

Assurance-chômage : hasards et nécessité de la contractualisation des engagements

par *Philippe MARTIN*, COMPTRESEC-CNRS - Université Montesquieu Bordeaux IV

PLAN

I – La convention du 1^{er} janvier 2001 et la logique de contractualisation

- A. L'inspiration des partenaires sociaux signataires
 - 1) Le contrat et l'individualisation de la prise en charge du chômeur
 - 2) La logique des droits et des devoirs
- B. La part d'indétermination
 - 1) La possible contractualisation des droits du demandeur d'emploi
 - 2) La question de la liberté contractuelle

II – Le temps des remises en cause ou le contrat "en action"

- A. Le respect des engagements contractuels
- B. Des solutions au fondement incertain
 - 1) La position explicitement "contractualiste" : la décision du TGI de Marseille
 - 2) La décision du TGI de Paris : une position implicitement contractualiste ?



Depuis le début de l'année 2004, la situation des demandeurs d'emploi indemnisés par le régime d'assurance chômage aura occupé une place importante sur la scène sociale. Tous les acteurs sociaux (patronat, syndicats, associations de chômeurs, juges et, finalement, le gouvernement) auront été mobilisés autour d'une question largement relayée par la presse et les médias, question stigmatisée par l'inélégante expression de contentieux des "recalculés". Rappelons ici les principales données du problème.

Dans un contexte de difficultés financières du régime d'assurance chômage, les signataires de la convention du 1^{er} janvier 2001 relative à l'aide à l'emploi et à l'indemnisation du chômage ont signé un avenant à cette convention, le protocole d'accord du 20 décembre 2002 "sur le retour à l'équilibre du régime d'assurance chômage". Cet avenant a été intégré dans la dernière convention du 1^{er} janvier 2004, agréée par arrêté du 5 février 2003 (1). Cet accord emporte une augmentation des contributions et une réduction du nombre des filières d'indemnisation aboutissant, pour la plupart des catégories de chômeurs (2), à une réduction des durées d'indemnisation. Ainsi, par exemple, les demandeurs d'emploi qui justifiaient, au titre de la convention de 2001, de quinze à vingt et un mois d'indemnisation ne pouvaient plus prétendre qu'à sept mois d'indemnisation. Ces mesures ont été immédiatement applicables aux demandeurs d'emploi dont le contrat avait pris fin après le 31 décembre 2002. Les dispositions transitoires de l'accord ont en outre prévu que les durées d'indemnisation des salariés involontairement privés d'emploi dont la fin de contrat était antérieure au 1^{er} janvier 2003 seraient converties en fonction des nouvelles durées à compter du 1^{er} janvier 2004. Les nouvelles mesures ont donc produit un effet rétroactif pour cette catégorie de demandeurs d'emploi qui étaient, par hypothèse, engagés dans un Plan de retour à l'emploi (PARE) (3). Les intéressés (4), on le comprend, ont vécu cela comme une exclusion du régime, une violation de leurs "droits acquis" à une certaine durée d'indemnisation. En réponse, une ample stratégie judiciaire devait être mise sur pied (5). Début 2004, des centaines de demandeurs d'emploi exclus de leurs droits ont quasi simultanément déclenché un contentieux devant les juridictions de l'ordre judiciaire.

Le contentieux des "recalculés" a connu une issue positive pour les chômeurs. Les premiers jugements de TGI, qui seront analysés ici (6), ont fait droit aux demandes de réintégration dans leurs droits des allocataires titulaires d'un PARE. Devant l'ampleur du problème social et sans plus attendre, l'Etat est intervenu pour garantir à l'ensemble des demandeurs d'emploi concernés par le re-calculation de leurs durées d'indemnisation le maintien de leurs droits acquis. Les gestionnaires de l'UNEDIC sont invités à réintégrer les intéressés dans leurs droits, le surcoût étant compensé par un aménagement de la dette de l'UNEDIC (1,2 milliard d'euros) envers l'Etat.

(1) JO du 8 février, p. 2376.

(2) Les seules catégories "préservées" dans l'accord sont : les plus de 50 ans à la date de la fin de leur contrat de travail et en cours d'indemnisation au 31 décembre 2002 ; les salariés compris dans une procédure de licenciement engagée avant le 31 décembre 2001 et âgés à cette date de 57 ans et demi.

(3) Sur le dispositif du PARE, v. not. C. Tuchsirer, "Le PARE, outil d'un nouveau parcours d'insertion pour les chômeurs ?", Droit social 2001, p. 393.

(4) Environ 350 000 personnes étaient concernées par la conversion des droits au 1^{er} janvier 2004. Au total, 850 000 personnes étaient concernées d'ici 2005.

(5) Stratégie largement orchestrée et soutenue par la CGT ainsi que par les différentes associations de chômeurs.

(6) TGI de Marseille, *Lazari et autres c/ ASSEDIC Alpes de Provence et UNEDIC*, 15 avril 2004, Dr. Ouv. 2004 p. 315 n. V. Bonnin, Droit social 2004, p. 545 ; TGI de Paris, 11 mai 2004, RJS 2004 n° 946.

Si la question est à peu près réglée au plan social (7), elle mérite d'être examinée ou réexaminée au plan juridique. En introduisant, avec le Plan de retour à l'emploi, la contractualisation des engagements réciproques du demandeur d'emploi et du régime d'assurance chômage, les partenaires sociaux signataires de la convention du 1^{er} janvier 2001 ont de toute évidence enclenché une logique dont ils ne maîtrisaient pas tous les effets, notamment juridiques. Ce qu'ils auront appris à leurs dépens, c'est la réversibilité de la technique contractuelle. Dans un premier temps, la contractualisation s'est imposée aux demandeurs d'emploi. Il faudra cependant revenir sur cette logique qui a voulu que la volonté individuelle (celle du demandeur d'emploi) s'efface devant la volonté collective indiquant le but désormais poursuivi (la réinsertion du chômeur) et les moyens (la personnalisation de la prise en charge). Or, c'est précisément quand les moyens financiers ont commencé à faire défaut que la logique contractuelle a pleinement révélé ses effets. Privés de leur indemnisation et, par rhétorique, privés de ce qui faisait la personnalisation de leur parcours de réinsertion professionnelle (8), les demandeurs d'emploi ont, littéralement, mis le PARE "en action".

