

# L'annulation de l'agrément de la convention d'assurance-chômage

Conclusions (CE, 5 octobre 2015, req. n° 383.956)

par Rémi DECOU-PAOLINI, Rapporteur public

Les travailleurs involontairement privés d'emploi – et aussi, depuis 2008, ceux dont le contrat de travail a été rompu conventionnellement – ont droit, en vertu de l'article L. 5421-1 du Code du travail, à un revenu de remplacement qui prend la forme soit d'une allocation d'assurance, dont le régime est géré, depuis sa création en 1958, par les partenaires sociaux, soit d'une allocation de solidarité (ASS) versée par l'État (aux salariés n'ayant pas travaillé suffisamment longtemps pour pouvoir bénéficier des prestations d'assurance ou ayant épuisé leurs droits à ces prestations).

Si les principes fondamentaux du régime d'assurance sont fixés par la loi (aux articles L.5422-1 et suivants du Code du travail), le législateur en renvoie, à l'article L. 5422-20, la fixation des mesures d'application à des « *accords conclus entre les organisations représentatives d'employeurs et de salariés* ». C'est sur cette base que sont régulièrement conclus, pour des durées d'environ deux ans, les conventions d'assurance-chômage, et en dernier lieu la convention du 14 mai 2014, dont l'agrément, par arrêté du 25 juin 2014, est à l'origine du présent litige.

Une convention d'assurance-chômage est, en effet, un acte de droit privé, dont il appartient normalement au juge judiciaire de connaître (1), mais elle ne peut entrer en vigueur et revêtir un caractère obligatoire, à l'égard de tous les employeurs et salariés compris dans le champ d'application professionnel et territorial du régime d'assurance-chômage, que si elle est agréée par un arrêté du ministre chargé de l'emploi, revêtant le caractère d'un acte réglementaire (2) soumis au contrôle normal du juge administratif (3).

Compte tenu de la nature particulière des conventions d'assurance-chômage (mesures d'application de la loi) vous êtes compétents, lorsque vous êtes saisis en excès de pouvoir contre un arrêté d'agrément, pour vous prononcer vous-mêmes sur les moyens mettant

en cause la légalité de la convention et des textes qui lui sont associés, sans avoir à renvoyer de question préjudicielle au juge judiciaire (4).

Vous aurez à faire usage de ces pouvoirs dans le cadre du présent litige qui illustre une nouvelle fois, après la contestation ces dernières années d'autres accords d'assurance-chômage, la tendance à une « *juridictionnalisation du social* ».

- Les négociations engagées pour renouveler la précédente convention de 2011, dont l'expiration a dû être reportée au 30 juin 2014, ont d'abord conduit à la conclusion, le 22 mars 2014, d'un accord national interprofessionnel (ANI), définissant les grandes orientations, puis à celle, non sans difficultés et quelques rebondissements, de la convention du 14 mai 2014 et des divers textes qui lui sont associés – son règlement général, ainsi que des annexes et accords d'application.

La convention a été signée par les 3 organisations patronales nationales, mais par 3 seulement des 5 organisations de salariés – la CFE-CGC et la CGT refusant d'apposer leur signature. Elle a été agréée, comme indiqué, par l'arrêté du 25 juin 2014, contesté devant vous en excès de pouvoir par plusieurs syndicats et associations et une quarantaine de personnes physiques. Vous pourrez joindre leurs trois requêtes pour statuer par une seule décision.

- Il nous faut, avant d'engager leur examen, et pour une bonne compréhension du litige, vous apporter quelques précisions sur l'économie de la nouvelle convention, prévue pour produire des effets du 1<sup>er</sup> juillet 2014 (mais pour certaines stipulations à partir du 1<sup>er</sup> octobre) au 30 juin 2016.

Cette convention s'inscrit d'abord dans le sillage des conventions précédentes – et elle reprend très largement les principes et le contenu de la précédente convention Unédic du 6 mai 2011. Signalons, au

(1) TC, 23 octobre 2000, *Gaucher*, n° 3091 ; Cass. Ass. plén., 24 janvier 2003, Bull. 2003 ; Cass. Soc., 10 octobre 2006, Bull. V, n° 298.

(2) Cf. les conclusions de Sophie Boissard sur CE, 6 octobre 2000, *Jouanine*, B, n° 209.312, mais la décision n'est pas fichée sur ce point, contrairement à ce qui est souvent indiqué.

(3) Sur la nature du contrôle, cf. CE, 11 juillet 2001, *MEDEF et CGPME*, A, n° 224.586 ; pour le contrôle restreint dans l'hypothèse où le ministre s'abstient d'exercer son pouvoir de refuser l'agrément, cf. CE, 30 décembre 2003, *FESAC*, B, n° 250.758.

(4) Voyez votre décision de Section du 23 mars 2012, *Fédération Sud Santé Sociaux*, A, n° 331.805, concl. Claire Landais, abandonnant, en matière de question préjudicielle, la réserve précédemment posée par votre décision précitée de 2001, *MEDEF et CGPME*.

titre du maintien des « fondamentaux de l'assurance-chômage » : l'ouverture des droits à indemnisation à partir de 610 heures de travail, soit 4 mois ; une période de référence de 28 mois, ou de 36 mois pour les plus de 50 ans ; la règle un jour travaillé = un jour indemnisé ; le maintien d'un montant de l'indemnité proportionnel au salaire perdu ; le maintien des taux de contribution des salariés (2,4 %) et des employeurs (4 %) – sauf pour le régime des intermittents du spectacle fixé aux annexes VIII et X du règlement général ; enfin le maintien de la spécificité de ce régime.

La nouvelle convention de 2014 comporte néanmoins plusieurs novations, résultant des compromis trouvés par les partenaires sociaux, dans un contexte marqué par la dégradation des comptes de l'Unédic (le déficit cumulé s'établissant, fin 2013, à 18 milliards d'euros et les projections, à règles d'indemnisation inchangées, étaient de l'ordre de 35 à 40 milliards pour l'année 2017). Ce sont évidemment ces dispositions nouvelles, renforçant, pour partie, les droits des salariés, mais selon des modalités parfois contestées, et limitant, pour d'autres, les modalités d'indemnisation, qui concentrent les critiques des requérants.

Il s'agit ici non d'en faire une description technique détaillée, mais de les mettre simplement en perspective (5).

Plusieurs stipulations visent à améliorer la situation des demandeurs d'emploi ou de certaines catégories d'entre eux : il en est ainsi de la simplification des règles de cumul entre salaire et allocations-chômage, du renforcement des droits des salariés exerçant simultanément plusieurs activités auprès de différents employeurs, et surtout du nouveau dispositif dit des « droits rechargeables », venu remplacer l'ancien système de la réadmission, et qui consiste en un allongement de la durée d'indemnisation par la conservation du reliquat de droits non utilisés (5 bis).

D'autres mesures poursuivent un objectif de maîtrise financière et se traduisent par une limitation des droits des demandeurs d'emploi. Entrent dans cette catégorie la réduction du taux de l'allocation de recherche d'emploi (ARE) (le montant de l'allocation ne peut pas être inférieur à 57 % du SJR, au lieu de 57,4 % auparavant), ou encore l'allongement du différé d'indemnisation, réforme qui se dédouble en une mesure d'ordre général et en une mesure spécifique aux « intermittents du spectacle ».

Venons-en à l'examen des questions préalables soulevées par les requêtes.

- Une première question concerne le non-lieu à statuer sur une partie – limitée – des conclusions des requêtes. Il s'agit de savoir si les critiques formulées contre les stipulations relatives au différé d'indemnisation applicable aux intermittents du spectacle, et qui sont respectivement prévues, pour les techniciens et les artistes, aux articles 29 des annexes VIII et X à la convention, conservent encore un objet.

Le syndicat CFDT a soulevé sur ce point une exception de non-lieu, en faisant valoir l'intervention du décret n°2014-1172 du 13 octobre 2014 relatif à la prise en charge financière du différé d'indemnisation. Votre 1<sup>ère</sup> sous-section a prolongé l'analyse de cette question en soulevant d'office une exception de non-lieu communiquée aux parties, tirée, elle, de la modification des stipulations des articles 29 des annexes VIII et X par l'avenant n°1 à la convention, daté du 14 octobre 2014 et agréé par un arrêté définitif du 14 novembre 2014.

À l'image des pièces d'un puzzle, ces différents textes s'agencent pour faire obstacle, avec effet rétroactif au 1<sup>er</sup> juillet 2014, c'est-à-dire précisément à la date d'entrée en vigueur de la convention du 14 mai 2014, au durcissement des règles applicables au différé d'indemnisation des intermittents du spectacle par rapport à celles fixées par l'ancienne convention de 2011. Ce sujet, d'une grande sensibilité, s'est donc conclu par la prise en charge financière par l'État de l'écart entre le différé d'indemnisation résultant des nouvelles annexes de 2014 et celui résultant des anciennes annexes de 2011. Pour les salariés intéressés, le différé d'indemnisation ne change donc pas, de sorte que les stipulations critiquées n'ont pas produit d'effet. Il n'y a ainsi pas lieu de statuer sur les conclusions tendant à l'annulation de l'arrêté du 25 juin 2014 en tant qu'il les agréé.

- Le syndicat CFDT et le Medef soulèvent deux fins de non-recevoir.

