

Le délitement de la logique salariale de l'assurance chômage

Analyse des conditions d'indemnisation des chômeurs issues du décret n° 2019-797 du 26 juillet 2019

Par Laure CAMAJI, Maîtresse de conférences à l'Université Paris-Saclay

PLAN

I. Le nouveau règlement d'assurance chômage, troisième volet de la transformation du champ juridique du non-emploi

- A. Les institutions du salariat mises à distance du régime d'assurance chômage
- B. Le statut des demandeurs d'emploi structuré par un contrôle-sanction des chômeurs

II. L'indemnisation des travailleurs privés d'emploi issue du nouveau règlement d'assurance chômage

- A. Les nouvelles conditions d'indemnisation dans le régime d'assurance chômage
- B. Les différenciations du droit à un revenu de remplacement instaurées par le nouveau RAC

« Une réforme résolument tournée contre le chômage et pour la précarité ».

La philosophie de la nouvelle assurance chômage tient tout entière dans ce lapsus de la ministre du travail (1). La formule révèle exactement la substitution qui est à l'œuvre : dans un contexte politique où l'action publique en matière d'emploi est scrutée et évaluée au regard du seul chiffre du chômage, n'est-il pas urgent que les chômeurs disparaissent enfin de l'espace public (2) pour laisser place à des agents économiques, agissant (comme ils le peuvent) sur un marché (dérégulé) du travail ?

Le gouvernement avait fixé le cap au mois de septembre 2018. Le document de cadrage, remis aux interlocuteurs sociaux en amont de la phase de négociation de la convention d'assurance chômage, assignait la tâche de réaliser entre 3 et 3,9 milliards d'économies sur trois ans (3). Finalement, l'objectif aura été dépassé puisque l'économie sur les dépenses d'indemnisation est estimée à 5,94 milliards d'euros sur trois ans par l'Unédic (hors dépenses liées aux nouveaux droits créés au profit des démissionnaires et des indépendants). Le levier de la hausse des cotisations sociales n'ayant pas été actionné (4), le poids de cette exigence budgétaire pèse entièrement sur les allocataires. L'institution gestionnaire du régime d'assurance chômage a chiffré en détail (5) l'impact des décrets du 26 juillet 2019 (6) qui ont été adoptés après l'échec des négociations. Elle confirme les premières estimations (7) : lors de la première année d'application, les droits à allocation seront affectés négativement pour la moitié des 2,6 millions de personnes susceptibles d'être indemnisées par Pôle emploi (8). Tous les observateurs

(1) Muriel Pénicaud, « Présentation de la réforme de l'assurance-chômage », Hôtel de Matignon, 18 juin 2019.

(2) L'expression fait écho à un ouvrage rassemblant des textes de chômeurs, syndicalistes, agents du service public de l'emploi et universitaires (J.-J. Reboux (dir.), *Chômeurs, qu'attendez-vous pour disparaître ?* éd. Après la Lune, 2007). Sur les évolutions depuis 1980 de la définition et de la mesure de la catégorie du chômage, cet « obscur objet statistique », voir not. Anne Eydoux, « Chômage et politiques de l'emploi : le travail d'une catégorie par les politiques publiques », in Maryse Badel (dir.), *Non-emploi et protection sociale*, Comité d'histoire de la sécurité sociale, 2018, p.31.

(3) Le Monde avec AFP, « Assurance-chômage : le gouvernement veut plus de 3 milliards d'économies sur trois ans », 21 septembre 2018.

(4) Depuis quinze ans, un veto patronal interdit toute augmentation du taux général de cotisation à l'assurance chômage. Des auteurs ont montré dans un récent article que les organisations syndicales, s'appuyant sur l'idée que la discontinuité de l'emploi engendrerait des dépenses d'indemnisation illégitimes, se sont reportées sur des revendications de modulation des taux en fonction du recours à l'emploi précaire (Jean-Pierre Higelé, Claire Vivès, « Moduler les cotisations d'assurance chômage ? Les revendications syndicales face à l'emploi discontinu », *Socio-économie du travail*, vol. 3, n°1, 2018, p.69).

(5) Unédic, *Impact de la réforme de l'Assurance chômage 2019*, sept. 2019.

(6) D. n° 2019-797, 26 juill. 2019, relatif au régime d'assurance chômage : JO 28 juill. 2019, légèrement modifié par le décret du 30 octobre 2019 (D. n° 2019-1106, 30 oct. 2019 : JO 31 oct. 2019). Un deuxième décret vise à prendre en compte les évolutions du nouveau RAC et comporte, en outre, des mesures d'application des nouvelles dispositions de la loi *Avenir professionnel*, D. n° 2019-796, 26 juill. 2019, relatif aux nouveaux droits à indemnisation, à diverses mesures relatives aux travailleurs privés d'emploi et à l'expérimentation d'un journal de la recherche d'emploi : JO 28 juill. 2019. Deux autres textes viennent s'ajouter : D. n° 2019-976, 20 sept. 2019, relatif à l'allocation des travailleurs indépendants : JO 22 sept. 2019 ; arrêté du 23 octobre 2019 relatif au contenu de la demande d'attestation du caractère réel et sérieux des projets professionnels des salariés démissionnaires : JO 29 oct. 2019. La circulaire n° 2019-12 de la direction des affaires juridiques de l'Unédic du 1^{er} novembre 2019 complète ce dispositif réglementaire en fournissant 15 fiches techniques relatives aux nouvelles règles d'indemnisation.

(7) Mathilde Goanec, Dan Israël, « La réforme de l'assurance-chômage pénalisera un chômeur indemnisé sur deux », *Médiapart*, 4 juillet 2019.

(8) Le gouvernement conteste cette estimation, Alain Ruello, « Assurance-chômage : syndicats et gouvernement s'opposent sur l'impact de la réforme », *Les Echos*, 20 sept. 2019.

l'ont souligné (9), la compression des dépenses n'affecte pas les allocataires de manière uniforme. Les travailleurs les plus précaires sont les plus touchés. En effet, les personnes impactées ont le profil de celles qui sont déjà pénalisées par la flexibilisation du marché du travail (10) : elles sont en moyenne plus jeunes, plus faiblement rémunérées et avec des droits plus courts (11).

Cette dernière séquence réglementaire s'inscrit dans un mouvement rapide et radical de transformation du traitement juridique du chômage. Il paraît nécessaire de situer les nouveaux textes dans cette évolution avant de proposer une grille de lecture des aspects liés à l'indemnisation des chômeurs. Mentionnons que l'entrée en vigueur

d'une partie des mesures, relatives au calcul des allocations d'assurance, devait intervenir au 1^{er} avril 2020. Le report au 1^{er} septembre 2020 a toutefois été décidé par le gouvernement, en raison de la situation sanitaire exceptionnelle que connaît le pays (12). Des mesures temporaires, en réponse à l'urgence, ont aussi été adoptées (13). Cependant, il est désormais évident que la volonté de l'exécutif est de maintenir, « *quoi qu'il en coûte* », la refonte des règles d'indemnisation (14) – le gouvernement tire à sa manière « *toutes les conséquences* » du désastre néo-libéral. Le règlement d'assurance chômage issu du décret n°2019-797 du 26 juillet 2019 constitue donc bien le nouveau cadre de l'indemnisation des privés d'emploi.

I. Le nouveau règlement d'assurance chômage, troisième volet de la transformation du champ juridique du non-emploi

En deux petites années seulement, au fil des « réformes » (15) qui se sont succédé à un rythme effréné, un « *processus plus profond et plus important* » que de simples changements de paramètres s'est mis en place : c'est bien « *un changement de modèle* » qui a été orchestré dans le champ juridique du non-emploi, comme le note Christophe Willmann (16). Au niveau organisationnel, le régime d'assurance chômage prend ses distances avec deux institutions essentielles du salariat : la cotisation sociale et la participation des travailleurs par l'intermédiaire de leurs délégués, notamment syndicaux. Cette trajectoire trouve un écho au niveau individuel dans le statut des demandeurs d'emploi. Le contrôle des chômeurs a

bel et bien changé de sens : à l'origine garant du statut protecteur des privés d'emploi, il encastre aujourd'hui la prise en charge du risque chômage dans une relation « d'obligations réciproques ». La qualité des droits institués par la couverture assurantielle s'en trouve par là-même dégradée.

A. Les institutions du salariat mises à distance du régime d'assurance chômage

Les mesures financières relatives à l'assurance chômage sont passées relativement inaperçues (17). Pourtant, elles marquent indéniablement une rupture. La LFSS pour 2018 a supprimé la part salariale

(9) Voir par ex. Grégoire Normand, « Assurance-chômage : un impact «massif» pour la moitié des chômeurs indemnisés », *La Tribune*, 25 sept. 2019 ; Dan Israël, « Réforme du chômage : l'Unédic chiffre les dégâts, les syndicats attaquent », *Médiapart*, 22 oct. 2019 ; Dominique Méda, « Assurance-chômage, une réforme très punitive », *Le Monde*, 25 nov. 2019, p.31.

(10) Luc De Montvalon, « Réforme de l'assurance chômage : peut-on concilier flexisécurité et maîtrise des dépenses ? », *Semaine sociale Lamy*, n°1874, 2019, p.10 ; Anne Eydoux, « Réforme de l'assurance chômage : l'insécurisation des demandeurs d'emploi », *Note des économistes atterrés*, 2019.