■ I. La convention du 1^{er} janvier 2001 ■ et la logique de contractualisation

En invoquant "l'utilité de contractualiser les engagements du demandeur d'emploi et du régime d'indemnisation" (9), les partenaires sociaux se sont manifestement situés dans le vaste courant qui fait de la contractualité "la forme sociale générale", selon l'expression d'Alain Caillé (10). Si ce qu'on peut appeler le paradigme contractuel semble omniprésent aujourd'hui, il recouvre cependant des situations très différentes, d'ailleurs pas toutes réductibles au modèle du marché (achat/vente) promu par les tenants de la théorie de l'*homo economicus*. Dans la science économique actuelle, il est admis – du moins par certains – que le contrat est une notion susceptible d'expliquer et d'instituer d'autres types d'échanges (11). Au-delà du monde des affaires et de la production, le contrat se développe aussi dans le champ des politiques sociales et apparaît comme une forme nouvelle de "gestion du social", symptomatique d'un renouvellement ou, selon l'analyse qu'on en fait, d'une crise de l'Etat providence (12). Ainsi le contrat d'insertion dans le cadre du RMI fournit-il un exemple et même un modèle de ce qu'est "la forme habituelle et dominante de l'action publique" (13).

Sans doute, en suivant la voie de la contractualisation, les partenaires sociaux ont-ils recherché l'efficacité, le contrat se faisant ici l'instrument de l'activation du régime d'assurance chômage. Cette voie est cependant imposée aux intéressés, usagers du service public de l'emploi et de l'indemnisation du chômage (14), les partenaires sociaux usant ici de leur pouvoir normatif. On peut dès lors s'interroger sur le type de logique à l'œuvre : s'agit-il d'une logique qu'on qualifiera de gestionnaire, le contrat (le PARE) n'étant finalement qu'un instrument d'assujettissement des demandeurs d'emploi (15) ? Le PARE relève-t-il d'une logique juridique et dans l'affirmative, à quelle source d'inspiration puise-t-il ? S'il paraît nécessaire de poser ou reposer ces questions, la difficulté d'apporter des réponses formelles conduit cependant à constater qu'il demeure une part d'indétermination. L'objet reste en partie non identifié, ce qui n'est au fond pas si surprenant si on admet, avec certains auteurs, qu'il n'y a pas véritablement "d'essence du contrat" (16) et que l'idée même de contrat reste sujette à une "indétermination relative" (17).

(7) A la suite des premières décisions des juridictions judiciaires, le MEDEF ne semblait guère enclin à renégocier la convention d'assurance chômage. La décision du Conseil d'Etat du 11 mai 2004 (v. infra) annulant les arrêtés portant agrément, notamment, de la convention du 1^{er} janvier 2004 devrait cependant conduire, soit à l'ouverture de nouvelles négociations, soit à l'application des dispositions de l'article L. 351-8 C. trav. prévoyant que les pouvoirs publics prennent les mesures nécessaires pour garantir la continuité du régime d'assurance chômage.

(8) Il faut indiquer, cependant, que pour certains chômeurs engagés dans une formation longue, le non respect du PARE dans sa dimension "réinsertion" n'était pas un argument de pure rhétorique.

(9) Cf. préambule de la convention du 1^{er} janvier 2001 relative à l'aide au retour à l'emploi et à l'indemnisation du chômage.

(10) A. Caillé, "De l'idée de contrat. Le contrat comme don à l'envers (et réciproquement)", in *La nouvelle crise du contrat*, s. la dir. de C. Jamin et D. Mazeaud, Dalloz, 2003, p. 27.

(11) Cf. Le concept de coopération antagoniste d'ailleurs forgé par un juriste, J. Ghestin, "Le contrat en tant qu'échange économique", in Eric Brousseau et Jean-Michel Glachant (dir.), *Revue d'économie industrielle*, n° 92, 2000, Economie des contrats : Bilan et perspectives, p. 95.

(12) V. not. F. Valdes Dal Re, "La contractualisation des prestations sociales et les tendances du système espagnol de protection

sociale", in *La contractualisation du droit social*, Actes du séminaire International de droit comparé du travail et de la Sécurité sociale, COMPTRASEC, Bordeaux, 2003, p. 221.

(13) Cf. J.-P. Gaudin, "Le sens du contrat dans les politiques publiques", *Espirit*, février 2001, p. 120, cité par A. Caillé, *op. cit.*

(14) Certains auteurs dénie la qualité de service public au système d'indemnisation du chômage. V. C. Willmann, "Le chômeur cocontractant", *Droit social* 2001, p. 384, pour qui l'allocataire n'est pas usager du service public de l'indemnisation parce que l'ASSEDIC n'est pas investie d'une telle mission. Une bonne partie de la doctrine s'accorde cependant sur l'idée que le système d'indemnisation a bien le caractère d'un service public (v. not. J.J. Dupeyroux, M. Borgetto, R. Lafore, R. Ruellan, *Droit de la sécurité sociale*, Dalloz, 14^e éd., n° 1688 et suiv.).

(15) Sur l'émergence des contrats "imposés", notamment par la loi et l'assujettissement des personnes qui s'ensuit, v. A. Supiot (entretiens avec), "La fonction anthropologique du droit", *Espirit*, fév. 2001, p. 160. Le même auteur, tirant les leçons des résultats du contentieux des "recalculés", combat vivement l'opinion dominante selon laquelle le droit n'est qu'un simple instrument de gestion du social (A. Supiot, "La valeur de la parole donnée", *Droit social*, mai 2004, p. 541).

(16) J. Ghestin, "Le contrat en tant qu'échange économique", *op. cit.*

(17) A. Caillé, *op. cit.* p. 33.

A. L'inspiration des partenaires sociaux signataires

On peut se demander, au fond, à quelle représentation les partenaires sociaux signataires de la convention d'assurance chômage du 1^{er} janvier 2001 ont adhéré, lorsqu'ils se sont accordés sur cette idée de contractualisation des engagements du demandeur d'emploi et du régime d'indemnisation. Il est certes aisé d'imaginer que, du côté du MEDEF, la petite musique néolibérale se soit fait entendre et que le PARE, notamment dans sa version initiale (18), ait été conçu comme un vecteur d'acclimatation, en France, du *workfare* anglo-saxon (19). Mais cette hypothèse est un peu courte et explique mal l'adhésion syndicale (à l'exception de la CGT et de FO) et même le soutien de la CFTD et de la CFTC au nouveau régime (20). Le texte même de la convention laisse à penser que l'idée de contractualisation recouvre au moins deux dimensions. D'une part, de manière manifeste, les partenaires sociaux ont recherché l'efficacité dans la gestion de la réinsertion professionnelle du demandeur d'emploi. Le contrat est alors associé à l'idée d'individualisation de la prise en charge du chômeur. D'autre part, la convention du 1^{er} janvier 2001 traduit une volonté de renouveler la relation de l'individuel et du collectif dans le régime d'indemnisation. Le contrat exprime une volonté d'intensification de la logique des droits et des devoirs.