La première est tirée du défaut d'intérêt à agir des auteurs de la requête n° 383956, mais vous ne pourrez que l'écarter, la recevabilité de cette requête collective ne faisant aucun doute au regard de l'objet social des quatre premières organisations requérantes.

Vous écarterez également la seconde fin de non-recevoir soulevée par la CFDT et le Medef et tirée

(5) Cf. not. le communiqué de l'Unédic du 25 septembre 2014, le fascicule de présentation de l'Unédic intitulé « Les règles d'indemnisation de l'assurance-chômage » de janvier 2015 et l'article de Marc Véricel, « La nouvelle convention sur l'assurance-chômage du 14 mai 2014. Recherche d'un certain équilibre entre nécessité de réduction du déficit et avancées en faveur des plus précaires », *Revue de droit du travail*, 2014, p. 467.

(5 bis) NDLR. À propos du débat sur les droits rechargeables, on se reportera au numéro spécial d'octobre 2015 du *Droit Ouvrier*, *Vers un nouveau statut social attaché à la personne du travailleur ?*, spéc. la deuxième partie : « De nouveaux droits pour les chômeurs ? » et la discussion.

de ce que des stipulations relatives aux obligations déclaratives des demandeurs d'emploi, figurant dans l'accord d'application n°9 et critiquées par les requérants, reprendraient simplement des stipulations antérieures. Il est soutenu que le caractère confirmatif des nouvelles stipulations ferait donc obstacle à leur contestabilité.

Certes, en application de votre jurisprudence de Section *Sieur Fargeas* (6), la réitération d'une décision devenue définitive n'a pas pour effet de rouvrir à son encontre le délai de recours contentieux. Mais cette jurisprudence nous semble inapplicable au cadre conventionnel litigieux, conclu pour une durée limitée de validité, et dont les différentes composantes voient leur portée renouvelée à chaque nouvel accord, en fonction de la négociation de nouveaux équilibres. Et la jurisprudence *Fargeas* est donc inapplicable, par voie de conséquence, à l'arrêté d'agrément. Au demeurant, le nouveau dispositif de rechargement des droits a eu pour effet de modifier la portée des stipulations en cause.

- Vous admettez, dans la limite des conclusions de la requête n°383958 conservant un objet, l'intervention de l'Union syndicale de l'intérim CGT, qui justifie d'un intérêt suffisant à l'annulation de l'arrêté attaqué.

Nous ne vous proposons pas, en revanche, d'admettre l'intervention présentée par le Syndicat des Avocats de France (SAF) au soutien de la requête n° 383957 : ce syndicat professionnel, qui fait valoir que la réforme relative au différé spécifique d'indemnisation dissuade les salariés d'engager des actions devant la justice prud'homale, et donc de recourir à l'assistance d'un avocat, ne nous paraît pas justifier d'un intérêt suffisant à l'annulation de l'arrêté attaqué.

- Nous pouvons en venir à l'examen des moyens des requêtes, qui ciblent un grand nombre de stipulations et qui ont donné lieu, entre les parties, à la production d'écritures développées et très argumentées.

Indiquons-le d'emblée, trois séries de stipulations, dont vous devrez apprécier la divisibilité par rapport aux autres clauses de la convention, nous paraissent entachées d'illégalité, et nous commencerons donc par les examiner en premier, ainsi que leurs conséquences sur l'arrêté attaqué. Nous vous indiquerons ensuite, plus brièvement, au cas où vous ne nous suivriez pas, notre sentiment sur les moyens des requérants dirigés contre les autres stipulations de la convention et les textes qui y sont associés.

#### • Une première série de moyens vise le différé d'indemnisation spécifique.

Rappelons que l'assurance-chômage (payée mensuellement à terme échu) n'est pas versée dès la fin du contrat de travail (la perte effective de l'emploi) : son point de départ peut, en effet, faire l'objet, de manière cumulée et dans cet ordre, en application des articles 21 à 23 du nouveau règlement général annexé à la convention, de deux différés d'indemnisation et d'un délai d'attente.

Le premier différé résulte de la prise en compte de l'indemnité versée par l'employeur au salarié au titre des jours de congés payés non consommés (ce « différé d'indemnisation congés payés » est égal au rapport entre le montant de l'indemnité de congés payés et le salaire journalier de référence). Le second différé, dit « différé d'indemnisation spécifique » – sur lequel porte la critique et qui est prévu au § 2 de l'article 21, vise à prendre en compte les indemnités et les autres sommes, « quelle que soit leur nature », « inhérentes » à la rupture du contrat, à l'exception de celles dont le montant ou les modalités de calcul résultent directement de l'application d'une disposition législative. Entrent donc dans l'assiette de ce différé spécifique les fractions de diverses indemnités excédant les minima légaux – ce qui, en soi, ne soulève pas de difficultés de principe, comme vous l'avez jugé en validant l'intégration dans le calcul d'un différé d'indemnisation de la moitié des parts supra-légales (7). Aux deux différés mentionnés s'ajoute enfin le délai de carence forfaitaire de sept jours.

Soulignons-le, ces reports successifs n'ont pas pour objet de réduire le montant ou la durée de l'allocation d'assurance-chômage, mais seulement d'en décaler le bénéficiaire, avec l'idée sous-jacente, s'agissant des différés, que les indemnités perçues équivalent à un premier revenu de remplacement et que l'allocation-chômage ne présente qu'un caractère subsidiaire par rapport aux sommes dues par l'employeur.

La logique financière n'est, bien sûr, pas absente, puisque toute reprise d'un emploi, avant le terme de l'indemnisation au titre de l'allocation d'assurance-chômage, génère une économie pour le régime et que cette dernière est d'autant plus grande que le terme de l'indemnisation se trouve décalé dans le temps – or 61 % des chômeurs retrouvent un emploi avant d'avoir épuisé leurs droits à l'allocation d'assurance-chômage. Ajoutons que la mise en œuvre des différés s'accompagne, par ailleurs, du remboursement des allocations éventuellement perçues pendant ces périodes par le demandeur d'emploi.

(6) CE Sect., 7 février 1969, Rec. p.83 ; cf. également CE Ass., 12 octobre 1979, *Rassemblement des nouveaux avocats de France*, Rec., p.370, ou encore CE, 29 juin 1992, *SARL Procaes*, aux T. p. 1209, s'agissant de la codification à droit constant.

(7) Cf. CE, 10 juillet 1987, *Meissonnier*, B [non fiché sur ce point], n°47.232.

Le différé spécifique, créé sous cette appellation par la convention de 2011, mais qui existait déjà sous l'empire des conventions précédentes sous la dénomination de délai de carence spécifique, a été substantiellement modifié par la convention de 2014.

Jusqu'à-là, son nombre de jours était calculé en divisant le montant supra-légal de l'indemnité par le salaire journalier de référence (SJR), et il était plafonné à 75 jours. Le différé spécifique est désormais calculé en divisant les sommes supra-légales par le nombre 90, et son plafond passe de 75 à 180 jours (sauf lorsque la rupture du contrat de travail résulte d'un licenciement pour motif économique, le différé restant plafonné dans ce cas à 75 jours). Cette réforme, destinée à dégager des marges de manœuvre financière au bénéfice d'autres mesures et à contribuer à la réduction du déficit de l'Unédic, conduit donc à allonger le différé spécifique ; elle permet aussi, relevons-le, de corriger les désavantages de l'ancienne formule de calcul pour les personnes dont le revenu était comparativement plus faible.

Le différé spécifique, et les modifications qui y ont été apportées – cristallisant notamment le refus de la CFE-CGC de signer la convention – s'appliquent, comme le soulignent les requérants, à l'ensemble des salariés, sans distinguer selon la nature fautive ou non de leur licenciement, et ce sont les effets de cette situation qui soulèvent une véritable difficulté.

Il existe, en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, deux régimes distincts d'indemnisation. L'article L.1235-3 prévoit, de manière générale, l'octroi au salarié d'une indemnité qui « ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois ». Cette indemnité, qualifiée par certains de pénalité civile, est due par l'employeur, alors même que le salarié licencié, retrouvant immédiatement un emploi équivalent au précédent, ne subirait aucun préjudice financier ; mais cette indemnité constitue également, dans l'hypothèse où les préjudices subis seraient supérieurs au montant des salaires des six derniers mois, le minimum légal que l'assurance-chômage ne peut inclure dans l'assiette du différé spécifique.

Il n'existe pas, en revanche, un tel minimum légal pour les salariés licenciés sans cause réelle et sérieuse qui comptent moins de deux ans d'ancienneté dans l'entreprise, ou dont l'entreprise emploie moins de onze salariés. Pour cette catégorie, l'article L.1235-5 dispose que le salarié « peut prétendre (...) à une

indemnité correspondant au préjudice subi ». Il en résulte que la totalité du montant de leur indemnité de licenciement, fixée par le juge, entre dans l'assiette du différé spécifique (8).

Cette différence de traitement (que font bien ressortir les dispositions relatives au différé spécifique de la circulaire Unédic d'application de la convention de 2014), nous paraît d'abord soulever une difficulté au regard du principe d'égalité. À l'aune de l'objet de la mesure, qui consiste à différer le bénéfice de l'allocation-chômage, le critère de différenciation fondé sur l'ancienneté dans l'entreprise, et surtout celui fondé sur la taille des effectifs, peuvent difficilement être regardés comme adéquats. On peut relever sur ce point que, dans sa récente décision du 5 août 2015 (9) portant sur la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, le Conseil constitutionnel a précisément censuré, sur le terrain de la méconnaissance du principe d'égalité, une disposition visant à plafonner le montant de l'indemnité prononcée en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse et opérant une distinction en fonction de la taille des entreprises : le Conseil a jugé un tel critère sans lien avec le préjudice subi par le salarié.