(11) Unédic, *Impact...*, document précité. Pour une réaction d'agents du Pôle emploi, voir Nolwenn Weiler, « « Je n'ai jamais vu ça, un durcissement aussi violent » : des agents de Pôle emploi « horrifiés » par la réforme », *Basta !*, 31 oct. 2019, www.bastamag.net.

(12) D. n°2020-361, 27 mars 2020, portant modification du décret n°2019-797 du 26 juillet 2019 modifié relatif au régime d'assurance chômage. Par conséquent, les règles issues de la convention d'Assurance chômage de 2017 relatives au calcul du SJR et à la durée de service de l'ARE restent en application jusqu'à cette date.

(13) D. n°2020-425, 14 avril 2020, portant mesures d'urgence en matière de revenus de remplacement mentionnés à l'article L.5421-2 du code du travail : prolongation temporaire

des prestations, allongement de la période de référence utilisée pour le calcul de la durée d'affiliation et du délai de forclusion pour faire valoir ses droits, neutralisation des jours non travaillés au cours de la période de crise sanitaire, suspension de la dégressivité des prestations, introduction à titre temporaire deux nouveaux cas de démissions légitimes ouvrant droit à prestations.

(14) Amandine Cailhol, « Assurance chômage : règles assouplies, mais réforme confirmée », *Libération*, 15 avril 2020. La mise en œuvre des nouvelles règles est d'ailleurs déjà amorcée à Pôle emploi depuis le début de l'année (Cécile Hautefeuille, « Réforme de l'assurance chômage : des éléments de langage en attendant le carnage », *Médiapart*, 16 mars 2020).

(15) Il s'agit plutôt de « contre-réformes » portant atteinte aux droits sociaux, comme le défend Robert Charvin (« Les contre-réformes de la protection sociale : le droit social, les juristes au pays des merveilles », *Droit ouvrier*, 2008 p.15).

(16) Christophe Willmann, « Assurance chômage : vers une nouvelle organisation juridique et financière », *JCP S* 2018, 1312 ; du même auteur, « Assurance chômage : un nouveau modèle ? », *Dr. Soc.* 2018.580 et « Réformer l'assurance chômage », *Dr. Soc.* 2018.620.

(17) Voir toutefois Christophe Willmann, « LFSS 2018 : une fiscalisation des ressources de la sécurité sociale « en marche » », *Lexbase hebdo*, éd. sociale n° 725, 4 janv. 2018.

de la cotisation sociale à l'assurance chômage pour la remplacer par des points de CSG (LFSS pour 2018 du 30 décembre 2017). Seule demeure la part patronale de la cotisation sociale. Un deuxième basculement vers l'impôt s'opère, plus discrètement, avec l'élargissement du champ de l'exonération de cotisations sociales sur les bas salaires aux cotisations patronales d'assurance chômage (LFSS pour 2019 du 22 décembre 2018). Les recettes du régime sont désormais en très large partie fiscalisées. Le mécanisme de la cotisation sociale en sort grandement affaibli. Sur le plan symbolique, la substitution d'un financement fiscal à un financement social semble définitivement accréditer la thèse de la cotisation comme d'une « taxe sur le travail ». Ce glissement conceptuel de la cotisation – d'un salaire socialisé à une « contribution » tirée d'un « revenu » pour alimenter une « solidarité » ou un « salaire différé » ainsi que l'analyse Bernard Friot (18) – peut être annonciateur d'une autre bascule vers la taxation du capital, car à la limite, « une taxation du capital à la place de la hausse du taux de cotisation sociale aurait le même résultat ». Le transfert vers l'impôt entraîne une transformation profonde de la logique de protection sociale de l'assurance chômage. La cotisation sociale est en effet un rouage essentiel de l'assurance sociale, en ce qu'elle distingue nettement ce mode de protection sociale de l'assurance marchande et de l'assistance sociale. Dans l'assurance sociale, « les cotisations sociales ne sont pas liées au risque », contrairement à la logique actuarielle de l'assurance marchande. À l'opposé de la tarification par classes de risques pratiquée par les assureurs privés, la finalité de l'assurance sociale est « d'opérer une redistribution horizontale des revenus entre des catégories de population à risques différents, et donc de protéger des groupes qui autrement seraient exclus de toute couverture ». La cotisation sociale trace aussi la frontière avec l'assistance sociale dans le sens où

« [l'assurance sociale] est fondatrice d'un « droit » parce qu'elle intègre une formule « contribution-rétribution » qui fait défaut à l'assistance » (19). On comprend dès lors pourquoi la substitution de l'impôt à la cotisation sociale fait craindre un risque de « forfaitisation généralisée de l'assurance chômage » (20) : que reste-t-il en effet, dans ce régime, de ce qui fait la spécificité des assurances sociales comme technique ou comme logique de protection sociale ? (21) La suppression de cet outil entraîne la dégradation de la qualité des droits institués par la couverture assurantielle, principalement parce qu'elle leur ôte le fondement de leur légitimité. Il est certain aussi qu'au niveau institutionnel, ce transfert vers l'impôt fragilise encore davantage le rôle des organisations syndicales de salariés dans la gestion du régime.

La portée de la troisième mesure financière est plus limitée. Esquissée par l'ANI du 22 février 2018 relatif à la réforme de l'assurance chômage (22), une modulation de la cotisation patronale en fonction du taux de recours aux contrats courts a été introduite dans son principe par la loi *Avenir professionnel* du 5 septembre 2018 (C. trav., art. L.5422-12), puis précisée par un des décrets du 26 juillet dernier. Elle s'appliquera à compter du 1^{er} mars 2021 (23). Du fait de son caractère modeste, cet instrument incitatif n'est pas de nature à modifier grandement les recettes du régime (24). Il ne semble pas non plus impliquer un bouleversement de la mutualisation du risque parmi les entreprises (25), ni devoir infléchir de manière significative les pratiques en matière d'embauche et de rupture des contrats de travail. (26)

Sur le plan institutionnel, l'État s'est imposé comme un acteur essentiel du pilotage du régime d'assurance chômage (27). L'édiction des règles par voie de décrets, après la faillite des négociations interprofessionnelles de renouvellement de la convention

(18) Bernard Friot, « La cotisation sociale et sa réforme », *L'enjeu du salaire*, chap. 5, La Dispute, 2012.

(19) Les citations des lignes précédentes sont issues de : Sylvie Morel, « De l'assurance chômage à l'assistance chômage : la dégradation des statuts », *Revue de l'IRES*, n° 30, 1999, p.1.

(20) Rémi Pellet, « Les réformes du financement de l'assurance maladie et de la fiscalité : une conception doublement critiquable de la solidarité », *JDSAM*, n° 20, juil. 2018, p.84.

(21) Rémi Pellet, article précité ; Benjamin Ferras, « Les évolutions du financement de la protection sociale française : réforme ou contre-réforme, évolution ou révolution ? », *RDSS* 2019.897.

(22) Thomas Montpellier, « Accord relatif à la réforme de l'assurance chômage : une évolution à la marge. ANI 22 févr. 2018 », *JCP S* 2018, act. 64.

(23) Une taxe de 10 euros pour chaque CDDU conclu (hors intermittents, contrats d'insertion par l'activité économique IAE et dockers occasionnels) a aussi été créée. Elle est recouvrée par l'URSSAF/CCMSA/PE et affectée à l'Unedic, depuis le 1^{er} janvier 2020 (Loi de finances pour 2020).

(24) Jean-Pierre Higelé, Claire Vivés, « Moduler les cotisations d'assurance chômage ? Les revendications syndicales face à l'emploi discontinu », article précité.

(25) Sur l'interprétation de l'assurance chômage comme une assurance patronale, dans le sens où elle opère une mutualisation des conséquences de la rupture du contrat de travail, voir Alain Bouilloux, « Assurance ou couverture universelle ? Retour sur les mots du chômage », *Dr. Soc.* 2018.583.

(26) Ainsi que le montre Christine Erhel (« Les CDD en France : un changement de composition et d'usage depuis les années 2000 ? », *Droit ouvrier*, dans ce numéro de mai 2020), la progression des contrats courts semble répondre avant tout à une logique de baisse du coût du travail, plutôt qu'à une logique d'optimisation productive. Dans ce contexte, « il n'est pas certain que les tentatives pour réduire l'usage des contrats très courts par le biais de la seule réforme de l'assurance-chômage (telle que prévue en 2019) aient des effets notables sur les pratiques des entreprises ».