1) Le contrat et l'individualisation de la prise en charge du chômeur

Les partenaires sociaux signataires de la convention du 1^{er} janvier 2001 se sont accordés notamment sur *"la nécessité d'apporter une aide personnalisée aux demandeurs d'emploi et la nécessité de contractualiser les engagements du demandeur d'emploi et du régime d'indemnisation"*. La personnalisation des mesures de réinsertion n'est pas une totale nouveauté et s'est développée dans les politiques sociales contemporaines, notamment de lutte contre les exclusions (21). Ce qui est ici remarquable, c'est le lien qui est fait entre la personnalisation de l'aide qui apparaît comme un objectif et le recours à la contractualisation qui en serait le moyen. Il y a donc bien l'idée d'un contrat, même si celui-ci est pour le moins instrumentalisé.

Cette personnalisation du traitement des demandeurs d'emploi passe-t-elle, cependant, par une véritable individualisation des engagements réciproques, des droits et obligations inhérents au statut de chômeur ? En vertu de la

convention du 1^{er} janvier 2001 et selon la présentation même qu'en fait l'UNEDIC dans ses notices d'information (22), le PARE permet de bénéficier d'une part, de l'allocation de retour à l'emploi (ARE), d'autre part d'un soutien dans les recherches d'emploi, dans le cadre du Projet d'action personnalisé (PAP) conclu entre le demandeur d'emploi et l'ANPE dans le mois qui suit l'inscription comme demandeur d'emploi. Même si la volonté des partenaires sociaux a été de lier désormais étroitement indemnisation et réinsertion professionnelle, il convient de distinguer les deux volets. Sur le plan de l'indemnisation proprement dite, on voit mal en quoi le PARE produit une quelconque individualisation. L'allocation n'est que la matérialisation du droit au revenu de remplacement dont l'existence est prévue par la loi et dont le montant et la durée dépendent de l'application des dispositions de la convention d'assurance chômage en vigueur (23). Il paraît donc difficile de considérer que le PARE individualise l'indemnisation, sauf à estimer que l'ASSEDIC s'engage avec le PARE sur une durée précise d'indemnisation *afin* de garantir la réalisation effective de l'objectif de réinsertion qui, lui, est individualisé.

C'est en effet sur le volet "insertion" que le document emporte le cas échéant des obligations et des droits spécifiques et individualisables. Le PARE permet, de manière générale, d'accéder à des dispositifs déjà existants (par ex. contrats de qualification adulte), dans des conditions établies par des dispositions légales et conventionnelles concernant les aides au reclassement et à la formation dont peuvent bénéficier les chômeurs (24). Mais c'est le contenu du PAP qui va déterminer, dans chaque cas individuel, quel type de parcours pourra être suivi, avec quel niveau de prise en charge financière de la part de l'ASSEDIC, de la part de l'Etat et des collectivités, mais aussi éventuellement de la part de l'allocataire (25). Le PARE et le PAP opèrent donc bien une individualisation du parcours de "retour à l'emploi". Toute la question demeure de savoir si cette individualisation se produit dans un véritable cadre consensuel (on peut imaginer que le demandeur d'emploi et l'ANPE s'accordent sur la mise en œuvre d'une action de formation voulue par l'intéressé mais non homologuée et donc totalement à sa charge) ou bien si elle prend plutôt la tournure d'une *prescription* administrée par des professionnels de l'insertion au profit de publics dénués de véritables capacités de prise en charge de leur propre réinsertion. Il faut remarquer à cet égard que les partenaires sociaux ont pris en compte la variabilité des situations concrètes, la convention indiquant que l'ANPE évalue le degré d'autonomie de l'intéressé (26).

(18) La première mouture, non agréée, de la convention d'aide au retour à l'emploi instituait le contrat de retour à l'emploi.

(19) C'est-à-dire une transposition dans le champ de l'assurance chômage française de principes et de techniques notamment développés aux USA consistant à contraindre le bénéficiaire de prestations d'aides sociales à accepter toute forme d'emploi proposée par les services sociaux. Une telle transposition a pour effet de rabattre le droit à un revenu de remplacement, de nature assurantielle, sur la logique assistantielle (v. M. Borgetto, "La réforme du système d'indemnisation du chômage : vers un retour en force de la logique d'assistance ?", *Droit social*, 2001, p. 355).

(20) Il est en tout cas frappant de constater comment la CFTC a fait front avec le MEDEF en opposant des fins de non-recevoir à la requête présentée par les différentes associations de chômeur devant le Conseil d'Etat afin que celui-ci annule l'arrêté du 5 février 2003 agréant les avenants à la convention du 1^{er} janvier 2001 et l'arrêté de même date agréant les annexes au règlement annexé à la convention du 1^{er} janvier 2004 relative à l'aide au retour à l'emploi et à l'indemnisation du chômage (CE, 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*).

(21) Sur le parallèle entre les programmes "Nouveau départ" et "Trace" instaurés par la loi du 29 juillet 1998 et le PARE, v. C. Willmann, *op. cit.*

(22) V. site internet : <http://www.assedic.fr/>

(23) La durée d'indemnisation varie en fonction de l'âge de l'intéressé et de sa durée d'affiliation au régime, donc en fonction de règles fixées par le statut collectif.

(24) Loi DDOSEC n° 2201-624 du 17 juillet 2001, art. 1^{er} ; circulaire UNEDIC n° 01-09 du 22 octobre 2001 ; délibérations n° 29 et 30 du 21 juin 2001 de la Commission paritaire nationale. Ces textes fournissent une base pour les mesures destinées à accélérer ou faciliter la réinsertion professionnelle des allocataires : aide à la formation, aide à la mobilité géographique, aide dégressive à l'employeur (v. "Aides au reclassement et à la formation dans le cadre du PARE", *Liaisons sociales* n° 8229, 20 nov. 2001).

(25) S'agissant des actions de formation sélectionnées par homologation opérée par chaque bureau ASSEDIC, il est prévu que, selon le type d'action envisagée, le niveau de prise en charge des frais supportés par l'allocataire puisse varier.

(26) Cf. art. 1^{er} §1 d) de la convention du 1^{er} janvier 2001 qui prévoit que "le demandeur d'emploi s'engage, dans le cadre du projet d'action personnalisé signé avec l'ANPE, en fonction de son degré d'autonomie en matière de recherche d'emploi (...)".

Il demeure néanmoins que la question de savoir si, de manière générale, cette individualisation confère en elle-même une nature contractuelle au PARE reste entière. Pour aboutir à une telle conclusion, sans doute faut-il, à l'instar d'A. Supiot, considérer que les parties s'engagent effectivement dans un processus de négociation de leurs obligations respectives et que cet échange a pour effet de "personnaliser le lien de droit qui les unit" (27).

2) La logique des droits et des devoirs

Dans le préambule de la convention du 1^{er} janvier 2001, on peut lire : "Garants du contrat collectif qui génère des droits et des devoirs, les partenaires sociaux souhaitent promouvoir la convention d'aide au retour à l'emploi définissant les engagements réciproques du système d'indemnisation et des demandeurs d'emploi".