Mais il nous semble, de manière plus radicale, que c'est au regard de la finalité même poursuivie par l'allocation d'assurance, qui a le caractère d'un revenu de remplacement, comme l'indique l'article L.5421-1 précité, que le traitement réservé aux salariés mentionnés à l'article L.1235-5 soulève une difficulté.

Il est clair que l'allocation-chômage, présentant un caractère subsidiaire, n'a pas vocation à se cumuler avec les sommes versées par ailleurs au salarié pour compenser la perte des rémunérations qu'il aurait perçues si son contrat de travail s'était poursuivi : la jurisprudence de la Cour de cassation est bien établie à cet égard (10).

Mais les indemnités allouées à la suite d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse sont d'une nature particulière, car elles ont pour objet de réparer l'intégralité du préjudice subi par le salarié du fait de la privation fautive de son emploi par son employeur, c'est-à-dire également des préjudices non patrimoniaux – ce qui ne fait pas obstacle, au demeurant, à ce que le salarié obtienne également la réparation de préjudices distincts du licenciement abusif, mais liés à ce dernier, comme la publicité donnée à un tel licenciement (11). La Cour de cassation a bien souligné les

(8) Voyez en ce sens, Cass. Soc., 15 juin 2010, n°09-10.437, *Zaire c. Pôle emploi* ; add. L. Joly « L'impact de l'assurance-chômage sur la réparation de la perte d'emploi », Dr. Ouv. 2015 p.458 (les renvois au Droit Ouvrier sont de la rédaction).

(9) N° 2015-715 DC ; v. obs. au Dr. Ouv. 2015 p.501.

(10) Cass. Soc., 14 janvier 1997, Bull. 1997, V, n°15, n°95-13.044 ; voyez, en particulier, l'arrêt d'Assemblée plénière du 13 décembre 2002,

par lequel la Cour juge que les dommages-intérêts alloués à un salarié en cas de violation par l'employeur d'une clause de garantie d'emploi, qui sont équivalents aux rémunérations qu'il aurait perçues jusqu'au terme de cette période de garantie, ne peuvent se cumuler avec le revenu de remplacement servi par l'Assedic, Bull. 2002, Ass. plén., n°4, Dr. Ouv. 2003 p.321, obs. P. Tillie.

(11) Cf. Cass. Soc., 25 janvier 1989, JCP, 1989, IV, 110.

caractéristiques particulières de l'indemnisation due au titre d'un licenciement abusif, indiquant qu'elle a pour objet de « réparer l'intégralité du préjudice subi à la suite de la perte injustifiée de [l'] emploi » (12).

Il en résulte que le différé spécifique, dont l'assiette inclut le montant total de l'indemnisation des salariés mentionnés à l'article L.1235-5, conduit à prendre en compte des sommes qui ne sont pas destinées à compenser une perte de rémunération et, surtout, à priver entièrement les salariés concernés n'épuisant pas leurs droits à l'indemnisation chômage du bénéfice de la réparation de leur préjudice.

Il y a, bien sûr, un intérêt général pour les partenaires sociaux à rechercher l'équilibre financier du régime d'assurance-chômage et, au regard de cet objectif, il doit leur être possible, comme ils le font, s'agissant des salariés licenciés mentionnés à l'article L.1235-3, d'intégrer dans l'assiette du différé spécifique une part de l'indemnisation perçue à la suite d'un licenciement abusif, sans qu'il faille nécessairement procéder à une distinction rigoureuse des préjudices indemnisés en vue de préserver intégralement l'indemnisation de ceux d'entre eux distincts de la perte de rémunération (13).

Mais, en ne prévoyant pas même d'exclure de l'assiette du différé une partie – sous la forme, par exemple, d'un montant forfaitaire ou d'un certain pourcentage – des indemnités attribuées par le juge, en application de l'article L.1235-5, en réparation intégrale du préjudice, les stipulations de la convention portent atteinte au droit des salariés licenciés mentionnés à cet article au droit à la réparation de leur préjudice.

Précisons que, si le juge judiciaire n'a pas été conduit à se prononcer sur la licéité des clauses similaires figurant dans des conventions antérieures à celle de 2014, on peut relever qu'il lui est arrivé d'indiquer, pour valider la prise en compte, au titre du « délai de carence spécifique », des dommages-intérêts accordés pour licenciement abusif sur le fondement de l'article L.1235-5, qu'« il n'était pas soutenu [dans l'instance en cause] que l'application du délai de carence aurait pour effet de priver le salarié de l'indemnité pour licenciement abusif qui lui avait été allouée » (14).

Il résulte de ce qui précède que les stipulations du paragraphe 2 de l'article 21 du règlement général sont entachées d'illégalité. Or, la réforme du différé spéci-

fique a constitué un des éléments essentiels de la négociation de la nouvelle convention d'assurance-chômage, en particulier pour permettre le financement de la réforme de droits rechargeables, dont le coût en régime de croisière a été évalué à près de 400M€ par an. Ces stipulations ne sont donc pas divisibles des autres stipulations de la convention et des textes qui lui sont associés, et les requérants sont par suite fondés à soutenir que l'arrêté portant agrément se trouve dans sa totalité entaché d'illégalité et donc à en demander l'annulation.

Vous pourriez arrêter là l'examen des requêtes, mais il convient, dans l'hypothèse d'une possible modulation des effets de cette annulation, de vous prononcer sur la validité des autres stipulations qui pourraient donner lieu à une annulation « sèche » (avec effet rétroactif).

• Les requérants font également porter leur critique – à juste titre, selon nous – sur les stipulations de l'article 27 du règlement général relatives à **la répétition par Pôle emploi, en charge du service de l'allocation-chômage, des prestations indûment versées aux allocataires.**

Ce n'est pas le principe de cette répétition, mentionné au paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article 27 et repris de conventions antérieures, qui pose problème en l'espèce, mais les modalités coercitives d'organisation de cette répétition énoncées aux deuxième et troisième alinéas du paragraphe 2. Ces modalités consistent, après notification de l'indu, d'une part, à procéder d'office à la retenue d'une fraction des nouvelles allocations à payer, d'autre part, à enfermer les contestations relatives à l'indu dans le cadre d'un recours non suspensif à former dans un délai de trente jours suivant la notification de l'indu.

Ces stipulations ne sont pas contraires aux dispositions de l'article L.5426-8-1 du CT, qui ne trouvent à s'appliquer qu'à des employeurs publics, mais elles sont entachées d'incompétence. En effet, la détermination des modalités de récupération (contrainte) et de contestation des indus n'entre pas dans les compétences attribuées aux partenaires sociaux par l'article L.5422-20 du Code du travail, sauf à considérer – ce qui ne nous paraît pas possible – qu'elles résultent de la compétence qui leur est donnée par l'article L.5422-5 pour fixer les règles de prescription applicables en matière d'indu (15).

(12) Cass. Soc., 7 octobre 1998, Bull. 1998, V, n° 406 ou encore Cass. Soc., 9 juillet 2015, *Société Henkel France*, n° 14-14.654.

(13) Sur le fait que la prise en compte d'un intérêt général peut venir limiter le droit à réparation, cf. la décision n° 2014-415 QPC du 26 septembre 2014.

(14) Cass. Soc., 15 juin 2010, n° 08-20.513, *Binet c/ Assedic de Lorraine devenue Pôle emploi*, Dr. Ouv. 2011 p.645 obs. L. Milet ; add. L. Joly préc.

(15) Cf. sur l'exercice de cette compétence et le respect nécessaire des règles posées par le législateur dans le Code civil, CE, 11 juillet 2001, *Syndicat Sud Travail et autres*, A, n° 228.361 ; sur cet arrêt v. M. Bonnechère, « La loi, la négociation collective et l'ordre public en droit du travail : quelques repères », Dr. Ouv. 2001 p.412 spec. p.417.

Précisons qu'il n'est pas possible de rattacher ces modalités de répétition des indus à des prérogatives propres dont disposerait Pôle Emploi, et que les partenaires sociaux se seraient bornés à mentionner dans le règlement général. Car Pôle Emploi, malgré son statut d'établissement public administratif (16), se trouve « largement soumis à des règles de droit privé », en particulier, en vertu de l'article L. 5312-8, en matière de gestion financière et comptable, et il ne dispose donc pas du privilège du préalable.

Il résulte de ce qui précède que les stipulations litigieuses, dont la divisibilité ne soulève pas de difficulté, se trouvent entachées d'illégalité et que les requérants sont fondés à demander l'annulation de l'arrêté en tant qu'il les agréé.

- Nous pouvons en venir à l'examen des stipulations relatives aux **obligations déclaratives des demandeurs d'emploi, lorsqu'ils accomplissent des périodes d'activité**, et aux incidences sur leurs droits de l'absence de déclaration de ces activités.

Les allocataires doivent déclarer chaque mois, en leur qualité de demandeurs d'emploi, les activités qu'ils ont exercées – des possibilités de cumul de rémunération sont d'ailleurs prévues – et l'accord n° 9 du 14 mai 2014, pris pour l'application des articles 9 paragraphe 1<sup>er</sup>, 28 et 29 du règlement général, précise les conséquences attachées à l'absence de déclaration.