(27) Frédéric Guimard, « Le rôle des partenaires sociaux en question. Quelques enseignements de la loi pour la liberté de choisir son avenir professionnel », *RDT* 2018.589.

d'assurance chômage, en est, en apparence, la manifestation la plus évidente (28), mais elle est à relativiser dans la mesure où cette intervention était commandée par la loi afin d'assurer la pérennité de la couverture sociale (C. trav., art. L.5422-20) (29). Elle n'écarte pas la délégation du pouvoir réglementaire dont disposent les interlocuteurs sociaux et dont ils pourront user à l'avenir pour définir à nouveau les paramètres du régime ; le gouvernement n'a fait que « reprendre la main ». L'accroissement du rôle de l'État est pourtant incontestable, car si le pouvoir de gestion du régime reste confié aux organisations syndicales et patronales en tant qu'administratrices de l'Unédic, l'État intervient désormais explicitement dans le pilotage. En effet, le mécanisme de cadrage des discussions conventionnelles, issu de la loi *Avenir professionnel* (C. trav., art. L. 5422-20-1) (30), institue une nouvelle forme de négociation des règles de l'assurance chômage, que l'on pourrait qualifier avec Olivier Mériaux de « négociation sous tutelle de l'État » (31). La position de l'État s'en trouve renforcée à plusieurs titres. Au niveau procédural, la compatibilité de l'accord conclu avec le document de cadrage est un nouveau point de contrôle du ministre du travail au cours de la procédure d'agrément (32). Cette nouveauté est importante, particulièrement sur le plan juridique. Néanmoins, est-elle absolument centrale ? Dans les faits, la négociation de la convention d'assurance chômage n'a jamais exprimé une pleine autonomie des partenaires sociaux ; « sa régulation relève d'un tripartisme asymétrique complexe », cette situation est même « une de ses caractéristiques permanentes depuis 1958 » (33). L'État intervenait donc déjà, de manière officieuse, dans la négociation. En réalité, le renforcement de la position de l'État se

manifeste dans l'intensité et dans l'objet du nouveau cadrage. Les marges de négociation des interlocuteurs sociaux sont désormais bien réduites, car la lettre de cadrage fixe une « trajectoire financière », ainsi que des objectifs d'évolution des règles de l'assurance chômage, auxquels les négociateurs sont priés de se conformer. Autrement dit, c'est en matière de gouvernance financière que l'État a renforcé sa position d'autorité. La transformation est bien plus profonde qu'il n'y paraît. Au-delà d'un réaménagement des compétences normatives entre l'État et les interlocuteurs sociaux, elle confirme le changement des représentations et des fonctions assignées à la protection sociale, que de nombreux instruments normatifs ont progressivement imposé dans le débat public au cours des vingt dernières années (au rang desquels il faut citer la loi de financement de la sécurité sociale, l'ONDAM et les conventions d'objectifs et de gestion). La détermination des modes de protection contre les risques sociaux semble bien à présent assujettie, dans le droit, à un calcul économique qui ne fait pas l'objet de négociations sociales (34). Le mouvement est commun à toute la protection sociale, mais il est encore plus troublant dans un régime tel que l'assurance chômage qui est historiquement gouverné par les interlocuteurs sociaux. Fondamentalement, il interroge le sens du paritarisme : ainsi, avec Isabelle Vacarie, l'on peut se demander s'il peut encore constituer « un mode de détermination de l'intérêt collectif susceptible de contrebalancer la progression du calcul économique » (35).

Le bouleversement institutionnel affecte enfin la distribution des pouvoirs au sein du service public de l'emploi. Celle-ci a été franchement remaniée dans le

(28) Sur la chronologie et les points d'achoppement des négociations, Sabine Izard, « Le gouvernement reprend la main sur l'assurance chômage », *Semaine sociale Lamy*, n° 1851, 2019, p.2.

(29) La convention d'assurance chômage du 14 avril 2017 et ses textes associés, dont la période de validité s'étendait jusqu'au 30 septembre 2020, ont été abrogés en conséquence.

(30) Soucieux de démontrer l'efficacité du paritarisme à la suite de la feuille de route adressée par le gouvernement le 14 décembre 2017, les interlocuteurs sociaux avaient pourtant engagé une réflexion sur la gouvernance dans l'ANI du 22 février 2018 relatif à la réforme de l'assurance chômage. L'exercice n'a manifestement pas convaincu le gouvernement. La sauvegarde du paritarisme était déjà l'enjeu de la négociation de la convention de 2017 (Laurène Joly, « La nouvelle convention sur l'assurance chômage du 14 avril 2017. La dernière de l'ère du paritarisme ? », *RDT* 2017.327).

(31) Selon Olivier Mériaux, l'échec de la négociation « montre qu'il est compliqué pour des organisations confédérales de négocier sous tutelle de l'État » (« Le paritarisme a-t-il encore un avenir ? », *Semaine sociale Lamy*, n° 1851, 2019).

(32) Ces objectifs ne sont-ils pas également opposables aux décrets ? Le Conseil d'État se prononcera sans doute sur cette question, puisqu'il a été saisi de la légalité du décret n°2019-797 par des organisations syndicales et des associations de défense des chômeurs.

(33) Jacques Freyssinet, « La réforme de l'indemnisation du chômage en France », *Revue de l'IRIS*, vol. 38, n°1, 2002. L'article relate les étapes de la négociation de la convention d'assurance chômage de 2001 ainsi que les différents positionnements des négociateurs. Il questionne « l'autonomie de régulation des « partenaires sociaux » face à l'État » dans le champ du chômage. L'accord initial avait subi un refus d'agrément en juillet 2000.

(34) La contrainte budgétaire imposée par le gouvernement à l'assurance chômage le montre bien. L'Unédic apparaît comme une « variable d'ajustement des finances publiques » (Anne Eydoux, « Réforme de l'assurance chômage : l'insécurisation des demandeurs d'emploi », note précitée). Le procédé de la lettre de cadrage visait à imposer des mesures drastiques d'économies à l'Unédic, sans que cela soit commandé par une situation financière périlleuse du régime, le soldé étant en passe de revenir à l'équilibre (Hadrien Clouet, « Assurance-chômage, les discrètes manœuvres financières derrière la réforme », *The Conversation*, 23 juin 2019, <https://theconversation.com/assurance-chomage-les-discretes-manoeuvres-financieres-derriere-la-reforme-119239>). Les objectifs fixés par le gouvernement étaient insoutenables, de l'avis de tous les commentateurs, et devaient mener à l'échec des négociations paritaires (voir Anne Eydoux, note précitée).

(35) Isabelle Vacarie, « Le sens du paritarisme en matière d'assurance chômage », *Semaine Sociale Lamy*, n° 1813, 2018.

sens d'une plus forte concentration des pouvoirs dans les mains de Pôle emploi, par la loi *Avenir professionnel* et le décret d'application du 28 décembre 2018 (36). L'institution s'est vue attribuer les compétences, anciennement dévolues au préfet, de supprimer le revenu de remplacement et de prononcer une pénalité financière en cas de fausses déclarations. Ajoutées à la radiation, elles composent une palette de sanctions dont l'usage est désormais confié aux seuls agents de direction de Pôle emploi. En parallèle, plusieurs textes ont contribué à placer l'exercice de ces facultés loin des regards extérieurs, notamment des instances juridictionnelles. Ainsi, le dessaisissement du préfet a entraîné avec lui la disparition de la procédure collégiale qui était applicable. De même, la généralisation du recours préalable obligatoire devant les organes de Pôle emploi, l'instauration à titre expérimental d'une médiation obligatoire (37), la réaffirmation du caractère non suspensif de ces procédures ainsi que l'extension du pouvoir de contrainte, se sont conjuguées pour éloigner l'intervention du juge (38).

Le deuxième axe des évolutions récentes concerne le statut individuel des demandeurs d'emploi.

B. Le statut des demandeurs d'emploi structuré par un contrôle-sanction des chômeurs

La recherche d'emploi constitue certainement le « point d'ancrage le plus solide de l'identité juridique du chômeur » (39). Dès la fin du XIX^{ème} siècle, l'obligation pour les chômeurs de rechercher un emploi et le contrôle de l'effectivité de ces recherches ont accompagné la création des systèmes d'indemnisation du chômage dans la plupart des pays (40). Si le statut juridique attaché à la qualité de demandeur d'emploi est bien fondé sur l'obligation de recherche d'emploi, son orientation a manifestement changé. Les stratégies dites « d'activation des demandeurs d'emploi » qui se sont déployées dans l'espace européen ces trente dernières années ont infléchi le sens du contrôle des chômeurs. « Le contrôle ne signifie

rien en tant que tel », précise Didier Demazière. « Il y a deux façons de l'envisager, relativement incompatibles entre elles. Il y a d'abord le contrôle-sanction, qui vise à mesurer l'écart entre les pratiques des personnes en recherche d'emploi et les exigences considérées comme légitimes vis-à-vis d'elles. Quand la recherche est jugée insuffisante, quand les demandeurs d'emploi sont jugés trop difficiles, trop exigeants, trop rigides, alors ils sont sanctionnés. L'autre définition, c'est le contrôle-accompagnement. Il vise à repérer les difficultés éprouvées dans la recherche d'emploi et à aider les personnes à surmonter ces difficultés. Ce contrôle-accompagnement est vertueux : depuis les années 1960, toutes les études montrent que quand la durée du chômage augmente, il est de plus en plus difficile de rester actif dans la recherche d'emploi. Si on laisse ce processus s'approfondir sans réagir, les demandeurs d'emploi se marginalisent progressivement dans le marché du travail. Dans ce cas-là, contrôler, c'est repérer ces processus de désengagement afin de les corriger, en renforçant le conseil et la formation. Mais sans menace de sanction. » (41).

C'est bien un contrôle-sanction qui est à l'œuvre aujourd'hui. Alors que la vérification des situations et des comportements individuels s'était « d'abord inscrite, à partir de la fin du XIX^{ème} siècle, dans une logique d'accès à un statut protecteur, en matière d'indemnisation, de placement et d'aide à la recherche d'emploi », « elle est orientée vers la sortie du statut, dans un mélange de contrôle et de non-recours » dans la période contemporaine (42). La convergence est notable avec les pays européens, où la mise en œuvre de politiques de contrôle et de sanctions est devenue la norme (43). Aujourd'hui, une simple évaluation quantitative des textes du droit français donne l'impression d'un déséquilibre structurel. Le luxe de précisions légales et réglementaires dédiées aux obligations contraste avec le traitement normatif réservé aux droits des demandeurs d'emploi, autres que liés à l'indemnisation, dont la description est en grande partie renvoyée à des normes édictées par les

(36) D. n° 2018-1335, 28 déc. 2018, relatif aux droits et aux obligations des demandeurs d'emploi et au transfert du suivi de la recherche d'emploi : JO 30 déc. 2018.