Les termes employés évoquent ce qu'on pourrait appeler la dimension morale de la contractualisation voulue par les partenaires sociaux signataires de la convention. Il ne fait guère de doute que ceux-ci ont entendu faire du PARE un contrat poursuivant un objectif de responsabilisation du chômeur. C'est d'ailleurs ainsi que l'a entendu le TGI de Marseille (28). Cette proposition n'est cependant pas exempte d'ambiguïté. S'il ne s'agit que d'un instrument de contrainte, même à vocation pédagogique, on peut douter qu'il mérite la qualification de contrat. S'il s'agit par contre d'une forme de coopération entre deux acteurs – l'ASSEDIC et le demandeur d'emploi (en réalité, il faut aussi intégrer l'ANPE avec le PAP) – pour réaliser un but commun (la réinsertion professionnelle du chômeur), on peut alors voir éventuellement les choses d'une autre manière (29).

Il n'est en tout cas pas si évident que ce qui s'est cherché avec l'institution du PARE s'inscrive résolument dans le courant néolibéral consistant à faire peser sur l'individu la responsabilité de la prise en charge du risque de chômage. Il pourrait s'agir, plutôt, d'une forme réactualisée du *solidarisme* (30) qui veut que l'appartenance de l'individu au groupe, à la société, l'oblige à certains actes positifs (travailler ; être affilié à l'assurance sociale ; rechercher activement un emploi). La convention d'assurance chômage apparaît dès lors comme l'instrument juridique qui manifeste cette prégnance du collectif et du social sur l'individu (holisme) et le PARE formaliserait et concrétiserait, dans le champ du non-emploi, le principe d'interdépendance des rapports sociaux (31). On est bien ici dans la logique des

échanges réciproques entre l'individu et la société, la logique des droits et des devoirs (32). Reste qu'on peut se demander s'il faut désormais considérer que l'ASSEDIC représente la société, ce qui devrait conduire à réexaminer la place et le rôle du paritarisme dans l'Etat social français.

B. La part d'indétermination

Cette approche ne fait d'ailleurs pas l'unanimité. Faut-il rappeler que les syndicats français ne partagent pas la même analyse sur ce point ? Sur le plan théorique, on constate en outre qu'il y a une réelle difficulté, en droit, à dire ce qu'est un contrat (33). Il a néanmoins semblé évident, pour certains juristes, que le PARE constituait un contrat de droit privé (34), alors même que deux éléments, au moins, sont à même de susciter le doute. D'une part, on pouvait (et on peut) se demander dans quelle mesure il est possible pour les partenaires sociaux de "contractualiser" des droits que le demandeur d'emploi tient de la loi. D'autre part, il faut examiner ce qu'il en est de la liberté contractuelle dans ce genre de dispositif juridique.

1) La possible contractualisation des droits du demandeur d'emploi

Rapidement, s'est posée la question de savoir si la signature du PARE constituait désormais une condition affectant directement le droit au revenu de remplacement prévu par l'article L. 351-1 du Code du travail. Cette question a été tranchée. Pour le Conseil d'Etat, la convention du 1^{er} janvier 2001 n'ajoute pas à la loi (35) et le PARE est un simple "engagement formel" qui conditionne le versement des allocations et non pas le droit au revenu de remplacement. Qu'en est-il alors de la contractualisation, entendue comme le fait de fonder la qualité de chômeur sur le contrat et non plus sur la loi (36) ? L'analyse du TGI de Paris, dans son jugement rendu le 2 juillet 2002 (37) à propos de la validité de la convention d'assurance chômage du 1^{er} janvier 2001, est à cet égard fort éclairante. Dans cette affaire, rappelons-le, le juge était notamment saisi de la question de savoir si le fait d'instituer l'obligation de signer le PARE pour obtenir l'ouverture des droits à l'assurance chômage n'excédait pas la compétence des partenaires sociaux. Pour le Tribunal, les partenaires sociaux pouvaient instituer l'obligation de signer le PARE, dans la mesure où tout demandeur d'emploi doit "pour percevoir son

(27) A. Supiot, "La valeur de la parole donnée", précit. L'auteur voit cependant, dans la référence à une durée déterminée d'indemnisation, "la clef du plan de retour à l'emploi". Ce n'est donc pas tant l'individualisation des engagements qui prévaut ici, mais plutôt le fait que le PARE constitue un acte individuel qui incorpore les éléments du statut collectif et leur confère une garantie dans le temps. On est ici proche des théories selon lesquelles la temporalité et la relation d'échange et de confiance sont l'essence même du contrat. (Cf. la notion de "contrat relationnel", v. H. Muir Watt, "Du contrat relationnel", in *La relativité du contrat*, colloque Nantes 1999, tome IV).

(28) "Ce document qui formalise les engagements de retour à l'emploi et tend, conformément à la volonté des partenaires signataires de la convention du 1^{er} janvier 2001, à répondre à un souhait pédagogique de responsabiliser les personnes en recherche d'emploi (...)", TGI Marseille, 15 avril 2004, Dr. Ouv. 2004 p. 320.

(29) Sur le concept de coopération dans la théorie des contrats, v. not. F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 8^e éd., n° 78.

(30) On parle ici de forme "réactualisée" dans le sens où le "modèle solidariste", appliqué à l'Etat providence français, renvoie en général à l'idée de droits sociaux "passifs" dont les titulaires sont les sujets de droits "créanciers".

(31) Pour Léon Bourgeois, "L'homme vivant dans la société, et ne pouvant vivre sans elle, est à tout heure un débiteur envers elle". Il est partie prenante d'un quasi-contrat social, dans le sens où il consent implicitement à certaines obligations "sociales". V. *Solidarité*, 1896, rééd., Sociologie, Presses du Septentrion, 1998.

(32) Sur ce point, v. not. M. Borgetto et R. Laforé, *La république sociale*, PUF, 2000. Les auteurs montrent que la thématique des devoirs a toujours été présente dans le débat social, en France, et puise à l'imaginaire révolutionnaire ; elle a cependant été "escamotée" au début du XX^e siècle et resurgit aujourd'hui dans les politiques sociales.

(33) Cf. *La nouvelle crise du contrat*, op. cit.

(34) C. Willmann "Le chômeur cocontractant", *Droit social*, avril 2001, p. 384 ; A. Supiot, "La valeur de la parole donnée", *Droit social* mai 2004, p. 541.

(35) Cons. d'Etat, 11 juillet 2001, *Syndicat SUD Travail et autres*, RJS 10/01, n° 1157 et 1168 ; v. M. Bonnechère "La loi, la négociation collective et l'ordre public en droit du travail : quelques repères", *Dr. Ouv.* 2001 p. 411 spéc. p. 417.

(36) Cf. la thèse avancée par C. Willmann, "Le chômeur cocontractant", op. cit.