Ces conséquences sont de deux ordres : l'absence de déclaration conduit d'abord – et ce point ne fait pas l'objet de contestation – à la répétition des allocations indûment versées pendant la période d'activité ; en outre, et en application du paragraphe 4 de l'accord d'application, cette absence de déclaration, dès lors qu'elle porte sur une activité supérieure à 3 jours calendaires au cours d'un mois civil, a des effets sur l'ouverture ou le rechargement des droits à indemnisation de l'allocataire. L'exclusion des activités non déclarées peut ainsi conduire à rejeter une demande d'ouverture de droits ou, sauf décision d'une instance paritaire régionale, de rechargement de droits si, du fait de cette exclusion, le demandeur d'emploi ne justifie pas de la durée d'affiliation minimale requise ; par ailleurs, les rémunérations afférentes aux activités non déclarées se trouvent exclues du calcul du salaire de référence, ce qui conduit à sa diminution.

Les requérants critiquent la rigueur de ces règles, alors que les allocataires concernés ne disposent pas toujours en temps voulu des justificatifs d'activité (bulletin de salaire) et ils font notamment valoir que les partenaires sociaux étaient incompétents pour les établir.

Il nous semble, là encore, que le moyen d'incompétence est fondé, car la détermination des conditions dans lesquelles les droits à l'assurance-chômage peuvent être réduits ou supprimés du fait de la méconnaissance par le demandeur d'emploi de ses obligations déclaratives, ne figure pas au nombre des dispositions du Code du travail dont l'article L. 5422-20 prévoit l'application par voie conventionnelle. On relève, au contraire, que l'article L. 5411-10 renvoie à un décret en Conseil d'État (en pratique les articles R. 5411-6 et suivants) la détermination des modalités d'application des dispositions relatives aux obligations du demandeur d'emploi et ces dispositions ne recouvrent pas celles prévues par l'accord n° 9.

Vous ne pourriez raisonner autrement que si vous regardiez les stipulations litigieuses non comme la sanction de la méconnaissance d'obligations préalables, mais comme apportant de simples précisions sur les modalités d'appréciation de la condition d'activité professionnelle antérieure – domaine dans lequel les partenaires sociaux sont bien compétents. Mais ce n'est clairement pas ainsi que le dispositif est conçu, et nous ne sommes pas enclins, pour notre part, à consentir un tel effort. Nous vous proposons donc de retenir l'illégalité de ces stipulations, dont la divisibilité ne soulève pas de difficulté, et en conséquence celle de l'arrêté en tant qu'il les agréé.

- Les autres moyens des requêtes ne sont pas de nature à entraîner l'annulation de l'arrêté, mais nous vous proposons d'examiner certains d'entre eux qui peuvent présenter un intérêt particulier pour les partenaires sociaux.

- Les requérants font notamment valoir – et nous serons un peu plus longs sur ce moyen que sur les suivants – que la négociation de l'accord national interprofessionnel (ANI) et celle de la convention ont été menées en méconnaissance des dispositions des articles L. 5422-20 et L. 5422-22 du Code du travail et dans des conditions contraires aux principes de loyauté et d'égalité. Les requérants font plus précisément valoir que la CGT aurait été évincée des négociations, menées sur la base des seuls textes élaborés par le Medef.

Vous pourriez, en première analyse, vous interroger sur l'opérance de l'argumentation visant les conditions de négociation de l'ANI, alors que le litige ne porte pas sur l'agrément de cet accord – qui n'a d'ailleurs pas été agréé et n'avait pas à faire l'objet d'un agrément – mais sur celui de la convention et des textes associés. Mais si la convention procède à divers ajustements au regard du cadrage général défini par l'ANI, les deux

(16) CE, 23 juillet 2014, *Syndicat Sud Travail - Affaires sociales*, B, n° 363.522.

textes sont étroitement liés et ils participent du même processus de négociation du nouveau régime d'assurance-chômage (17). Une éventuelle irrégularité des conditions de négociations de l'ANI nous semble donc pouvoir être utilement invoquée à l'encontre de l'arrêté agréant la convention déclinant l'accord, dans la mesure où cette irrégularité a pu affecter des stipulations de l'ANI fondant la négociation ultérieure des partenaires sociaux sur la convention. Relevons – nous allons y revenir dans un instant – que cette approche globalisante est également celle faite par le juge judiciaire (18).

Au regard de l'argumentation des parties, centrée sur les phases de négociations, on peut d'abord douter du caractère opérant de l'invocation des dispositions de l'article L.5422-20, car ces dispositions ne posent en elles-mêmes aucune exigence en matière de négociation. Il résulte, en revanche, de l'article L.5422-22 que les accords relatifs à l'assurance-chômage doivent, pour être agréés, avoir été négociés par les organisations représentatives, ce qui implique logiquement l'association continue de l'ensemble de ces organisations.

Vous avez déjà sanctionné, s'agissant de l'extension d'accords, l'oubli *ab initio* d'une organisation représentative (19). Mais votre jurisprudence est empreinte de réalisme : elle conjugue le souci d'assurer le respect des droits des organisations syndicales à participer aux négociations et la réalité d'échanges informels, dans des formats plus réduits, qui accompagnent inévitablement le déroulement des négociations sociales. La participation de tous aux négociations n'empêche pas l'organisation de rencontres entre quelques-uns – toute scène a ses coulisses. Vous avez pris soin, toutefois, de fixer une ligne de partage par votre décision du 4 juillet 2012, *Fédération nationale des transports routiers* (20) : des discussions entre certaines organisations sont possibles, dès lors qu'elles revêtent le caractère de simples consultations informelles et ne constituent pas une étape essentielle de la négociation.

En l'espèce, on peut hésiter à considérer que la CGT a été évincée des négociations, alors que les textes en discussion ont pu être débattus par l'ensemble des organisations représentatives, même si le Medef a, par ailleurs, organisé des rencontres bilatérales avec certaines organisations – rencontres que la CGT a, pour sa part, déclinées. Quant à la circonstance que le Medef a pris l'initiative d'élaborer des projets de

texte et que les négociations se sont déroulées sur leur base, elle ne soulève en elle-même aucune difficulté, dès lors que les organisations représentatives sont libres de proposer des textes et de les prendre ou non comme bases de discussions.

Mais il nous semble qu'il ne vous appartient pas – ou, pour être plus précis, qu'il ne vous appartient plus – de vous prononcer sur la validité des conditions de négociation de l'ANI et de la convention, dès lors que le juge judiciaire a statué sur ce point par une décision juridictionnelle passée en force de chose jugée. S'il vous est normalement loisible, en application de la jurisprudence de 2012, *Fédération Sud Santé Sociaux* (21), et tout particulièrement au titre de la troisième exception posée à la règle habituelle du renvoi préjudiciel, de vous prononcer vous-même sur la légalité d'une convention d'assurance-chômage, il n'y a que des avantages, pour éviter tout risque de discordance de jurisprudence, à ce que tiriez simplement les conséquences de l'intervention du juge judiciaire lorsque celui-ci s'est prononcé par une décision passée en force de chose jugée.

C'est que vous semblez avoir déjà fait par votre décision du 23 juillet 2003, *Syndicat national du personnel navigant commercial et autres* (22), Claire Landais évoquant, dans ses conclusions sur la décision *Fédération Sud Santé Sociaux*, cette solution, qualifiée de « discrète », comme un moyen de surmonter d'éventuelles contrariétés. Et c'est ce que nous vous proposons de faire au cas d'espèce, car la Cour d'appel de Paris a jugé, par son arrêt du 12 mars 2015, confirmant un jugement du 18 novembre 2014 du TGI de Paris, que la CGT n'établissait pas les manquements aux principes de loyauté et d'égalité entre les parties, dont le syndicat se prévalait pour contester la régularité de la négociation de l'ANI et de la convention. Un pourvoi a, certes, été introduit devant la Cour de cassation, mais cette circonstance, qui n'emporte aucun effet suspensif, nous paraît sans incidence. Vous pourrez donc écarter le moyen tiré de l'illégalité de l'arrêté litigieux du fait des conditions irrégulières de négociation de l'ANI et de la convention.

• Les requérants articulent ensuite divers moyens à l'encontre des stipulations de l'article 26 du règlement général, qui fixent les conditions de reprise du paiement des allocations lorsqu'un salarié, à nouveau au chômage, n'avait pas précédemment épuisé l'ensemble de ses droits à indemnisation.

(17) Voyez, avec une logique similaire de bouclage politique suivi d'une mise en œuvre technique, CE, 17 avril 2013, *CFE-CGC et autres*, B [sur un autre point], n° 352.245.

(18) CA Paris, 12 mars 2015, n° 14/24.633.

(19) CE, 20 mai 1988, *Syndicat national pour le développement des travaux aériens agricoles*, 1/4, C, n° 74.551, ou son escamotage

lors des négociations finales (CE, 26 octobre 1988, *Fédération nationale des industries chimiques CGT*, 1/4, C, n° 64.675).

(20) A, n° 337.698.

(21) CE Sect., 23 mars 2012, A, n° 331.805, concl. Claire Landais.

(22) 1/2, C, n° 229.965.