(37) D. n° 2018-101, 16 fév. 2018 (art. 2), modifié par D. n° 2018-1335, 28 déc. 2018 (art. 9) : médiation préalable obligatoire, sous peine d'irrecevabilité de l'action en justice, concernant les décisions de radiation et de suppression du revenu de remplacement prises par le directeur régional de Pôle emploi sur recours préalable. L'expérimentation est limitée à certains départements, jusqu'au 18 nov. 2020.

(38) Florent Hennequin, Émilie Vidéoq, « Droits des chômeurs : sur la nécessité de ramener Pôle Emploi dans la sphère du contrôle du juge », *RDT* 2014.640. La simplification du paysage des juridictions sociales opérée par la loi de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle n'a pas englobé les litiges du chômage. La juridiction compétente demeure encore aujourd'hui délicate à

identifier. Voir notre synthèse antérieure à la loi du 18 novembre 2016 et les références citées, « Quel accès à la justice pour les usagers du service public de l'emploi ? », *Droit ouvrier* 2014.713.

(39) Didier Demazière, « Les droits des chômeurs : des mesures déstabilisatrices », in ODENORE, *L'envers de la « fraude sociale ». Le scandale du non-recours aux droits sociaux*, chap.7, La Découverte, 2012.

(40) Gwenn Parent, « Le contrôle de la recherche d'emploi et les sanctions », *Travail et emploi*, vol. 139, no. 3, 2014, p.91.

(41) Dan Israël, « Il n'y a pas de raison économique d'intensifier le contrôle des chômeurs », Entretien avec Didier Demazière, *Médiapart*, 12 juin 2018.

(42) Didier Demazière, « Les droits des chômeurs : des mesures déstabilisatrices », article précité.

(43) Gwenn Parent, article précité.

institutions du service public de l'emploi (circulaires de l'Unédic, instructions de Pôle emploi, etc.) (44). Dans l'ensemble, les législations successives ont accru les obligations des demandeurs d'emploi ; elles ont renforcé les sanctions et donné à Pôle emploi des pouvoirs importants de contrôle et de police.

Dans la droite ligne des textes adoptés depuis 2008 (45), le contrôle est encore plus exigeant avec la loi *Avenir professionnel* et le décret du 28 décembre 2018 (46). Un processus d'automatisation des sanctions se dessine. En effet, l'échelle des sanctions est certes plus progressive, mais elle ne confère plus aucune marge d'appréciation à Pôle emploi puisqu'elle se présente comme un strict barème. De la même façon, la réécriture de certains manquements sonne comme une invitation adressée à Pôle emploi à s'exonérer de prendre en compte la situation concrète du demandeur d'emploi (47). La sévérité des peines encourues a également été accrue. Leur durée maximale est à première vue plus courte par rapport à l'ancien système, mais les chefs de sanction ne sont plus appréciés indépendamment les uns des autres, ce qui conduit à augmenter la fréquence de la répétition des manquements. Quant à la sanction de réduction du revenu de remplacement, elle a été abrogée au profit d'une suppression totale de l'allocation. Il est aussi fort probable que le cumul des deux sanctions, de radiation et de suppression de l'allocation, devienne systématique en raison de l'identité des cas de manquement. La compatibilité de ces mesures répressives et des mesures de concen-

tration des pouvoirs avec des principes supérieurs ne manquera pas d'être discutée en justice (48).

Par ailleurs, l'offre raisonnable d'emploi (ORE) a été redéfinie. Instituée en 2008, ses critères étaient évolutifs. Ils devenaient plus contraignants à mesure que la période de chômage s'accroissait. Notamment, le salaire plancher, en deçà duquel l'offre n'est pas considérée comme raisonnable, se réduisait avec le temps. Les privés d'emploi étaient ainsi amenés à accepter des emplois de moins en moins en rapport avec le salaire qu'ils touchaient antérieurement. La nouvelle définition a supprimé la dégressivité des éléments constitutifs de l'ORE. Désormais, celle-ci est entièrement renvoyée aux indications du projet personnalisé d'accès à l'emploi (PPAE). Quant à la référence à l'ancien salaire perçu, elle a disparu dans le même temps. À l'instar des mesures de sanction, la définition de l'ORE prête le flanc à la critique au regard des droits fondamentaux (49).

Le développement de tout cet arsenal répressif propage une certaine conception des droits des demandeurs d'emploi – que ce soient les droits à l'indemnisation ou à l'accompagnement. Le glissement est particulièrement sensible concernant le bénéfice du revenu de remplacement. La thématique de la contrepartie entre les droits et les devoirs des demandeurs d'emploi s'est en effet imposée dans le discours sur le chômage en l'espace d'une décennie (50). Par un mouvement de diffusion, la doctrine anglo-saxonne du *workfare* (*welfare to work*) a d'abord touché les institutions d'assistance pour

(44) Ces normes, peu accessibles aux assurés sociaux, composent un vaste champ d'« infra-droit » dont le droit social est familier (Geneviève Koubi, Claire Magod, « Faut-il s'intéresser au droit social caché ? », *RDT* 2016.386).

(45) Voir notre synthèse, « Le demandeur d'emploi à la recherche de ses obligations », *Dr. soc.* 2010.666.

(46) Selon Marc Richevaux, le dernier décret semble promouvoir une « logique de culpabilisation et de répression des chômeurs » (« Petit exercice de vocabulaire à propos de l'offre raisonnable d'emploi », *LPA* 11 mars 2019, n° 142f0, p.10). Pour une présentation des différentes mesures, voir Laurene Joly, Laure Camaji, « Décryptage du décret n° 2018-1335 relatif aux droits et aux obligations des demandeurs d'emploi et au transfert du suivi de la recherche d'emploi », Institut du travail de Bordeaux, *L'actualité juridique*, janvier 2019, <http://institutdutruvail.u-bordeaux.fr/> ; Loïc Malfettes, « Le nouveau barème de sanctions des demandeurs d'emploi », *RDT* 2019.185 ; Marc Richevaux, « À propos des droits et obligations des chômeurs », *LPA* 29 avr. 2019, n° 142f6, p. 7.

(47) Le « refus de répondre » aux convocations de Pôle emploi et le « refus de suivre » une action de formation disparaissent au profit de « l'absence à un rendez-vous », « l'absence » ou « l'abandon » d'une formation.

(48) Parmi les arguments pertinents, l'on peut citer : le principe de légalité des délits et des peines, le principe d'impartialité, le principe de responsabilité personnelle et de personnalité des peines, le principe de nécessité et de proportionnalité des peines, le principe d'individualisation des peines, le principe d'égalité. Le Conseil d'État est actuellement saisi de la légalité

du décret du 28 décembre 2018. Il pourrait aussi s'inspirer du raisonnement de la Cour constitutionnelle allemande qui a censuré, par une décision du 5 novembre 2019, un volet majeur des réformes nationales du marché du travail de 2005. Elle a jugé les sanctions infligées aux chômeurs de longue durée en partie incompatibles avec le respect de leur dignité et a en conséquence plafonné les baisses d'indemnisation prononcées à titre de sanction à leur encontre. Le texte permettait de supprimer 60% de l'allocation « Hartz IV » (dont le montant est très faible, 424 euros par mois) dès la deuxième entorse, voire l'intégralité pendant trois mois. Selon les magistrats, la loi fait porter « un fardeau extraordinaire » aux chômeurs de longue durée en leur dictant leur conduite. Les sanctions doivent donc être « strictement proportionnées » et ne pas mettre en péril leur existence.

(49) Voir l'analyse de Marc Richevaux : « Les services publics de l'emploi doivent aider les travailleurs à trouver un emploi convenable. Avec les mêmes raisonnements qu'en matière de barémisation des indemnités de licenciement, les juges français pourraient bien se servir de ce texte de l'OIT pour neutraliser le décret dès lors que l'offre proposée n'est pas raisonnable, ce qui sera le cas notamment si elle s'éloigne trop du salaire antérieur qui ne sert plus de référence mais des autres éléments qu'elle envisage » (« Petit exercice de vocabulaire à propos de l'offre raisonnable d'emploi », article précité).

(50) Diane Roman, « Devoir de travailler et protection sociale : d'une problématique de la dette sociale à la question des « devoirs sociaux », *RDSS* 2009.63 ; Michel Borgetto, « L'activation de la solidarité : d'hier à aujourd'hui », *Dr. Soc.* 2009.1043.

gagner le champ de l'assurance chômage (51). La nouvelle réciprocité se coule dans des instruments juridiques, tels que le projet personnalisé d'accès à l'emploi (52), qui miment une relation contractuelle. Ce nouveau cadre juridique contribue au renouvellement des cadres de pensée. En l'occurrence, la transformation du sens de l'obligation de recherche d'emploi produit certainement, par ricochet, un déplacement du fondement des droits issus de la couverture assurantielle. À l'origine conçue comme

le marqueur de la qualité de demandeur d'emploi et la porte d'accès au statut conférant des droits, l'obligation de recherche d'emploi (ainsi que toutes ses variations et ses outils de contrôle) joue désormais la fonction de contrepartie du droit à indemnisation.

De quelles manières le nouveau règlement d'assurance chômage s'inscrit-il dans ce vaste mouvement d'ensemble ?