(37) TGI Paris, 2 juillet 2002, *Association Les amis d'agir ensemble contre le chômage et a. c/MEDEF et a.*, RJS 2002 n° 1161, TPS sept. 2002, n° 270, p. 19.

allocation, en formuler la demande par un acte de volonté et doit s'engager à respecter les obligations légales que le plan se contente de rappeler". Au fond, avec ou sans le PARE, l'ouverture des droits suppose une manifestation de volonté et un engagement de la part du demandeur d'emploi. Si la signature du PARE est obligatoire, c'est en ce qu'elle ne fait que reprendre des obligations légales. La position du juge est ici claire : "la signature d'un tel document ne peut être considérée comme une contractualisation des rapports entre l'allocataire et l'ASSEDIC et l'ANPE". Cette analyse est rigoureuse. La relation juridique existant entre l'allocataire et le régime d'indemnisation – fût-il en voie de complexification de ses missions (38) – est en effet déterminée par la nature même du système : bien qu'organiquement non-inclus dans la Sécurité sociale française, ce système est une assurance sociale, ce qui suppose une relation d'affiliation et de cotisation (caractère contributif). Le droit au revenu de remplacement, dans cette perspective, est bien un droit subjectif, au même titre que les autres droits à prestations de Sécurité sociale (39). Or, pour reprendre l'analyse de F. Valdes Dal-Re, "les prestations du système de Sécurité sociale naissent d'une relation spéciale, la relation de Sécurité sociale, dotée d'une structure complexe, à laquelle est totalement étrangère la notion de contractualisation (...). Le travailleur et ses ayants droit n'acquièrent pas, dans cette relation juridique particulière, la condition de parties à un contrat et n'assument pas non plus de "compromis" ou de devoirs de nature contractuelle avec les organes qui gèrent la Sécurité sociale" (40). Admettre l'hypothèse de la contractualisation revient à admettre que s'opère un changement fondamental dans la condition même du droit au revenu de remplacement : l'allocation n'est plus due en fonction de l'historique de l'intéressé (ses contributions au régime ; sa perte d'emploi involontaire) mais en fonction de son comportement actuel (ses actions de réinsertion) (41).

La création d'une catégorie contractuelle s'imposant aux bénéficiaires du régime d'assurance chômage pose donc des problèmes complexes. Si on veut faire le parallèle avec le RMI, il faut constater, d'une part, qu'il y a un contrat parce que la loi le dit et, d'autre part, que le législateur a pris le soin de préciser que "le contenu du contrat d'insertion est débattu entre la personne chargée de son élaboration et l'allocataire. Le contrat est librement conclu par les parties et repose sur des engagements réciproques de leur part" (42).

2) La question de la liberté contractuelle

Il paraît naturel, pour qui a passé quelques années sur les bancs de facultés de droit, de s'interroger sur la place et le rôle

de la liberté dans cette opération contractuelle que constitueraient l'élaboration et la signature d'un PARE. Dans la conception "classique", certes dogmatique, du droit des contrats, l'autonomie de la volonté est au fondement même de la logique contractuelle. Cette théorie, très largement présente dans la doctrine à la fin du XIX^e siècle (43) a exercé une influence considérable quoique non-exclusive (44). On rappellera ici, simplement, que les principaux "ingrédients" de la théorie de l'autonomie de la volonté sont : la liberté des individus, qui suppose qu'il n'y a pas d'obligation juridique de contracter (ou postulat de la liberté contractuelle) ; la force obligatoire du contrat (tirée de la volonté des contractants de s'obliger) ; l'effet relatif du contrat.

La doctrine civiliste contemporaine nuance, il est vrai, ce dogme de l'autonomie de la volonté. En réalité, il y a, et il y a toujours eu un certain écart entre la philosophie de l'autonomie de la volonté et le droit civil positif (45). On remarquera d'ailleurs qu'en ce qui concerne le principe de la liberté contractuelle, le Code civil ne le consacre techniquement qu'au travers de la théorie des vices du consentement, et plus particulièrement à travers la violence. Ces nuances étant faites, il demeure que, rapportée à l'hypothèse de la signature d'un PARE entre l'ASSEDIC et le demandeur d'emploi indemnisable, la théorie classique pose problème. De quelle liberté le demandeur d'emploi jouit-il, en l'occurrence, dès lors qu'il n'a pas de contrôle sur le contenu du document – on connaît néanmoins la catégorie des contrats d'adhésion – mais, en outre, dès lors que son refus d'adhérer aura pour conséquence d'empêcher la liquidation de ses droits à l'assurance chômage ? On remarquera au passage, et ce n'est pas un hasard, que les associations de chômeurs ont – avant de jouer le jeu du contractualisme pour les besoins du contentieux – soulevé ce problème perçu comme une atteinte à la liberté individuelle. Certes, le juge des référés a pu estimer que la contrainte faite à une demandeuse d'emploi de signer le PARE pour pouvoir obtenir ses allocations de chômage ne constituait pas un trouble manifestement illicite (46). Mais cela ne préjuge pas d'un raisonnement au fond sur la question de savoir si cette contrainte n'est pas constitutive d'une violence entachant le consentement de l'intéressé (47). Question théorique, sans doute, puisque le contexte nouveau a conduit les chômeurs indemnisés signataires du PARE à se prévaloir de la nature contractuelle de ce dernier, dans le cadre d'actions au contentieux.

(38) La mission de réinsertion professionnelle s'ajoutant ou plutôt s'articulant avec celle d'indemnisation des chômeurs (v. P. Martin, "La convention d'assurance chômage du 1^{er} janvier 2001 : le droit au revenu de remplacement en question", Dr. Ouv., 2002, p. 99).

(39) Cf. l'analyse de F. Valdes Dal-Re, "Las políticas de contractualización de las prestaciones sociales", Relaciones Laborales, oct. 2002, p. 1.

(40) F. Valdes Dal-Re, op. cit. (c'est nous qui traduisons).

(41) F. Valdes Dal-Re, "La contractualisation des prestations sociales et les tendances du système de protection sociale espagnol", précit.

(42) Article L. 262-37 du Code de l'Action sociale.

(43) Citons ici F. Gény : "Dans le vaste domaine des actes juridiques, règne en maître souverain, le principe de l'autonomie de la volonté individuelle qui, sous la réserve d'un petit nombre de restrictions impératives, laisse un champ libre à la détermination des droits et à la modification de leur contenu", in *Méthode d'interprétation et sources du droit privé positif. Essai critique*, Chevalier-Marescq & Cie, 1899, p. 169-170.

(44) Sur la portée et les limites de l'influence de la théorie de l'autonomie de la volonté dans le droit civil positif, v. not. F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 8^e éd., n° 20 et suiv.

(45) *Ibid.*

(46) TGI de Marseille, 9 novembre 2001.