Vous pourrez écarter ces moyens : les partenaires sociaux pouvaient légalement subordonner, au regard des dispositions du Code du travail, en particulier de l'article L. 5422-1, la reprise des paiements à la circonstance que l'allocataire n'a pas renoncé volontairement à sa dernière activité ; ensuite, dès lors qu'ils n'ont pas porté atteinte à la substance même du droit à l'assurance-chômage, mais en ont aménagé, comme ils en avaient le pouvoir, les conditions d'attribution et les modalités de calcul dans un objectif d'équilibre financier, les partenaires sociaux n'ont pas méconnu les stipulations de l'article 1<sup>er</sup> du premier protocole additionnel à la CESDH ; ils n'ont pas davantage méconnu le principe de sécurité juridique, dès lors que les stipulations litigieuses se bornaient à modifier les effets futurs de situations passées et qu'elles ont fait l'objet d'une entrée en vigueur différée au 1<sup>er</sup> octobre 2014 ; la prise en compte de la situation particulière des salariés privés d'emploi ne justifiant pas de 91 jours ou de 455 heures de travail ne méconnaît pas le principe d'égalité, car cette rupture, intervenant au terme d'un délai très bref du contrat de travail, ne fait que révéler l'inadéquation de leur recrutement ; le délai de déchéance de la reprise du paiement ne saurait constituer une discrimination, au regard de son caractère général et de sa durée – cumulant la période écoulée depuis l'admission à l'indemnisation et une durée de 3 ans ; enfin, l'exigence de dépôt d'une demande en vue d'obtenir la reprise du paiement de l'allocation ne soulève aucune difficulté.

- Le nouveau dispositif de « droits rechargeables », détaillé à l'article 28 du règlement général, fait l'objet de critiques que vous pourrez également écarter.

En particulier, au regard de l'objet même du dispositif, les stipulations litigieuses n'ont pas méconnu le principe d'égalité en subordonnant le rechargement des droits à une période minimale d'affiliation d'au moins 150 heures – d'ailleurs très inférieure à la durée de droit commun de 610 heures susceptible d'ouvrir initialement droit au bénéfice de l'assurance-chômage – et en tenant compte des droits initialement ouverts pour apprécier cette durée d'affiliation.

S'il est vrai, ensuite, que l'absence de droit d'option, au demeurant corrigée depuis l'entrée en vigueur de la convention, a pour incidence dommageable d'imposer à un travailleur privé d'emploi d'épuiser d'abord les droits antérieurement acquis, alors même qu'il seraient moins avantageux que les droits nouvellement acquis, les stipulations litigieuses ne sauraient être regardées comme portant atteinte de ce seul fait à la substance même du droit à l'allocation ; enfin, contrairement à ce qui est soutenu, la prise en compte des particularités de certaines professions ne

constitue qu'une faculté ouverte par l'article L. 5422-6 du Code du travail et non une obligation.

- Les stipulations prévoyant la présentation de la carte Vitale à l'appui d'une demande d'allocation, qui figurent notamment à l'article 40 du règlement général, peuvent susciter des inquiétudes.

Précisons que ces stipulations ne peuvent, pour être légales, qu'être interprétées comme n'ayant pas pour objet et ne pouvant avoir légalement pour effet de faire obstacle à la recevabilité d'une demande d'allocation présentée par un demandeur d'emploi qui, dans l'impossibilité de présenter sa carte Vitale, ne présenterait que l'attestation de droits délivrée par son organisme de base d'assurance-maladie.

- Les incidences des congés de maternité et des congés de maladie sur les droits des allocataires – qu'il relèvent du règlement général et de ses annexes I à V ou bien, s'agissant du régime des « intermittents du spectacle », des annexes VIII et X – ont également suscité de nombreuses critiques, mais elles ne nous paraissent pas fondées.

Il n'y a d'abord aucune difficulté à ce que le forfait de travail retenu pour une journée de suspension du contrat de travail soit fixé à 5 h, ce nombre résultant simplement de la répartition sur l'ensemble des jours de la semaine de la durée légale de 35 h. Ensuite, aucun droit constitutionnel, principe ou texte ne se trouve méconnu, eu égard à la nature même du régime d'assurance-chômage, par l'absence de prise en compte des périodes de maladie ou de maternité intervenant en dehors de l'exécution du contrat de travail, même s'il reste toujours loisible aux partenaires sociaux, comme aux pouvoirs publics, de prendre en compte une telle situation.

S'agissant plus particulièrement du régime des intermittents, il n'y a aucune discrimination ou atteinte au principe d'égalité à avoir pris en compte, pour l'appréciation des droits, le versement d'indemnités journalières de repos dont certaines femmes ont bénéficié à l'occasion de leur maternité, car ces femmes se trouvent ainsi, au regard de leurs conditions d'activité professionnelle antérieure, dans une situation différente de celle des femmes qui n'ont pas pu bénéficier de tels versements. Le même raisonnement se transpose aux périodes de maladie, selon que les salariés ont bénéficié ou non d'une indemnisation par le régime d'assurance-maladie. Par ailleurs, et non sans une petite hésitation sur ce point, il nous semble qu'au regard des différences de durée et d'objectifs existant entre les congés de maternité et d'adoption, d'une part, et le congé de paternité et d'accueil de l'enfant, d'autre part, la prise en compte, pour la détermination de la période d'affiliation, des périodes indemnisées au titre d'un congé d'adoption,

mais non de celles correspondant à un congé de paternité et d'accueil de l'enfant, ne méconnaît ni le principe d'égalité, ni les stipulations de la CESDH – ajoutons qu'une annulation sur ce point ne conduirait nullement à aligner nécessairement l'ensemble du dispositif sur la solution la plus favorable.

- Vous pourrez écarter enfin les moyens ciblant les stipulations relatives aux contributions au régime d'assurance des intermittents du spectacle.

L'application des dispositions combinées des articles L.5424-20 et L.5422-12 du Code du travail permettait tout à la fois de fixer une contribution spécifique à la charge des salariés et des employeurs, et de majorer le taux de la contribution de droit commun versée par ces derniers. Et, au regard des différences dans les conditions d'indemnisation des salariés de ce régime, il n'en résulte pas, pour ces contributeurs, une différence de traitement manifestement disproportionnée par rapport aux autres employeurs et salariés, et qui serait susceptible de caractériser une méconnaissance du principe d'égalité.

- Nous pouvons maintenant en venir à la détermination des conséquences des illégalités de l'arrêté précédemment mentionnées.

Le fait que votre jurisprudence d'Assemblée du 11 mai 2004, *Association AC ! et autres* (23), a été précisément rendue à l'occasion d'un litige concernant l'agrément d'accords relatifs à l'assurance-chômage nous épargnera de longs développements sur la nécessité – confirmée par les parties que vous avez interrogées sur ce point – de moduler les effets de l'annulation de l'ensemble de l'arrêté d'agrément, pour éviter des « conséquences manifestement excessives ».

Afin de permettre aux partenaires sociaux et aux pouvoirs publics de prendre les mesures propres à garantir la continuité du régime d'assurance-chômage, il vous est donc proposé de ne prononcer l'annulation de l'arrêté du 25 juin 2014 qu'à compter du 1<sup>er</sup> mars 2016, sous réserve, naturellement, des actions contentieuses engagées à la date de la présente décision contre les actes pris sur son fondement. À l'instar de la position adoptée en 2004 pour les dispositions agréant la convention du 1<sup>er</sup> janvier 2004 alors encore en vigueur (24), ce différé d'annulation correspond à une « annulation aux effets différés », autrement dit au prononcé d'une abrogation.

La durée prévue jusqu'au 1<sup>er</sup> mars 2016 nous paraît suffisante pour corriger les illégalités relevées et procéder aux consultations nécessaires (celle du

CNEFOP) à l'adoption d'un nouveau texte. Et nous ne sommes pas enclins, sous peine de donner à votre décision un caractère bien platonique, à reporter, comme vous le demande le ministre, la date d'effet de l'annulation au 1<sup>er</sup> juillet 2016, qui correspond à la date d'expiration de la convention. Indiquons, pour finir, qu'il n'y a pas lieu, en revanche, de différer au 1<sup>er</sup> mars 2016 l'annulation, qui revêt, elle, un caractère rétroactif, des deux séries de stipulations divisibles précédemment censurées.

Par ces motifs nous concluons :

- en premier lieu, au non-lieu à statuer sur les conclusions des requêtes en ce qu'elles tendent à l'annulation de l'arrêté du 25 juin 2014, en tant que cet arrêté agrée les stipulations des articles 29 des annexes VIII et X au règlement général annexé à la convention du 14 mai 2014 ;

- en deuxième lieu, à la non-admission de l'intervention du Syndicat des Avocats de France au soutien de la requête n° 383957 ;

- en troisième lieu, à l'admission de l'intervention de l'Union syndicale de l'intérim CGT au soutien de la requête n° 383958, dans la limite des conclusions de cette requête qui ont conservé un objet ;

- en quatrième lieu, à l'annulation de l'arrêté du 25 juin 2014, en tant qu'il agrée les stipulations, d'une part, des deuxième et troisième alinéas du paragraphe 2 de l'article 27 du règlement général annexé à la convention du 14 mai 2014 et, d'autre part, du paragraphe 4 de l'accord d'application n°9 du 14 mai 2014 pris pour l'application des articles 9 paragraphe 1<sup>er</sup>, 28 et 29 de ce règlement général ;

- en cinquième lieu, à l'annulation, à compter du 1<sup>er</sup> mars 2016, et sous réserve des actions contentieuses engagées à la date de la présente décision contre les actes pris sur leur fondement, de l'ensemble des dispositions de l'arrêté du 25 juin 2014, autres que celles annulées au point précédent et celles dont la contestation fait l'objet d'un non-lieu ;

- en sixième lieu, à la mise à la charge de l'État, au titre de l'article L.761-1 du CJA, du versement aux requérants d'une somme de 2000 euros par requête ;

- en septième lieu, au rejet du surplus des conclusions des requêtes ;

- enfin, en huitième lieu, au rejet des conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 par la CFDT et le Medef.