II. L'indemnisation des travailleurs privés d'emploi issue du nouveau règlement d'assurance chômage

Adopté par le décret n°2019-797 du 26 juillet 2019 et plusieurs textes réglementaires postérieurs, le nouveau règlement d'assurance chômage (RAC) entre en vigueur en deux temps (53). Une première série de mesures relatives à l'ouverture des droits à allocation est déjà applicable depuis le 1^{er} novembre 2019. Les autres dispositions modifiant les paramètres de l'indemnisation devaient être opérantes à partir du 1^{er} avril 2020, mais la crise sanitaire inédite apparue ces dernières semaines a conduit le gouvernement à reporter leur entrée en vigueur au 1^{er} septembre prochain. Il faut noter que le Conseil d'État pourrait invalider plusieurs dispositions, car il a été saisi de la légalité du décret par la CGT, l'Union syndicale Solidaires et des associations de défense des droits des chômeurs et travailleurs précaires (54).

Les nouvelles conditions d'indemnisation seront d'abord détaillées puis analysées sous l'angle de l'égalité et de la non-discrimination.

A. Les nouvelles conditions d'indemnisation dans le régime d'assurance chômage

Deux principaux changements sont apportés par le nouveau règlement d'assurance chômage, par rapport à l'ancienne réglementation issue de la convention d'assurance chômage du 14 avril 2017. Ils concernent les conditions d'accès à l'indemnisation et le calcul de l'allocation d'aide au retour à l'emploi (ARE) (55).

1. L'ouverture du droit à l'allocation d'aide au retour à l'emploi

La condition de durée d'affiliation minimale dont doivent justifier les demandeurs d'emploi a été durcie. Depuis le 1^{er} novembre 2019, ils doivent avoir travaillé 130 jours ou 910 heures (c'est-à-dire 6 mois) sur une période de 24 mois (36 derniers mois pour les plus de 53 ans) pour ouvrir un droit à l'allocation d'aide au retour à l'emploi (RAC, art. 3§1) (56). Auparavant, la durée d'affiliation à satisfaire était de 88 jours ou 610 heures (soit 4 mois) au cours des 28 derniers mois (57).

(51) Pour un aperçu international, voir Sylvie Morel, article précité.

(52) La négociation de la convention d'assurance chômage du 1^{er} janvier 2001 relative à l'aide au retour à l'emploi (création du PARE) et les nouveaux instruments mis en place par l'Anpe à la suite (PAP) ont marqué une étape décisive (sur ces dispositifs, voir Carole Tuchsirer, « Réforme de l'assurance chômage du PAP au PAP/ND », *Revue de l'IREs*, n° 38, 2002, p.51).

(53) Le fait générateur pris en compte est la date de fin de contrat ou l'engagement de la procédure de licenciement. La durée d'application du texte s'étend jusqu'au 1^{er} novembre 2022 (D. n° 2019-797, art. 6).

(54) La QPC déposée par Force ouvrière devant le Conseil d'État n'a pas été renvoyée au Conseil constitutionnel (CE, 12 fév. 2020, n° 434931). Selon la confédération syndicale, le troisième alinéa de l'article L.5422-3 du code du travail méconnaissait le principe d'égalité, en ce qu'il autorise la dégressivité de l'allocation d'assurance en fonction de l'âge des bénéficiaires. Pour le juge administratif, l'âge des allocataires les place dans une situation différente. La différence de traitement qui en résulte est en rapport direct avec l'objet de la loi, « qui est d'assurer l'indemnisation des travailleurs involontairement privés d'emploi tout en encourageant la reprise d'une activité professionnelle ». On reviendra sur cette décision à la fin de cette étude.

(55) Voir également les présentations de Delphine Ronet-Yague, « La réforme de l'indemnisation chômage », *Gaz. Pal.*, 2019, n° 10 p. 66 ; Luc De Montvalon, « Réforme de l'assurance chômage : peut-on concilier flexisécurité et maîtrise des dépenses ? », *SSL* n° 1874, 2019, p.10 ; Marc Richevaux, « Nouvelle réglementation du chômage, nouvelle réduction de l'indemnisation des chômeurs », *LPA*, 2019, n° 239-241, p.7 ; Thibaut Lahalle, « La réforme de l'assurance chômage », *JCP S* 2019, 1333.

(56) Les demandeurs d'emploi dont la dernière fin de contrat a eu lieu avant le 1^{er} novembre 2019 restent sous le régime de la convention précédente.

(57) Le décret ne modifie pas les modalités d'appréciation de la condition minimale d'affiliation puisqu'elle s'effectue toujours sur la base des heures travaillées ou des jours travaillés au titre des périodes d'emploi comprises dans la période de référence. Pour tous les salariés dont la période d'emploi est au moins égale à une semaine civile, le nombre de jours travaillés est de 5 jours par semaine civile. Dans les cas de périodes d'emploi inférieures à une semaine civile, ce nombre est égal au nombre de jours travaillés au cours de la semaine civile, dans la limite de 5 jours travaillés (RAC, art. 3§2).

La durée minimale d'indemnisation est adaptée pour être en cohérence avec la durée d'affiliation requise (182 jours, soit 6 mois). La plupart des périodes de suspension du contrat restent prises en compte dans la période d'affiliation (RAC, art. 3§3) (58). Cette nouvelle condition d'affiliation est élargie aux situations de rechargement des droits. Sous l'empire de la convention d'assurance chômage de 2017, il fallait travailler 150 heures (1 mois) pendant la période d'indemnisation pour recharger les droits. Depuis le 1^{er} novembre 2019, 6 mois de travail (soit 130 jours ou 910 heures) sont nécessaires (59). De fait, cela revient à faire disparaître ce mécanisme.

Le droit à l'allocation d'assurance chômage reste soumis à une condition de perte involontaire d'un emploi salarié (RAC, art. 2§1). Toutefois, depuis le 1^{er} novembre 2019, à la suite de l'ANI du 22 février 2018 et de la loi *Avenir professionnel*, l'indemnisation d'assurance chômage s'est un peu élargie à d'autres publics. L'accès des salariés démissionnaires est ainsi plus ouvert. Le législateur avait privilégié un renvoi au droit commun plutôt qu'une allocation spécifique dans la loi *Avenir professionnel*, contrairement à la préférence qui avait exprimée par les négociateurs de l'ANI de 2018. La condition relative à la nature de la perte d'emploi ouvrant droit à l'ARE est donc adaptée, pour inclure le cas spécifique des salariés démissionnaires en reconversion professionnelle (RAC, art. 2§4). L'ampleur de la mesure est néanmoins très limitée. Les conditions liées à la durée d'affiliation et la nature du projet professionnel, le parcours procédural à suivre et le contrôle *a posteriori* sont particulièrement exigeants ; de plus, le projet professionnel doit correspondre à des standards de « réalité » et de « sérieux » dont l'évaluation est confiée à une commission paritaire, dite « Transitions pro », au niveau régional (60). La mesure d'ouverture aux travailleurs indépendants, particulièrement mise en avant par le gouvernement, est tout aussi modeste. Un canal spécifique d'indemnisation est créé : les travailleurs indépendants ont accès à une allocation particulière, distincte de celle des salariés, calculée et versée par Pôle emploi pour le compte de l'Unédic. Elle est financée exclusivement par l'impôt. L'allocation des travailleurs indépendants (ATI) est

forfaitaire (montant journalier de 26,30 euros, soit environ 800 euros par mois) et elle est versée pendant 182 jours (soit une période de six mois). Elle est réservée à des cas strictement délimités, définis par la loi (C. trav., art. L.5424-24) et précisés par trois décrets (n°2019-797, n°2019-796 et n°2019-976). Seuls les travailleurs indépendants dont l'entreprise a fait l'objet d'un jugement d'ouverture de liquidation judiciaire ou d'une procédure de redressement judiciaire peuvent en bénéficier. Pour la percevoir, plusieurs conditions de ressources, de durée antérieure d'activité et de revenus antérieurs d'activité, ainsi qu'une recherche effective d'emploi, sont exigées.

2. Le montant et la durée de l'indemnisation

Les modalités de l'indemnisation sont également transformées. Si la formule de calcul de l'ARE reste inchangée, les paramètres de détermination du salaire journalier de référence (SJR), à partir duquel l'allocation journalière est déterminée, sont radicalement modifiés à partir du 1^{er} septembre 2020. Jusqu'à présent, le revenu de remplacement était calculé sur la base de la « rémunération habituelle » du salarié (RAC 2017, art. 12§3). Ainsi que le relève une observatrice, ces deux mots disparaissent avec le décret du 26 juillet 2019 (61). Le changement affecte tant les rémunérations considérées pour la détermination du salaire de référence que la manière de calculer le SJR. Sous l'empire de la convention de 2017, le salaire de référence était déterminé en prenant en compte toutes les rémunérations habituelles perçues au cours des 12 mois civils (Période de Référence Calcul - PRC) précédant le dernier jour travaillé et payé. Les périodes de suspension du contrat de travail n'ayant pas donné lieu à une rémunération normale n'étaient pas intégrées (par exemple les rémunérations perçues au cours d'un arrêt maladie, d'un congé maternité ou encore d'un congé parental, RAC 2017, art. 12). Le salaire journalier de référence était obtenu en divisant le montant du salaire de référence par le nombre de jours travaillés décomptés sur cette même période de 12 mois multiplié par 1,4 (coefficient de conversion des jours travaillés en jours d'allocation). En d'autres termes, le salaire de référence était

(58) Le nouveau RAC crée cependant de nouvelles exclusions : les congés sabbatiques, les congés sans solde et assimilés d'une durée supérieure ou égale à un mois civil et les disponibilités dans les trois fonctions publiques.