(47) "Il y a violence lorsqu'une personne contracte sous la menace d'un mal qui fait naître chez elle un sentiment de crainte" (Cass. com., 28 mars 2000, RTDCiv. 2000, 565, obs. Mestre et Fages). Doctrine et jurisprudence exigent cependant que la contrainte soit illégitime. En principe, la contrainte par voie de droit n'est pas illégitime, mais il faut alors se questionner sur la position de l'ASSEDIC : est-il légitime de sa part de faire peser la menace d'un non-versement des allocations à un bénéficiaire de l'assurance chômage refusant de signer le PARE, sachant que cette "menace" repose au fond sur une présomption de mauvaise foi de l'intéressé et de sa volonté de ne pas chercher à se réinsérer dans l'emploi ?

■ II. Le temps des remises en cause ou le contrat "en action" ■

Dans le contexte de révision à la baisse des droits à indemnisation, les débats sur la nature du PARE ont pris une tournure singulière, les demandeurs d'emploi ayant tout particulièrement intérêt à une "juridicisation" du PARE. Les juridictions de l'ordre judiciaire ont été saisies de très nombreuses requêtes, les titulaires de Plans d'aide au retour à l'emploi menacés dans leurs droits assignant l'UNEDIC et les ASSEDIC. Le Conseil d'Etat a en outre été saisi par différentes associations de chômeurs (AC !, APEIS, MNCP) de demandes visant à l'annulation pour excès de pouvoir de l'arrêté du 5 février 2003 portant agrément de plusieurs avenants à la convention du 1^{er} janvier 2001 ainsi que de l'arrêté du 5 février 2003 portant agrément de la convention du 1^{er} janvier 2004 relative à l'aide à l'emploi et à l'indemnisation du chômage, des accords d'application et du règlement annexé à ladite convention du 1^{er} janvier 2004. Le Conseil d'Etat a, on le sait, annulé les arrêtés en cause en ce qu'ils agréaient certaines stipulations conventionnelles illégales (48).

Si l'inspiration créatrice des partenaires sociaux n'était pas très bien déterminée au plan juridique – le PARE étant plutôt conçu comme un outil de gestion à vocation pédagogique – il faut constater que la "créature" a échappé à ses concepteurs en arrivant au prétoire. Les demandes formulées par les "recalculés" ont bel et bien visé à faire respecter des engagements *contractuels* de la part de l'UNEDIC et des ASSEDIC. Les premières décisions de justice intervenues dans ce contentieux, à savoir le jugement du TGI de Marseille du 15 avril 2004 et celui du TGI de Paris du 11 mai 2004, font globalement droit aux demandes, mais sur des fondements quelque peu incertains.

A. Le respect des engagements contractuels

Les très nombreuses demandes formulées devant les juridictions judiciaires ont visé de manière générale, à faire condamner les ASSEDIC au maintien du paiement de l'indemnisation telle que fixée à la date à laquelle les intéressés avaient signé le PARE. De manière systématique, les demandeurs ont invoqué la nature contractuelle du PARE. Ils ont aussi mis en cause l'effet rétroactif des nouvelles dispositions de la convention d'assurance chômage. Dans les affaires jugées, on remarquera cependant que les demandeurs n'ont pas entendu lier l'argument de la violation de l'article 2 du Code civil, qui exprime le principe général de non rétroactivité des lois, au caractère contractuel du PARE (49). Les deux arguments ont été présentés séparément, de manière sans doute à inciter le juge à préserver des droits acquis, quand bien même il ne serait pas convaincu de la nature contractuelle du PARE.

Contractuelle, la situation l'est, aux yeux des demandeurs qui invoquent notamment les articles 1101 et 1102 du Code civil (50) pour démontrer que le PARE et le PAP, générateurs d'obligations réciproques, constituent des contrats de droit privé. Dénonçant une modification unilatérale les privant de l'indemnisation et des actions de réinsertion stipulées, ils en appellent à l'application des règles de la responsabilité contractuelle.

Mais les demandeurs font aussi valoir ce qu'on peut appeler la "rhétorique des droits acquis". En faisant rétroagir les nouvelles dispositions de l'assurance chômage sur la situation des demandeurs d'emploi déjà engagés dans un PARE, les partenaires sociaux ont violé l'article 2 du Code civil et lésés des droits acquis. On peut certes gloser sur la pertinence de la notion de droits acquis en l'occurrence et mettre en avant le fait qu'elle n'a jamais vraiment eu cours en matière d'assurance chômage (51). Il demeure que pour les demandeurs d'emploi engagés dans un PARE, c'est-à-dire dans un dispositif "*destiné à assurer un revenu de remplacement pendant une durée déterminée*", selon les termes de la convention du 1^{er} janvier 2001, le problème du respect, par l'ASSEDIC, de ses engagements était bel et bien posé : les demandeurs d'emploi eux-mêmes engagés dans des actions de réinsertion professionnelle se prévalant du respect de la parole donnée (52). Que le PARE constitue formellement un contrat ou pas, les demandeurs d'emploi pouvaient ici arguer d'une attente légitime à l'égard de l'ASSEDIC.

B. Des solutions au fondement incertain

Les premières solutions judiciaires ont abouti au rétablissement des requérants dans leurs droits, tels qu'ils avaient été notifiés dans le cadre du PARE. Les positions, au fond, ne sont cependant pas uniformes et c'est l'analyse même de la contractualisation qui fait problème. La position du TGI de Marseille se veut explicitement "contractualiste". Par contre, celle du TGI de Paris est moins nette : si le juge admet le paradigme contractuel, c'est de manière implicite et sur des indices plus évanescents.

1) La position explicitement "contractualiste" : la décision du TGI de Marseille

Le jugement du TGI de Marseille s'appuie ouvertement sur la thèse contractualiste. L'ASSEDIC Alpes Provence est condamnée "*pour n'avoir pas respecté son engagement contractuel, en omettant de payer aux allocataires demandeurs à l'instance ayant respecté leur propre obligation, le montant de l'indemnité qu'elle s'était engagée à leur verser*". En substance, la démarche du juge a consisté à mettre en évidence ce qu'on pourrait appeler des "éléments de contractualité", en

(48) Conseil d'Etat, *Association AC ! et autres*, 11 mai 2004. Le gouvernement a re-agréé la convention d'assurance chômage du 1^{er} janvier 2004 par l'adoption de trois arrêtés en date du 28 mai 2004 (JO du 29-05-2004). La nouvelle version est expurgée des dispositions relatives, notamment, à la réduction des durées d'indemnisation pour les chômeurs entrés dans le dispositif avant le 1^{er} janvier 2003.

(49) On sait qu'il est de jurisprudence constante que les effets des contrats conclus antérieurement à la loi nouvelle, même s'ils continuent à se réaliser postérieurement à cette loi, restent régis

par les dispositions sous l'empire desquelles ils ont été passés (v. Mestre et Fages, obs. RTD civ. 2002, 507).