**Rémi Decout-Paolini**

(23) A, n° 255.886, concl. Christophe Devys.

(24) Cf. sur ce point, l'analyse faite par Christophe Devys dans ses conclusions et l'article 3 du dispositif de la décision.

**CHÔMAGE** Convention d'assurance-chômage – Agrément – Légalité – Contestation – Annulation – Effet – Distinction – Caractère divisible des stipulations – Effet immédiat – Caractère non divisible – Report – 1° Stipulations reprises d'une précédente convention agréée – Caractère indifférent – Obstacle à leur contestation (non) – 2° Différé spécifique d'indemnisation – Montant – Prise en compte des sommes ne résultant pas directement de l'application d'une disposition législative – Dispositif conduisant à priver certains salariés de toute indemnisation liée à la perte injustifiée d'emploi – Atteinte au droit d'obtenir une réparation – 3° Organisations signataires de la convention d'assurance-chômage – Compétence (non) – a) Répétition d'indu en matière d'allocations – b) Omission de déclaration de reprise d'activité – Sanctions.

CONSEIL D'ETAT (1<sup>ère</sup> et 6<sup>ème</sup> sous-sections réunies) 5 octobre 2015

Association des amis des intermittents et précaires et autres (req. n°383.956 s.)

Sur les conclusions dirigées contre l'arrêté du 25 juin 2014 en tant qu'il agréé les stipulations de l'article 29 de l'annexe VIII et de l'article 29 de l'annexe X au règlement général annexé à la convention relative à l'indemnisation du chômage du 14 mai 2014 :

2. Considérant que l'article 29 de l'annexe VIII et l'article 29 de l'annexe X au règlement général annexé à la convention relative à l'indemnisation du chômage du 14 mai 2014 fixent des règles spécifiques pour le calcul du différé d'indemnisation applicable respectivement aux ouvriers et techniciens de l'édition d'enregistrement sonore, de la production cinématographique et audiovisuelle, de la radio, de la diffusion et du spectacle et aux artistes du spectacle ; que, toutefois, ces stipulations ont été modifiées par l'avenant n° 1 du 14 octobre 2014 à cette convention, agréé par un arrêté du 14 novembre 2014, devenu définitif ; que cet avenant prévoit que « la période de différé d'indemnisation des demandeurs d'emploi relevant des annexes VIII et X est calculée sur le fondement de la formule (b) du décret n° 2014-1172 du 13 octobre 2014 relatif à la prise en charge financière du différé d'indemnisation applicable aux bénéficiaires des annexes VIII et X à la convention du 14 mai 2014 relative à l'indemnisation du chômage, dans les conditions fixées par l'article 1<sup>er</sup> dudit décret » et que « cette formule de différé s'applique à compter de la date d'effet des dispositions du décret et jusqu'à la date d'expiration fixée dans la convention prévue à l'article 2 du décret » ; que ce décret du 13 octobre 2014 ayant prévu la prise en charge financière du différé d'indemnisation applicable aux bénéficiaires des annexes VIII et X dont la fin du contrat de travail est intervenue à compter du 1<sup>er</sup> juillet 2014, soit à la même date que celle prévue par l'article 77 de l'annexe VIII et l'article 77 de l'annexe X au règlement général pour l'entrée en vigueur de ces annexes, les stipulations critiquées n'ont pu produire aucun effet ;

3. Considérant que, par suite, il n'y a pas lieu de statuer sur les conclusions des requêtes en ce qu'elles tendent à l'annulation de l'arrêté du 25 juin 2014 en tant qu'il agréé les stipulations de l'article 29 de l'annexe VIII et celles de l'article 29 de l'annexe X au règlement général lui-même annexé à la convention

relative à l'indemnisation du chômage du 14 mai 2014 ;

Sur la recevabilité des requêtes :

4. Considérant, en premier lieu, que l'Association des amis des intermittents et précaires (AIP), l'association « Recours radiation etc... » et le syndicat Sud Culture Solidaires ont pour objet de défendre les intérêts respectivement des artistes et techniciens, notamment intermittents, du spectacle vivant, de l'audiovisuel et du cinéma, des demandeurs d'emploi ainsi que des travailleurs et chômeurs du secteur de la culture ; que l'association « Le collectif les Maternittentes » (LCLM) a pour objet de défendre les droits des salariés à la protection sociale ; qu'ils justifient ainsi d'un intérêt leur donnant qualité pour demander l'annulation de l'arrêté du 25 juin 2014 par lequel le ministre du travail, de l'emploi et du dialogue social a agréé la convention du 14 mai 2014 relative à l'indemnisation du chômage et les textes qui lui sont associés ; que la circonstance que certains des autres auteurs de la requête ne justifieraient pas d'un intérêt à agir ne fait pas obstacle à ce que les conclusions de cette requête soient jugées recevables ; que, par suite, les fins de non-recevoir soulevées par la CFDT et le MEDEF et tirées du défaut d'intérêt à agir des auteurs de la requête enregistrée sous le n° 383956 doivent être écartées ;

5. Considérant, en second lieu, que les stipulations du paragraphe 4 de l'accord d'application n°9 du 14 mai 2014 annexé à la convention relative à l'indemnisation du chômage reprennent celles du paragraphe 3 de l'accord d'application n°9 du 6 mai 2011 pris pour l'application de l'article 9, paragraphe 1, du règlement général annexé à la convention de la même date relative à l'indemnisation du chômage, agréé par un arrêté ministériel du 15 juin 2011 ; que, toutefois, eu égard à la durée limitée de validité des accords conclus en application de l'article L.5422-20 du code du travail et à la logique de négociation inhérente à leur conclusion, un arrêté portant agrément d'un tel accord ne peut être regardé comme purement confirmatif d'un précédent arrêté ayant le même objet en tant qu'il agréé des stipulations reprenant celles de l'accord précédemment en vigueur ; qu'au surplus, l'instauration du

rechargement des droits par la convention du 14 mai 2014 a modifié la portée des stipulations citées ci-dessus de l'accord n°9 ; que, par suite, la CFDT et le MEDEF ne sont pas fondés à soutenir que l'arrêté attaqué, en tant qu'il agrée ces stipulations, serait purement confirmatif de l'arrêté du 15 juin 2011 et que, par suite, les requêtes seraient, dans cette mesure, tardives et donc irrecevables ;

Sur les interventions du Syndicat des avocats de France et de l'Union syndicale de l'intérim CGT :

6. Considérant que l'Union syndicale de l'intérim CGT justifie d'un intérêt suffisant à l'annulation de l'arrêté attaqué ; qu'ainsi, son intervention au soutien de la requête de la Confédération générale du travail et de la Fédération nationale des syndicats du spectacle, du cinéma, de l'audiovisuel et de l'action culturelle - CGT est recevable, dans la limite des conclusions de cette requête qui ont conservé un objet ;

7. Considérant, en revanche, que le Syndicat des avocats de France est un syndicat professionnel constitué entre avocats inscrits au tableau, élèves avocats, avocats honoraires et avocats retraités ; qu'en se bornant à se prévaloir de la défense par ses membres des intérêts des salariés dans les instances prud'homales, il ne justifie pas d'un intérêt suffisant à l'annulation de l'arrêté attaqué ; qu'ainsi, son intervention au soutien de la requête de la fédération « Mouvement national des chômeurs et précaires » n'est pas recevable ;

Sur le cadre juridique du litige :

8. Considérant qu'aux termes de l'article L.5422-1 du code du travail : « *Ont droit à l'allocation d'assurance les travailleurs involontairement privés d'emploi ou dont le contrat de travail a été rompu conventionnellement selon les modalités prévues aux articles L. 1237-11 et suivants, aptes au travail et recherchant un emploi qui satisfont à des conditions d'âge et d'activité antérieure* » ; qu'aux termes du premier alinéa de l'article L.5422-2 du même code : « *L'allocation d'assurance est accordée pour des durées limitées qui tiennent compte de l'âge des intéressés et de leurs conditions d'activité professionnelle antérieure. Ces durées ne peuvent être inférieures aux durées déterminées par décret en Conseil d'Etat* » ; que l'article R. 5422-1 de ce code, dans sa rédaction en vigueur à la date de l'arrêté attaqué, précise, à cet effet, que : « *La durée pendant laquelle l'allocation d'assurance est accordée ne peut être inférieure à la durée d'activité du salarié au cours des vingt-huit mois précédant la fin du dernier contrat de travail dans la limite de sept cent trente jours ou, pour les salariés âgés de cinquante ans ou plus, à la durée d'activité au cours des trente-six mois précédant la fin de ce contrat dans la limite de mille quatre-vingt-quinze jours. / Cette durée ne peut être inférieure à cent vingt-deux jours* » ; qu'enfin, aux termes de l'article L.5422-3 : « *L'allocation d'assurance est calculée soit en fonction de la*