(59) Par ailleurs, la disposition ancienne relative à la reprise systématique du reliquat de droit est préservée. La logique de versement d'un droit jusqu'à son épuisement est conservée.

(60) Les salariés doivent avoir travaillé 1300 jours au cours des 60 derniers mois (cinq ans en continu) avant de démissionner, avoir sollicité au préalable un conseil en évolution professionnelle, justifier d'un projet de reconversion professionnelle nécessitant le suivi d'une formation ou d'un projet de création ou de reprise

d'une entreprise dont le caractère réel et sérieux est attesté par une commission (CPIR) et s'inscrire à Pôle emploi dans les six mois suivant la validation du projet par cette commission. Au plus tard à l'issue d'une période de 6 mois suivant l'ouverture de droits, la réalité des démarches effectuées est contrôlée par Pôle emploi afin de s'assurer de la mise en œuvre du projet professionnel. Un arrêté du 23 octobre 2019, paru au Journal officiel du 29 octobre, prévoit deux formulaires de demande d'attestation du caractère réel et sérieux du projet professionnel des salariés démissionnaires.

(61) Cécile Hautefeuille, « Réforme de l'assurance chômage : des parenthèses dans une carrière qui pourront faire très mal », *Médiapart*, 5 février 2020.

apprécié uniquement au regard des jours travaillés et rémunérés normalement dans la période de référence. Le nouveau RAC construit un tout autre mode de calcul (RAC 2020, art. 11 à 13). Le salaire de référence sera apprécié au regard des jours calendaires de la période de référence d'affiliation, qu'ils aient été travaillés ou non. Élément important à relever, les rémunérations afférentes à certaines périodes resteront automatiquement neutralisées (périodes de maladie, de maternité, de paternité ou d'adoption), tandis que d'autres cas de figure seront exclus uniquement « *sur requête de l'allocataire* » (parmi lesquels on trouve le congé parental d'éducation, le mi-temps thérapeutique, les congés de fin de carrière et les périodes pendant lesquelles le salarié aidant familial a réduit son temps de travail pour s'occuper d'un proche) (62). Le salaire journalier de référence sera obtenu en divisant le salaire de référence par le nombre de jours calendaires décomptés dans la période de référence (63). Cette dernière opération est majeure. Elle entraîne un changement profond de l'allocation d'assurance chômage : elle ne correspond plus à un remplacement partiel du salaire habituel perdu, mais à la garantie d'une fraction des ressources moyennes perçues sur l'ensemble de la période de référence. Mentionnons aussi que le nouveau mode de calcul du salaire de référence entraîne une moindre accessibilité au dispositif de l'activité réduite qui permet de cumuler allocation et salaire – alors même que la modalité est conçue pour les personnes ayant un rythme de travail fractionné.

En articulation avec cette réforme, la durée d'indemnisation est modifiée. Celle-ci ne sera plus fonction du nombre de jours travaillés. Elle correspondra, dès le 1^{er} septembre 2020, à la durée de la période d'affiliation (PRA), ou plus exactement, au nombre de jours calendaires compris entre le premier jour du premier contrat de travail et le dernier jour du dernier contrat de travail inclus dans la période de référence – c'est-à-dire à la période de calcul du salaire de référence. Toutes les périodes hors contrat de travail situées dans la période de référence seront incluses dans la durée d'indemnisation. Certaines seront toutefois retrans-

chées et réduiront par conséquent la durée de service de l'allocation. Le texte vise les périodes de maternité, de congés d'adoption, de paternité, d'arrêts maladie (supérieures à 15 jours consécutifs), d'accident du travail ou maladie professionnelle dès lors qu'elles sont situées « *en dehors d'une période pendant laquelle l'intéressé bénéficie d'un contrat de travail* », ainsi que les périodes d'activité professionnelle non déclarées par le demandeur d'emploi à Pôle emploi. La possibilité d'allongement pour les allocataires âgées de 53 ou 54 ans qui justifie d'une affiliation supérieure à 913 jours calendaires sera maintenue, dans la limite de 1 095 jours calendaires (RAC, art. 9).

Enfin, une dégressivité de l'allocation est introduite à partir du 1^{er} septembre 2020 (RAC, art. 17 bis). Elle sera cantonnée aux salaires élevés, car elle sera limitée aux allocations journalières initiales supérieures à 84,33 € (de sorte que la mesure concernera les salaires mensuels bruts de référence supérieurs ou égaux à 4 500 €). Le coefficient de dégressivité sera égal à 0,7 à partir du 183^e jour d'indemnisation, c'est-à-dire à compter du 7^{ème} mois d'indemnisation. Seuls les allocataires âgés de moins de 57 ans à la date de leur fin de contrat de travail seront concernés. La dégressivité sera limitée par un plancher : elle ne sera pas appliquée lorsque l'application du coefficient aura pour effet de porter le montant journalier de l'allocation en dessous d'un plancher fixé à 59,03 €.

B. Les différenciations du droit à un revenu de remplacement instaurées par le nouveau RAC

Comme tout dispositif d'assurance sociale, le nouveau règlement d'assurance chômage détermine les droits individuels au moyen de deux opérations essentielles consistant à délimiter les bénéficiaires de la couverture sociale, puis à répartir les ressources parmi ces derniers. Il faut toutefois remarquer les effets produits par les nouvelles règles : leur conjugaison pèse prioritairement, sinon exclusivement, sur les travailleurs les plus vulnérables sur le marché du travail (64).

(62) Les règles de neutralisation sont globalement les mêmes que précédemment, à une différence notable de procédure. Dans l'ancien RAC, les périodes de maladie, de maternité ou d'une manière plus générale, « les périodes de suspension du contrat de travail n'ayant pas donné lieu à une rémunération normale », n'étaient pas prises en compte (RAC 2017, art. 12§3). D'autres situations correspondant à une rémunération réduite étaient aussi écartées (ce sont les mêmes que celles identifiées dans le nouveau RAC). En pratique, le terme de la période de référence était décalé de manière à ne retenir, pour le calcul du montant de l'allocation chômage, que les rémunérations perçues ou afférentes à la période précédant immédiatement la date à laquelle la situation avait cessé de pouvoir être considérée comme normale (Accord d'application n° 5 du 14 avril 2017 pris pour l'application des articles 11 et 12 du règlement général

annexé à la convention de 2017). À la différence du nouveau RAC, la neutralisation de ces dernières périodes était réalisée « *d'office ou à la requête de l'allocataire* ».

(63) Les jours calendaires correspondant aux périodes dont les rémunérations sont exclues de la détermination du salaire de référence ne sont pas pris en compte dans le diviseur. Il en est de même des périodes non prises en compte dans la durée d'indemnisation. (RAC 2020, art. 13)

(64) Il ne sera pas porté attention aux mesures d'ouverture de l'indemnisation aux démissionnaires et aux travailleurs indépendants, qui ont été abondamment commentées (voir notamment le numéro spécial coordonné par Christophe Willmann, publié dans le n° 7-8/2018 de la revue *Droit social*), ni à la dégressivité de l'ARE.

1. Les effets des nouvelles règles d'indemnisation sur les travailleurs les plus vulnérables

Le durcissement des conditions d'éligibilité à l'ARE est subi de plein fouet par les chômeurs ayant un moindre accès au marché du travail. Ils sont nombreux à ne plus atteindre la durée minimale de travail exigée et se retrouvent dès lors exclus du champ des bénéficiaires de la couverture d'assurance chômage. Les jeunes et les femmes comptent parmi les personnes les plus sévèrement touchées (65). Le changement de mode de calcul du salaire de référence n'est pas neutre non plus quant à l'attribution des droits à allocation. Insensible pour les salariés travaillant de façon continue, il affecte spécifiquement et de plusieurs manières les « permittents », qui alternent contrats courts (piges, CDD, missions d'intérim) et périodes de chômage. Ainsi, il conduit à une baisse du montant de l'allocation journalière de ces travailleurs, puisque les périodes non travaillées ne sont plus neutralisées dans la détermination du salaire de référence (66). Ses effets sont aussi différenciés selon la répartition des périodes travaillées au sein de la période de référence. En pratique, un demandeur d'emploi ayant eu, au début de la période de 24 mois, une courte période d'emploi suivie d'une longue période d'inactivité percevra, à salaire total équivalent, une allocation très nettement inférieure à celle versée à un demandeur d'emploi dont, à l'inverse, les périodes d'emploi sont concentrées à la fin de cette période (67). Cet impact se trouve amplifié en ce qui concerne les chômeurs et chômeuses âgés de 53 ans et plus, du fait de la prise en compte d'une période de référence plus longue pour le calcul de leur salaire journalier de référence (36 mois au lieu de 24 mois). De plus, les décrets introduisent un troisième niveau de distinction des droits avec la création de différents parcours procéduraux. Les modalités d'exclusion de certaines périodes de travail moins bien rémunérées de l'assiette de calcul du salaire de référence ne sont pas identiques pour

tous les allocataires, bien qu'elles correspondent à l'exercice de droits par le salarié à des congés ou à une réduction de son temps de travail. Dans certains cas, la neutralisation exige une requête de l'allocataire, alors qu'elle est automatique pour les autres. Singulièrement, le décret traite moins favorablement des salariés vulnérables au regard de leur état de santé ou leur situation familiale (bénéficiaires d'un temps partiel thérapeutique, d'un congé à temps partiel à l'occasion de l'arrivée au foyer d'un enfant ou pour s'occuper d'un proche, notamment).