(50) Art. 1101 : "Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose." Art. 1102 : "Le contrat est *synallagmatique* ou *bilatéral* lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres".

(51) V. C. Goasguen, "Le contentieux des recalculés", *Semaine Sociale Lamy* – 26 avril 2004 – n° 1166.

(52) Cf. A. Supiot, "La valeur de la parole donnée", précité.

l'occurrence l'individualisation des engagements de retour à l'emploi et l'interdépendance d'obligations réciproques souscrites par des personnes de droit privé. Il en a conclu à l'existence d'un contrat de droit privé entre l'ASSEDIC et les demandeurs d'emploi. Il a ensuite considéré que ce type de contrat avait bien une cause pour l'ASSEDIC qui, du reste, ne pouvait arguer de son erreur (vice du consentement) puisqu'elle avait formalisé les obligations de chacune des parties, cette cause étant licite dans la mesure où l'engagement de payer un montant d'allocation prédéfini, en contrepartie du respect par l'allocataire d'un dispositif contraignant de recherche d'emploi précisément stipulé, se trouvait parfaitement conforme à l'ordre public (53).

Il paraît intéressant de s'attarder ici sur les "éléments de contractualité", tels qu'ils sont mis en avant par le juge. S'interrogeant d'abord sur ce qu'ont voulu les partenaires sociaux signataires de la convention du 1^{er} janvier 2001 en créant le PARE, le juge y voit la volonté de "répondre à un souhait pédagogique de responsabiliser les personnes en recherche d'emploi". Or, cela ne suffit pas à caractériser un contrat. C'est pourquoi, sans doute, le Tribunal prend en compte le fait que le PARE formalise des engagements (le retour à l'emploi) (54) et, surtout, "s'inscrit dans une logique d'individualisation des rapports entre l'ASSEDIC et les chômeurs". Cette logique suppose que la relation se développe au-delà des droits et obligations légales et réglementaires. Pour le juge, précisément, l'individualisation se manifeste par un double engagement réciproque : celui pour le demandeur d'emploi de respecter les engagements pris dans le cadre du PAP signé avec l'ANPE qui spécifie pour chacun les mesures d'accompagnement individualisé en terme de formation ; celui de l'ASSEDIC qui, en contrepartie du respect de l'engagement du demandeur d'emploi, verse l'indemnité.

Cette analyse de l'individualisation des relations et des engagements réciproques de l'ASSEDIC et du demandeur d'emploi est un peu sommaire. Le juge assimile, dans un raisonnement *in abstracto*, personnalisation du traitement du chômeur et individualisation des relations juridiques. Au fond, l'analyse du TGI de Marseille revient à déduire la nature contractuelle du PARE du caractère synallagmatique des engagements réciproques. Pour le juge, en effet, "l'interdépendance de ces deux obligations réciproques souscrites par deux personnes de droit privé caractérise la formation d'un contrat synallagmatique". Cette position n'est pas sans fondement théorique, mais elle semble étrangement se rapprocher de la *common law* anglo-saxonne "qui tend à considérer que les seuls vrais contrats sont bilatéraux et synallagmatiques" (55). Il n'est pas dit néanmoins que la logique du synallagmatisme puisse être poussée jusqu'au bout

dans le cas du PARE. En effet, si la cause, pour l'ASSEDIC, de l'obligation de verser les allocations de chômage réside dans le respect, par le demandeur d'emploi, des engagements par lui contractés dans le PARE (et le PAP), on devrait alors reconnaître au profit de l'ASSEDIC le droit de suspendre le versement en cas d'inexécution de ses engagements par le demandeur d'emploi. Or il se trouve qu'une telle possibilité avait été prévue par le règlement annexé à la convention du 1^{er} janvier 2001 (article 20 §2 du règlement) (56), mais qu'elle a été annulée par le TGI de Paris dans sa décision du 2 juillet 2002. Rappelons ici l'analyse du TGI de Paris qui considère qu'une telle stipulation, dans la mesure où elle prive, ne serait-ce que provisoirement, l'allocataire de son revenu de remplacement, est de nature à remettre en cause les droits que ce dernier tient de la loi. Le juge a bien vu dans cette mesure une véritable sanction, et non, comme le prétendaient les défendeurs, une simple mesure de gestion, et il a rappelé qu'en vertu de la législation en vigueur, le pouvoir de sanction des chômeurs indemnisés est placé entre les mains du préfet.

2) La décision du TGI de Paris : une position implicitement contractualiste ?

Le TGI de Paris, pour sa part, semble bien avoir "esquivé" la question de la qualification du PARE. Il considère cependant qu'il s'agit d'un acte valant notification de "droits ouverts" ne pouvant être mis en cause "sans prévoir pour les intéressés un droit d'option". Cette position n'est pas très claire. Le juge ne dit pas expressément ni véritablement que l'ASSEDIC, appliquant les nouvelles règles d'indemnisation, a opéré envers les chômeurs indemnisés par acte unilatéral incompatible avec la nature contractuelle du PARE. En réalité, le juge s'en prend directement aux dispositions négociées par les partenaires sociaux et agréées par le ministre, spécialement les articles 5 du protocole du 20 décembre 2002 et 10 de la convention du 1^{er} janvier 2004. Pour le TGI de Paris, les partenaires sociaux signataires auraient dû – comme ils l'avaient fait lors de la conclusion de la convention d'assurance chômage du 1^{er} janvier 2001 – donner une option aux chômeurs en cours d'indemnisation et susceptibles d'être affectés par les nouvelles règles (57). En l'occurrence, pour le juge, les chômeurs indemnisés auraient dû se voir proposer de choisir entre le maintien de leurs droits tels qu'ils résultaient de la convention du 1^{er} janvier 2001 et l'application des règles d'indemnisation résultant de la nouvelle convention. On peut s'interroger sur le fondement de ce droit d'option, et c'est là une faiblesse du jugement.

Le juge se réfère par ailleurs aux informations délivrées individuellement par l'ASSEDIC aux chômeurs indemnisés, les avisant des nouvelles mesures concernant leur indemnisation. Il

(53) Le juge étant saisi de la question du consentement, de l'existence et de la licéité de la cause par l'ASSEDIC ne s'est pas prononcé sur ces éléments du point de vue du demandeur d'emploi signataire du PARE.

(54) Sans toutefois prendre le soin de préciser s'il s'agit seulement des engagements du demandeur d'emploi ou si le retour à l'emploi constitue aussi un engagement de l'ASSEDIC et de l'ANPE (via le PAP). Quitte à suivre la thèse contractualiste, on aimerait savoir que l'engagement de l'ASSEDIC ne se limite pas au versement de l'indemnité, sauf à considérer que l'octroi d'une allocation de chômage d'un niveau suffisant contribue à une réinsertion efficace sur le marché du travail.