*rémunération antérieurement perçue dans la limite d'un plafond, soit en fonction de la rémunération ayant servi au calcul des contributions mentionnées aux articles L.5422-9 et L.5422-11. / Elle ne peut excéder le montant net de la rémunération antérieurement perçue. / Elle peut comporter un taux dégressif en fonction de l'âge des intéressés et de la durée de l'indemnisation* » ;

9. Considérant qu'en vertu de l'article L.5422-20 du code du travail, les mesures d'application de ces dispositions « *font l'objet d'accords conclus entre les organisations représentatives d'employeurs et de salariés* » ; qu'en vertu de l'article L.5422-21 du même code, leur agrément par l'autorité administrative les rend obligatoires pour tous les employeurs et salariés compris dans leur champ d'application professionnel et territorial ; que l'article L. 5422-22 du même code précise que : « *Pour pouvoir être agréés, les accords ayant pour objet exclusif le versement d'allocations spéciales aux travailleurs sans emploi et, éventuellement, aux travailleurs partiellement privés d'emploi doivent avoir été négociés et conclus sur le plan national et interprofessionnel entre organisations représentatives d'employeurs et de salariés. / Ces accords ne doivent comporter aucune stipulation incompatible avec les dispositions légales en vigueur, en particulier avec celles relatives au contrôle de l'emploi, à la compensation des offres et des demandes d'emploi, au contrôle des travailleurs privés d'emploi, et à l'organisation du placement de l'orientation ou du reclassement des travailleurs sans emploi* » ; que l'article L.5422-23 du même code permet au ministre, sous certaines conditions, d'agréer un accord qui n'a pas été signé par la totalité des organisations représentatives d'employeurs et de salariés ;

Sur le différé d'indemnisation spécifique prévu par l'article 21 du règlement général annexé à la convention relative à l'indemnisation du chômage du 14 mai 2014 :

10. Considérant que le paragraphe 2 de l'article 21 du règlement général annexé à la convention relative à l'indemnisation du chômage prévoit que la prise en charge d'un travailleur privé d'emploi est, s'il y a lieu, reportée à l'expiration d'un différé d'indemnisation « *spécifique* » calculé à raison des indemnités ou de toute autre somme inhérente à la rupture de son contrat de travail, quelle que soit leur nature, perçues par l'intéressé, dès lors que leur montant ou leurs modalités de calcul ne résultent pas directement de l'application d'une disposition législative, dans la limite de 75 jours lorsque le licenciement est fondé sur un motif économique et de 180 jours dans les autres cas ; que cet article prévoit également que si « *tout ou partie de ces sommes est versé postérieurement à la fin du contrat de travail (...)* les allocations qui, de ce fait, n'auraient pas dû être perçues par l'intéressé, doivent être remboursées » ;

11. Considérant que sont notamment prises en compte, pour calculer la durée de ce différé d'indemnisation, les indemnités allouées à un salarié licencié sans cause réelle et sérieuse excédant le minimum prévu par le deuxième alinéa de l'article L.1235-3 du code du travail, correspondant aux « *salaires des six derniers mois* » ; que, toutefois, s'agissant soit d'un salarié licencié alors qu'il comptait moins de deux ans d'ancienneté dans l'entreprise, soit d'un salarié licencié par une entreprise employant habituellement moins de onze salariés, l'ensemble des indemnités allouées est pris compte, l'article L.1235-5 du code du travail ne prévoyant, dans ces deux cas, aucun minimum légal ;

12. Considérant que les stipulations de l'article 21 du règlement général ont pour objet, dans le souci d'optimiser l'allocation des ressources de l'assurance chômage, de différer, pour une durée limitée, le point de départ du versement de l'allocation due au travailleur privé d'emploi, en fonction d'une appréciation objective des ressources dont il bénéficie, à la date de rupture de son contrat ; que ce différé n'entraîne pas de réduction de la durée des droits qui lui sont ouverts ; que, néanmoins, leur application conduit à limiter les allocations versées dans tous les cas où les intéressés n'épuisent pas leurs droits à ces allocations ;

13. Considérant que l'allocation d'assurance, qui a le caractère d'un revenu de remplacement, n'a pas vocation à se cumuler avec les autres sommes destinées à compenser, pour le travailleur involontairement privé d'emploi ou dont le contrat de travail a été rompu conventionnellement, la perte de tout ou partie des rémunérations qu'il aurait perçues si son contrat s'était poursuivi ; que, s'agissant des indemnités allouées en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, elles ont pour objet de réparer l'intégralité du préjudice subi par le salarié du fait de la perte injustifiée de son emploi, qu'il résulte de la perte de sa rémunération ou qu'il soit d'une nature différente ; qu'en égard à l'objectif d'intérêt général poursuivi par les parties à la convention, qui ont la responsabilité d'assurer l'équilibre financier du régime, il leur était loisible de prévoir qu'une part des ces indemnités, appréciée de façon forfaitaire, serait prise en compte pour déterminer le point de départ du versement de l'allocation d'assurance ; qu'en revanche, en prenant en compte l'intégralité de ces indemnités pour le calcul du différé d'indemnisation des salariés licenciés alors qu'ils comptaient moins de deux ans d'ancienneté ou qu'ils étaient employés par une entreprise comptant moins de onze salariés, elles ont adopté des stipulations aboutissant à ce que certains salariés victimes d'un licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse puissent être privés de l'intégralité des sommes destinées à assurer la réparation du préjudice qui en résulte ; qu'elles ont ainsi porté atteinte au droit de ces salariés d'en obtenir réparation ; qu'il suit de là, sans qu'il soit

besoin d'examiner les autres moyens dirigés contre elles, que les stipulations du paragraphe 2 de l'article 21 du règlement général sont entachées d'illégalité ;

Sur la répétition des sommes indument versées :

14. Considérant qu'en vertu des articles L.5312-1 et L.5312-8 du code du travail, Pôle emploi, qui est chargé d'assurer, pour le compte de l'organisme gestionnaire du régime d'assurance chômage, le service de l'allocation d'assurance, est soumis en matière de gestion financière et comptable aux règles applicables aux entreprises industrielles et commerciales ; que, par ailleurs, aux termes de l'article L.5422-5 du même code : « *L'action en remboursement de l'allocation d'assurance indument versée se prescrit par trois ans. / En cas de fraude ou de fausse déclaration, elle se prescrit par dix ans. / Ces délais courent à compter du jour de versement de ces sommes* » ;

15. Considérant que l'article 27 du règlement général annexé à la convention relative à l'indemnisation du chômage prévoit que : « *§ 1<sup>er</sup> - Les personnes qui ont indument perçu des allocations ou des aides prévues par le présent règlement doivent les rembourser (...) / § 2 - Dès sa constatation, l'indu est notifié à l'allocataire par courrier (...) / A la suite de cette notification, il est procédé à la retenue d'une fraction des allocations à payer, sans que cette retenue ne puisse excéder la partie saisissable des allocations. / Une contestation portant sur l'existence, le motif ou le montant du versement indu peut être formée par l'allocataire dans les 30 jours suivant la notification. Ce recours n'est pas suspensif (...)* » ;

16. Considérant que les organisations représentatives d'employeurs et de salariés ne sont, aux termes de l'article L.5422-20 du code du travail, compétentes que pour fixer « *les mesures d'application* » des dispositions du chapitre II du titre II du livre IV de la cinquième partie du code du travail, relatif au régime d'assurance ; que si, au sein de ce chapitre, l'article L. 5422-5 du code du travail fixe les règles de prescription applicables en cas de versement indu de l'allocation d'assurance, la détermination des modalités de récupération forcée d'un tel indu et de contestation d'une telle récupération ne peut être regardée comme une mesure d'application de ces règles ; que, par suite, les requérants sont fondés à soutenir que les parties à la convention n'étaient pas compétentes pour prévoir que les allocations de chômage indument versées seraient recouvrées par retenues sur les allocations à verser, y compris en cas de contestation par l'intéressé du bien-fondé de l'indu ainsi recouvré, et que le recours que celui-ci est susceptible de former n'est pas suspensif ; qu'ainsi, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens dirigés contre elles, les stipulations des deuxième et troisième alinéas du paragraphe 2 de l'article 27 du règlement général annexé à la convention ne pouvaient légalement faire l'objet d'un agrément ;

Sur les incidences du défaut de déclaration des activités :

17. Considérant que le paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article 28 du règlement général annexé à la convention relative à l'indemnisation du chômage prévoit que seules sont prises en considération pour le rechargement des droits « *les activités qui ont été déclarées chaque mois à terme échu dans les conditions définies par un accord d'application* » ; qu'aux termes de l'accord d'application n°9 du 14 mai 2014, également annexé à la convention relative à l'indemnisation du chômage : « § 1<sup>er</sup> - *Sont considérées comme régulièrement déclarées à terme échu, les activités déclarées à la fin de chaque mois et attestées ultérieurement par l'envoi de bulletin(s) de salaire. / § 2 - Sont indues les prestations versées correspondant aux jours d'activité non déclarée. / (...) § 4 - Lorsqu'une période d'activité non déclarée d'une durée supérieure à 3 jours calendaires au cours du mois civil considéré est constatée, celle-ci n'est pas prise en compte pour la recherche de l'affiliation en vue d'une ouverture de droits ou d'un rechargement et les rémunérations correspondantes ne sont pas incluses dans le salaire de référence. / Dans l'hypothèse où l'application de ces dispositions conduirait à retenir une période d'affiliation insuffisante au regard de la durée d'affiliation requise prévue à l'article 28, la période d'activité non déclarée pourra être retenue sur décision favorable de l'instance paritaire régionale* » ; que les requérants contestent la légalité de ces stipulations en tant qu'elles prévoient, à leur paragraphe 4, une réduction des droits des travailleurs privés d'emploi qui auraient omis de déclarer, dans les conditions prévues par le paragraphe 1<sup>er</sup>, certaines périodes d'activité ;