Une mise en perspective historique enseigne que le rejet, organisé par ce nouveau RAC, de la sphère de l'assurance chômage des plus précaires, n'est pas inédit. Il s'inscrit même dans la trajectoire de l'Unédic. Jusqu'au début des années 1980, l'indemnisation évolue dans le sens d'une « *amélioration constante des droits sociaux des demandeurs d'emploi* ». À partir de 1982, « *on assiste en revanche à une révision totale de la politique indemnitaire* » (68). Les réformes, aiguillées par la montée du chômage et le dogme de l'équilibre budgétaire, ont eu des effets considérables sur les conditions d'indemnisation des travailleurs privés d'emploi. Elles ont surtout pesé sur les chômeurs et les chômeuses dont l'insertion sur le marché du travail était peu stable – c'est-à-dire les jeunes, les chômeurs n'ayant que de courtes références de travail, ceux qui travaillent à temps partiel, les chômeurs de longue durée. Le niveau réel des prestations versées à certaines catégories de demandeurs d'emploi a ainsi été fortement dégradé, aboutissant à une « *différenciation croissante des droits* » (69). Les structures de la prise en charge du risque chômage ont été grandement infléchies en conséquence, par un « effet déversoir » de la prestation d'assurance chômage sur les autres mécanismes indemnitaires. La segmentation des publics initiée dans l'assurance chômage se répercute en effet sur deux autres dispositifs de nature assistancielle, l'allocation de solidarité spécifique et

(65) L'entrée en vigueur de ces nouvelles conditions d'admission touchera négativement des personnes « plus jeunes que la moyenne des allocataires », comme l'a reconnu le directeur général de l'Unédic, Monsieur Pierre Cavard (Dan Israël, « Réforme du chômage : l'Unédic chiffre les dégâts, les syndicats attaquent », *Médiapart*, 22 oct. 2019). Les femmes seront aussi de grandes perdantes (Amandine Cailhol, « Les femmes, premières victimes de la réforme de l'assurance chômage ? », *Libération*, 18 juillet 2019).

(66) Le gouvernement oppose le fait que la durée d'indemnisation a été allongée à toute la période prise en compte dans le calcul du salaire de référence. Le « capital de droits » resterait donc identique, mais réparti différemment dans le temps. Cet argument est spécieux. D'abord, le caractère alimentaire de cette prestation commande de considérer le montant journalier de l'allocation, non un hypothétique montant cumulé sur toute la durée de service. Ensuite, dans les faits, l'allocation est rarement entièrement consommée par les chômeurs, comme le précise l'Unédic : les sortants d'indemnisation ont en moyenne

consommé 68% de leur droit aux allocations au moment de leur sortie (chiffres 2^e trim. 2017 – Unédic, « Assurance chômage : les chiffres qui comptent », sept. 2019). Enfin, comme nous allons le voir, la nature de l'allocation servie aux travailleurs en emploi discontinu s'en trouve modifiée.

(67) Jean-Paul Domergue, ancien directeur des affaires juridiques de l'Unédic, le confirme : « les salariés dont l'activité est discontinuée et dont une part de l'activité se situe au début de la période de référence seront très désavantagés par rapport à ceux dont l'activité est concentrée sur les derniers mois de la période » (Dan Israël, « Ce que le gouvernement fait aux chômeurs », *Médiapart*, 30 janvier 2020).

(68) Carole Tuchszirer, « Un dispositif indemnitaire devenu insensible aux évolutions du marché du travail », *Chronique internationale de l'IRES*, n° 115, 2008, p.100.

(69) Christine Daniel, « L'indemnisation du chômage depuis 1979 : différenciation des droits, éclatement des statuts », *Revue de l'IRES*, n° 29, 1999.

le revenu de solidarité active (70). En faisant porter le poids de la réforme aux travailleurs déjà précarisés, le décret de juillet 2019 se pose donc dans une certaine continuité avec les choix passés et contribue à agencer les différentes indemnités. Cependant la radicalité avec laquelle ce projet est mené donne une autre dimension au processus de dégradation des droits des chômeurs, au point qu'il est impérieux de se demander si les différences de traitement introduites par le décret sont bien compatibles avec les normes juridiques qui lui sont supérieures. Dans quelle mesure la variété des conditions d'indemnisation des chômeurs porte-t-elle atteinte aux principes d'égalité et de non-discrimination ?

2. Le décret au prisme des principes d'égalité et de non-discrimination

Les différences de traitement produites par le décret sont principalement de deux ordres. Certaines d'entre elles, relatives à l'état de santé ou la situation familiale, ne semblent pas pouvoir être rapportées à une quelconque logique propre à la couverture d'assurance chômage. D'autres sont liées à l'idée de contributivité du régime.

a. Les discriminations directes en raison de l'état de santé ou de la situation familiale

Le regard se porte d'abord sur la procédure de neutralisation de certaines périodes de travail pour le calcul du salaire journalier de référence. L'opération est sensiblement la même que dans l'ancien RAC (voir supra, II.A.2), mais une différence de procédure est notable : désormais, la neutralisation de périodes qui correspondent à une rémunération réduite (perçues à l'occasion de l'exercice d'un droit à congés d'ordre familial ou de santé, tels que le congé parental d'éducation, le mi-temps thérapeutique, la réduction du temps de travail de l'aidant familial) sera effectuée sur la seule requête de l'allocataire, alors qu'elle était aussi réalisée d'office antérieurement. La différence de traitement se manifeste dans la comparaison avec le sort des rémunérations perçues au cours des périodes de maladie, maternité, maternité et adoption, qui sont suspendues de manière automatique. La nuance procédurale peut paraître négligeable. Elle a pourtant une grande portée pratique, puisque le non-exercice de ce droit entraîne une réduction très importante du salaire de référence et donc de l'allocation journalière. De fait, il n'est pas du tout certain que les alloca-

taires concernés, qui figurent parmi les plus vulnérables financièrement et sans doute aussi d'un point de vue social, soient mis en situation de le faire valoir. Dans un contentieux individuel, un manquement de Pôle emploi à son obligation d'information serait certainement reconnu, dès lors que le privé d'emploi n'aurait pas eu accès à l'information nécessaire. Il est difficilement contestable que la différence de traitement constitue une discrimination directe en raison de l'état de santé ou de la situation familiale. Aucune justification objective et raisonnable ne semble de nature à écarter sa reconnaissance.

Le même raisonnement peut être tenu concernant l'exclusion de la durée d'indemnisation de certaines périodes de congés. Rappelons que, dans le nouveau RAC, la durée d'indemnisation est égale au nombre de jours calendaires compris entre le premier et le dernier contrat de travail, qu'ils aient été travaillés ou non. Cependant, certaines périodes sont écartées du décompte, ce qui conduit à raccourcir d'autant la durée de l'indemnisation. Si l'on peut comprendre, à la limite, que le décret exclue les périodes d'activité professionnelle non déclarées par le demandeur d'emploi à Pôle emploi, la mise à l'écart des périodes de congés d'ordre médical ou familial (maladie, maternité, paternité, adoption, accident du travail et maladie professionnelle) semble bien caractériser une discrimination directe en raison de l'état de santé ou de la situation familiale, qu'il semble impossible de sauver par une quelconque justification légitime. Qui plus est, elle introduit une inégalité de traitement entre travailleurs en emploi continu et discontinu, puisque ces périodes ne sont exclues de la durée d'indemnisation que si « *elles sont situées en dehors d'une période pendant laquelle l'intéressé bénéficie d'un contrat de travail* » (RAC 2020, art. 9). Autrement dit, seuls les intermittents sont affectés par la disposition, contrairement aux salariés en emploi continu pour lesquels ces périodes paraissent compter dans la durée de service de leur allocation.

b. Les discriminations et inégalités de traitement en rapport avec le principe de contributivité

Les modalités d'indemnisation appellent, elles aussi, une évaluation à l'aune des principes d'égalité et de non-discrimination. Ainsi, des études statistiques attestent que le durcissement de la condition de durée d'affiliation exigée pour l'ouverture des droits pénalise particulièrement les jeunes travail-

(70) Des travaux ont bien montré la transformation du rôle du Rmi, dont la création était à l'origine motivée par des considérations extérieures au fonctionnement du marché du travail (F. Audier, A.-T. Dang, J.-L. Outin, « Le RMI comme particulier d'indemnisation du chômage », in Ph. Méhaut et Ph. Mossé (dir.), *Les politiques*

sociales catégorielles. Fondements, portées et limites, L'Harmattan, 1998 ; J.-L. Outin, « Le RMI et l'indemnisation du chômage », in M. Lelièvre, E. Nauze-Fichet, *RMI, l'état des lieux. 1988-2008*, La Découverte, coll. Recherches, 2008).

leurs. Ce désavantage n'est-il pas susceptible d'être discuté sous l'angle de la discrimination indirecte en raison de l'âge ? Relever cet effet défavorable ne serait pas surinterpréter les chiffres. Des travaux menés en sociologie ont souligné la diversité des fonctions assignées à l'indemnisation du chômage suivant les catégories de la population. En l'occurrence, « *la faible indemnisation des jeunes repose en partie sur l'idée qu'une indemnisation pourrait constituer une forme de désincitation au travail et qu'il convient au contraire pour cette population de privilégier toute forme de mise au travail ou de formation* » (71). Les paramètres de calcul de l'indemnisation créent un deuxième clivage dans l'indemnisation entre les assurés sociaux. L'allocation dépend désormais étroitement du rythme de leur activité salariée. On l'a évoqué ci-dessus, concrètement, la réforme de la notion de salaire de référence conduit à diminuer le montant journalier servi aux chômeurs à l'emploi discontinu, ainsi qu'à une variation de ce montant selon l'espacement et la répartition des contrats de travail au cours de la période de référence du SJR (72). L'inégalité de traitement est manifeste (73).

