statut juridique entre des salariés placés dans une situation comparable au regard dudit avantage, ne suffit pas, à elle seule, à exclure l'application du principe d'égalité de traitement. Il appartient à l'employeur de démontrer que la différence de traitement entre des salariés placés dans la même situation au regard de l'avantage litigieux, repose sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler la réalité et la pertinence ».

⁶ En amont, ce ne pourrait être qu'un gage de bonne volonté de l'Etat, pas une obligation.

sociaux⁷. Et les conclusions indemnitaires ne peuvent qu'être rejetées, en l'absence de tout préjudice personnel allégué par la Fédération requérante.

Pour conclure, nous vous dirons notre sentiment d'être en présence, non pas d'un litige de retraite complémentaire obligatoire, mais de liquidation des allocations de fin de droits dues aux intermittents : sauf erreur de notre part, ces allocations ont, aux dates – lointaines désormais – auxquelles elles ont été versées, été amputées à tort d'une partie des sommes dues. Le précompte aurait-il d'ailleurs eu lieu pour n'importe quel autre motif que des droits à RCO, sans base textuelle, que nous parviendrions à la même conclusion. Il appartient aux intéressés, s'ils s'y croient recevables et fondés, au regard notamment des règles de prescription, d'introduire de telles actions. Le prisme choisi par la requête n'est pas le plus adapté.

Par ces motifs nous concluons au rejet des requêtes.

⁷ C'est un tel processus en deux temps qui a été suivi – modification des instruments conventionnels, puis conclusion le 23 mars 2000 d'une convention tripartite (du 23 mars 2000 figurant en annexe 2 du titre VII) pour la participation de l'Etat au financement des droits à retraite validés au titre des périodes de préretraite ASFNE et PRP ainsi que de l'ASS.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.