18. Considérant qu'ainsi qu'il a été dit au point 16, il appartient aux organisations représentatives d'employeurs et de salariés, en vertu de l'article L.5422-20 du code de travail, de fixer par voie d'accord les « *mesures d'application* » des dispositions du chapitre II du titre II du livre IV de la cinquième partie du code du travail, à l'exception de ses articles L. 5422-14 à L. 5422-16 et L.5422-25 ; qu'aucune disposition de ce chapitre ne régit les conditions dans lesquelles les droits à l'assurance chômage peuvent être réduits ou supprimés en cas de méconnaissance d'une obligation déclarative par un travailleur privé d'emploi ; que le contrôle et les sanctions applicables font d'ailleurs l'objet du chapitre VI du même titre, au sein duquel l'article L.5426-9 prévoit que : « *Un décret en conseil d'Etat détermine les modalités d'application du présent chapitre (...)* » ; que, de même, les obligations du demandeur d'emploi sont déterminées au chapitre Ier du titre Ier du même livre IV, au sein duquel l'article L.5411-10 renvoie également à un décret en Conseil d'Etat la détermination de ses conditions d'application ; que, par suite, les requérants sont fondés à soutenir que les parties à la convention n'étaient pas compétentes pour prévoir une réduction des droits

des travailleurs privés d'emploi qui auraient omis de déclarer, dans les conditions prévues par cet accord, des périodes d'activité ; qu'il en résulte, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens dirigés contre elles, que les stipulations du paragraphe 4 de l'accord d'application n°9 du 14 mai 2014 pris pour l'application des articles 9 paragraphe 1<sup>er</sup>, 28 et 29 du règlement général annexé à la convention du 14 mai 2014 relative à l'indemnisation du chômage ne pouvaient légalement faire l'objet d'un agrément ;

19. Considérant que les autres moyens des requêtes ne sont pas de nature à entraîner l'annulation de l'arrêté attaqué ;

Sur les conséquences de l'illégalité de l'arrêté attaqué :

20. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que les dispositions de l'arrêté attaqué agréant les stipulations des deuxième et troisième alinéas du paragraphe 2 de l'article 27 du règlement général annexé à la convention du 14 mai 2014 relative à l'indemnisation du chômage, d'une part, et celles agréant les stipulations du paragraphe 4 de l'accord d'application n°9 du 14 mai 2014 pris pour l'application des articles 9 paragraphe 1<sup>er</sup>, 28 et 29 de ce règlement, d'autre part, sont divisibles du reste de l'arrêté ;

21. Considérant qu'en revanche, les dispositions de l'arrêté attaqué qui agréent les stipulations du paragraphe 2 de l'article 21 du règlement général, lesquelles forment entre elles un tout indivisible, sont destinées à compenser le coût de mesures nouvelles visant à inciter à la reprise d'un emploi et ne sont ainsi pas divisibles des dispositions de l'arrêté attaqué agréant les stipulations de la convention et des textes qui lui sont associés autres que celles mentionnées au point 20 ; que, par suite, les requérants sont fondés à soutenir que l'ensemble de ces dispositions se trouve entaché d'illégalité ;

22. Considérant que l'annulation d'un acte administratif implique en principe que cet acte est réputé n'être jamais intervenu ; que, toutefois, s'il apparaît que cet effet rétroactif de l'annulation est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives en raison tant des effets que cet acte a produits et des situations qui ont pu se constituer lorsqu'il était en vigueur, que de l'intérêt général pouvant s'attacher à un maintien temporaire de ses effets, il appartient au juge administratif - après avoir recueilli sur ce point les observations des parties et examiné l'ensemble des moyens, d'ordre public ou invoqués devant lui, pouvant affecter la légalité de l'acte en cause - de prendre en considération, d'une part, les conséquences de la rétroactivité de l'annulation pour les divers intérêts publics ou privés en présence et, d'autre part, les inconvénients que présenterait, au regard du principe de légalité et du droit des justiciables à un recours effectif, une limitation dans le temps des effets de l'annulation ; qu'il lui revient d'apprécier, en rapprochant ces éléments, s'ils peuvent justifier qu'il soit dérogé

au principe de l'effet rétroactif des annulations contentieuses et, dans l'affirmative, de prévoir dans sa décision d'annulation que, sous réserve des actions contentieuses engagées à la date de cette décision contre les actes pris sur le fondement de l'acte en cause, tout ou partie des effets de cet acte antérieurs à son annulation devront être regardés comme définitifs ou même, le cas échéant, que l'annulation ne prendra effet qu'à une date ultérieure qu'il détermine ;

23. Considérant qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que la disparition rétroactive des dispositions de l'arrêté attaqué agréant les stipulations illégales des deuxième et troisième alinéas du paragraphe 2 de l'article 27 du règlement général annexé à la convention du 14 mai 2014 relative à l'indemnisation du chômage et du paragraphe 4 de l'accord d'application n°9 du 14 mai 2014 pris pour l'application des articles 9 paragraphe 1<sup>er</sup>, 28 et 29 de ce règlement général entraînerait des conséquences manifestement excessives, eu égard aux intérêts en présence et aux inconvénients que présenterait une limitation dans le temps des effets de leur annulation ; qu'il n'y a pas lieu, par suite, d'assortir l'annulation de ces dispositions d'une telle limitation ;

24. Considérant, en revanche, qu'il résulte des dispositions de l'article L.5422-20 du code du travail que la loi fait obligation aux organisations représentatives d'employeurs et de salariés et au ministre chargé du travail et, à défaut, au Premier ministre, de prendre les mesures propres à garantir la continuité du régime d'assurance chômage ; qu'ainsi, il incombe nécessairement aux pouvoirs publics, en cas d'annulation de l'arrêté par lequel le ministre chargé du travail a agréé des accords conclus sur le fondement de l'article L.5422-20, de prendre, sans délai, les mesures qu'appellent ces dispositions ; qu'eu égard à l'intérêt qui s'attache à la continuité du versement des allocations et du recouvrement des cotisations, à laquelle une annulation rétroactive de l'arrêté attaqué qui a agréé les stipulations de la convention du 14 mai 2014, ainsi que ses annexes et accords d'application, autres que celles mentionnées

au point précédent, porterait une atteinte manifestement excessive, il y a lieu, pour permettre au ministre chargé du travail ou, à défaut, au Premier ministre de prendre les dispositions nécessaires à cette continuité, de n'en prononcer l'annulation totale - sous réserve des droits des personnes qui ont engagé une action contentieuse à la date de la présente décision - qu'à compter du 1<sup>er</sup> mars 2016 ;

**DECIDE :**

Article 1<sup>er</sup> : Il n'y a pas lieu de statuer sur les conclusions des requêtes n°s 383956, 383957 et 383958 en ce qu'elles tendent à l'annulation de l'arrêté du ministre du travail, de l'emploi et du dialogue social du 25 juin 2014 en tant qu'il a agréé les stipulations de l'article 29 de l'annexe VIII et de l'article 29 de l'annexe X au règlement général annexé à la convention relative à l'indemnisation du chômage du 14 mai 2014.

Article 2 : L'intervention du Syndicat des avocats de France au soutien de la requête n° 383957 n'est pas admise.

Article 3 : L'intervention de l'Union syndicale de l'intérim CGT au soutien de la requête n° 383958 est admise dans la limite des conclusions de cette requête qui a conservé un objet.

Article 4 : L'arrêté du 25 juin 2014 est annulé en tant qu'il a agréé les stipulations, d'une part, des deuxième et troisième alinéas du paragraphe 2 de l'article 27 du règlement général annexé à la convention du 14 mai 2014 relative à l'indemnisation du chômage et, d'autre part, du paragraphe 4 de l'accord d'application n°9 du 14 mai 2014 pris pour l'application des articles 9 paragraphe 1<sup>er</sup>, 28 et 29 de ce règlement général.

Article 5 : Sous réserve des actions contentieuses engagées à la date de la présente décision contre les actes pris sur leur fondement, les dispositions, autres que celles mentionnées aux articles 1<sup>er</sup> et 4, de l'arrêté du 25 juin 2014 sont annulées à compter du 1<sup>er</sup> mars 2016.

(M. Puigserver, rapp. - M. Decout-Paolini, rapp. pub. - SCP Lyon-Caen, Thiriez, SCP Gatineau, Fattaccini, SCP Masse-Dessen, Thouvenin, Coudray, av.)

## ASSOCIATION FRANÇAISE DE DROIT DU TRAVAIL ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE (AFDT)

[www.afdt-asso.fr](http://www.afdt-asso.fr)