(55) Cf. A. Caille, "De l'idée de contrat. Le contrat comme don à l'envers (et réciproquement)", précit. p. 39. L'auteur insiste sur le

fait que dans cette conception, il n'est de véritables contrats que signés par des individus.

(56) Cette disposition prévoyait une possibilité de suspension par l'ASSEDIC du versement des allocations lorsque l'allocataire ne se présentait pas à un entretien ou ne renvoyait pas des pièces justificatives de ses démarches de recherche d'emploi et de réinsertion.

(57) La convention du 1^{er} janvier 2001 avait rendu le PARE et le PAP optionnels pour les personnes inscrites comme demandeur d'emploi entre le 1^{er} janvier et le 30 juin 2001. Les personnes ne souhaitant pas bénéficier du nouveau régime de l'allocation de retour à l'emploi (ARE) continuaient de relever de l'allocation unique dégressive (AUD) du régime antérieur.

semble que, dans les faits, ces informations indiquant que la durée et le montant brut de l'indemnisation demeureraient inchangés jusqu'au 31 décembre 2003 n'aient point été exemptes d'ambiguïtés et qu'elles aient pu laisser les intéressés à croire qu'il ne serait pas touché à leurs "droits acquis". Le jugement ne relève cependant pas l'existence d'un quelconque défaut dans l'information et ne s'engage pas dans la voie consistant à analyser cette question sous l'angle de l'obligation de bonne foi dans l'exécution du contrat. La décision du TGI de Paris ne repose donc pas formellement sur l'idée de non-respect, par l'ASSEDIC, du contrat passé avec les demandeurs d'emploi, mais plutôt sur le fait que, faute de s'être vu proposer un droit d'option, les intéressés étaient fondés à exiger le maintien des droits au versement de l'allocation de retour à l'emploi "conformes à la notification qui leur a été faite à chacun par l'ASSEDIC dans le cadre du PARE".

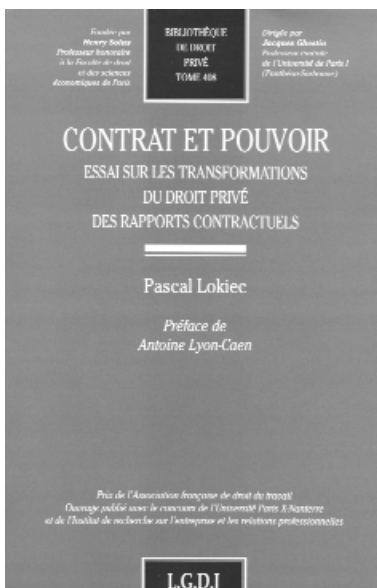
A la différence du juge marseillais, le juge parisien n'a pas répondu à l'invitation qui lui était faite de se prononcer *a priori* sur la nature contractuelle du PARE. Celui-ci apparaît cependant, de fait, comme un acte par lequel les individus prennent connaissance de l'application qui est faite, pour chacun d'entre eux, du statut collectif (les règles d'indemnisation) institué par la convention d'assurance chômage. Faut-il dès lors considérer cette situation, parce qu'elle crée une attente légitime, ce que les anglo-saxons nomment précisément *reliance* (58), comme d'essence contractuelle ? La démarche serait ici plus inductive

que déductive et là encore, dénoterait d'une influence de la *common law* sur notre droit.

Au final, on se demandera en quoi la contractualisation est ou était *nécessaire* à l'évolution du droit de l'indemnisation des chômeurs. Si on dépasse le cadre du contentieux qui réduit singulièrement le champ de vision – la nécessité étant perçue du seul point de vue des protections qu'offre le droit contractuel en cas de vicissitudes – il faut sans doute développer une réflexion sur ce que peut être la norme de justice dans cette affaire. En d'autres termes, à quelles conditions un contrat tel que le PARE peut-il être considéré comme juste et équitable ? Si on y cherche, comme l'y incite la voie classique, un échange d'équivalents, on risque de buter toujours sur le problème de l'assymétrie des positions respectives de l'institution gestionnaire et du demandeur d'emploi. Se posera aussi la question de la liberté de contracter, dans un dispositif conçu comme obligatoire. Au fond, le contrat n'est viable que si on présuppose l'existence d'un intérêt commun, en l'occurrence, le retour à l'emploi. La difficulté réside sans doute dans ce présupposé. Trop d'ambiguïtés ont marqué la naissance du PARE (logique gestionnaire/logique juridique) pour en garantir la viabilité à long terme. Les partenaires sociaux et l'Etat devront faire un effort de clarification si cette logique de contractualisation devait s'imposer en droit social.

Philippe Martin

(58) Sur la notion de *reliance* qui vise la foi placée en la promesse du contractant, v. H. Muir Watt, *Prospectives du droit économique. Dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 57.



Contrat et pouvoir,
de Pascal LOKIEC,
Maître de conférences
à l'Université de Paris-X
préface de Antoine LYON-CAEN
Prix : 38 euros

Le droit privé des rapports contractuels s'est construit en 1804 sur une fiction, celle de deux contractants libres et égaux. Cette fiction n'a depuis cessé d'être mise en cause, en raison de l'introduction d'un élément antinomique à la logique de contrat : le pouvoir. Faculté d'imposer sa volonté à autrui, le pouvoir entre en effet en tension avec le contrat, qui s'analyse en un accord de volonté. La reconnaissance du pouvoir dans les rapports contractuels ne pouvait, dès lors, que perturber le droit privé des rapports contractuels et paraît expliquer une partie de ses transformations, de la découverte des obligations contractuelles implicites aux évolutions de l'abus de droit en passant par l'essor de la bonne foi ou l'émergence de l'idée de proportionnalité.

Les tensions entre le contrat et le pouvoir s'expriment traditionnellement au sein même du droit des contrats, ce dernier subissant les assauts d'une logique de pouvoir qui lui est étrangère. Celle-ci est généralement traduite à travers un objectif de "protection de la partie faible". Une tout autre perspective émerge aujourd'hui, qui a le mérite d'écartier les prétentions du droit des contrats à protéger la partie faible. Elle vise à saisir le pouvoir au moyen d'un régime qui lui est propre, auquel peuvent être rattachés des mécanismes tels que la proportionnalité, le détournement de pouvoir ou la motivation. S'affirme ainsi un droit du pouvoir strictement irréductible au droit du contrat.

Le régime juridique du pouvoir, qui traverse aujourd'hui tout un pan du droit privé, mérite toute l'attention, non seulement parce qu'il offre un contrôle plus efficace du pouvoir que celui qui résulte des mécanismes contractuels, mais encore parce qu'il permet de décharger le droit des contrats d'une fonction qui n'est pas la sienne...