La discussion se place donc sur le terrain des justifications. Existe-t-il une différence de situation ou un intérêt général à même d'écarter le grief d'une rupture d'égalité entre les assurés sociaux ? Ces deux arguments conduisent à analyser le maniement de l'idée de contributivité dans le champ de l'assurance chômage ainsi que les arguments au soutien de la nouvelle définition du salaire de référence.

i. Le décret adopte une construction singulière et complexe du droit à allocation des demandeurs d'emploi. Le paramètre déterminant est celui de la durée d'affiliation. Il commande à la fois l'ouverture des droits et la teneur de l'indemnisation. Cependant, une deuxième distinction s'ajoute : le jeu de ce critère est à présent différencié selon que l'emploi revêt un caractère continu ou discontinu. La mesure se veut incitative : le gouvernement cherche à orienter les comportements des demandeurs d'emploi, de telle

sorte qu'ils privilégient une activité continue en acceptant tout type d'emploi.

Avant d'examiner les différences de traitement instituées entre les travailleurs en emploi continu et discontinu, il n'est pas inutile de revenir sur l'idée de contributivité qui, à la manière d'un label, semble conférer une validité à tous les choix normatifs en matière d'indemnisation. Celle-ci s'est progressivement imposée dans les débats, au point d'être érigée au rang de paramètre naturel et indiscutable de l'indemnisation dans une couverture sociale de type assurantiel. Le principe serait paré des vertus de l'égalité entre assurés sociaux : n'est-il pas juste de faire varier une prestation en fonction d'une durée d'affiliation au régime ou des cotisations versées par l'assuré social ? Ce sens de la contributivité est pourtant récent. Plusieurs auteurs ont souligné avec justesse un « *glissement sémantique [...] qui a conduit à désigner à travers l'idée de contributivité le fait que les prestations reçues devaient être strictement « proportionnées » aux cotisations versées. (...) À la limite, les cotisations sont perçues comme de simples cotisations d'assurance marchande et devraient reproduire les inégalités engendrées par le marché du travail. Une règle économique de distribution des ressources s'est substituée à une règle politique de légitimation d'un droit* » (74). Cette interprétation du principe de contributivité « *en modifie profondément la nature* » ; « *il sert à fonder des réformes qui lient plus étroitement le montant des prestations versées à celui des cotisations préalablement versées. [...] Il est d'ailleurs significatif que le recours à la notion de contributivité soit presque toujours utilisé pour réduire les prestations de ceux qui ont le moins contribué – et non pour augmenter les prestations de ceux qui ont le plus contribué* » (75). En effet, la corrélation de l'indemnisation aux cotisations versées par le salarié n'est en rien exigée par une considération technique ; le caractère assurantiel d'une couverture sociale ne la requiert pas (76). L'histoire de l'assurance chômage confirme que le droit à allocation peut parfaitement reposer sur d'autres principes. Comme l'ont bien montré les sociologues Christine Daniel et Carole Tuchszirer (77), l'objectif

(71) Christine Daniel, « L'indemnisation des chômeurs : de la réduction des droits à une protection sociale éclatée », *Dr. soc.* 1999.1065.

(72) L'Unédic le confirme : « *un contrat court isolé, au début ou à la fin de la période de 24 mois précédant la perte d'emploi peut modifier fortement les caractéristiques de l'indemnisation (montant journalier et durée)* », dans *Etude d'impact...*, document précité.

(73) Elle se creuse encore davantage au détriment des travailleurs âgés de 53 ans et plus, ce qui conduit à soulever une discrimination directe en raison de l'âge.

(74) Pierre Concialdi, « Pour une économie politique de la protection sociale », *Revue de l'IRES*, n° 30, 1999, p.177.

(75) Christine Daniel, « L'indemnisation des chômeurs : de la

réduction des droits à une protection sociale éclatée », article précité.

(76) Ainsi que le montre Mathieu Grégoire, la mobilisation des notions de « risque » et « d'assurance » n'est pas déterminante historiquement dans la mise en place du régime d'assurance chômage. De plus, l'auteur soutient qu'elle doit faire l'objet de distinctions internes pour être vraiment heuristique scientifiquement. Enfin, elle lui paraît illusoire politiquement dans la perspective de construction de nouveaux droits (« Les écueils de la notion de risque. Le cas de l'indemnisation chômage », *Revue Française de Socio-Économie*, vol 20, n° 1, 2018, p. 205).

(77) Christine Daniel, Carole Tuchszirer, *L'État face aux chômeurs. L'indemnisation du chômage de 1884 à nos jours*, Flammarion, 1999.

du régime paritaire était, dès l'origine, de stabiliser les ressources des travailleurs involontairement privés d'emploi pour favoriser leur mobilité professionnelle. Il a longtemps fait peu de cas du dogme assurantiel. Avant 1982, le régime a ainsi intégré des personnes n'ayant préalablement pas cotisé, comme les jeunes, les anciens salariés du régime agricole, les rapatriés d'Algérie ; la durée de service de l'allocation a longtemps été déterminée au vu des circonstances dans lesquelles le chômeur avait perdu son emploi. Aujourd'hui encore, le régime finance des formations ; il offre une indemnisation supérieure aux salariés les plus âgés et aux licenciés pour motif économique. Le principe de contributivité est donc susceptible de fonder le droit à l'indemnisation dans une couverture assurantienne mais il est loin d'être le seul. D'autres considérations peuvent tout à fait entrer en jeu, parmi lesquelles se trouvent l'intensité et la durée d'exposition aux risques, ou plus simplement encore, la finalité d'assurer un revenu de remplacement décent aux assurés sociaux. Par exemple, dans le champ des assurances maladie, maternité et invalidité, le service des prestations en espèces (IJSS, rente d'invalidité) court pendant toute la période de l'incapacité de travail. Afin de contenir l'expansion du mécanisme de solidarité, la durée de service est simplement limitée dans le temps, de manière identique pour tous les bénéficiaires. Concevrait-on de rendre ces prestations proportionnelles à la période d'activité antérieure ou de les remplacer par un capital ?

C'est pourtant cette interprétation de la prestation d'assurance chômage comme une contrepartie à une « contribution » qui s'est imposée au fil des réformes successives. Le décret de juillet 2019 accomplit un pas de plus dans cette direction.

Il est de tradition que l'éligibilité à l'ARE dépende de la durée d'affiliation dans le régime d'assurance chômage. La condition exprime un principe de contributivité commun aux assurances sociales : l'accès à cette ressource financée par des cotisations mutualisées est réservé à ceux qui ont préalablement cotisé (78). Très classiquement dans une couverture de type assurantiel, une condition de stage préalable délimite le périmètre de la collectivité protégée. La durée d'affiliation se contente donc *a priori* d'identifier les publics pris en charge. La technique se retrouve dans d'autres dispositifs, comme dans les assurances maladie et invalidité de sécurité sociale, où l'ouverture du droit aux indemnités journalières et aux rentes fonctionne sur cette base. Les nouvelles dispositions ne font pas un choix différent

des anciennes conventions à ce sujet. Cependant, un déplacement du jeu du principe contributif est perceptible car l'intensité avec laquelle la condition de durée d'affiliation est mise en œuvre produit une forme de disqualification de catégories de travailleurs salariés. La couverture assurantienne se retrouve assignée à la prise en charge d'un certain public, bien intégré sur le marché du travail. Or, comme l'analyse l'économiste Sylvie Morel, « *même si le principe de contribution est constitutif de l'assurance sociale, rien n'empêche de faire preuve de discernement dans son application afin d'étendre les garanties assurancielles aux primo-demandeurs d'emploi ou aux personnes occupant des emplois dont la durée est trop courte pour qu'elles puissent se qualifier à l'assurance chômage. La reconnaissance de la dimension sociale des problèmes d'emploi justifie en effet une certaine souplesse dans l'imposition de la règle assurancielle de l'obligation de cotiser* » (79). Le degré d'intensité du principe de contributivité est précisément saisi par la technique de la discrimination indirecte. Elle se révèle tout à fait adaptée pour discuter les effets défavorables de la mesure vis-à-vis de certaines catégories d'assurés sociaux (par exemple, ici, la mesure pénalise frontalement les jeunes travailleurs). Il s'agit d'évaluer les conséquences de la disposition, de rapporter les moyens utilisés au but poursuivi.

La durée d'affiliation peut gouverner également l'attribution des droits à indemnisation. Dans cette fonction, elle revêt une signification différente : elle constitue une base de calcul du droit à prestation, donc un principe de répartition des ressources au sein de la collectivité protégée. La convention du 19 février 2009 avait consacré une allocation rigoureusement contributive en établissant un rapport de stricte équivalence entre la durée de l'indemnisation et la durée d'affiliation (« un jour cotisé, un jour indemnisé »). La détermination de l'allocation d'aide au retour à l'emploi, mise en œuvre dans le nouveau RAC, prolonge la formule. À bien regarder, l'équation est maintenue par le décret de juillet 2019 pour les travailleurs en emploi continu. Cependant, le changement du mode de calcul du salaire de référence altère sa mise en œuvre pour les travailleurs à l'activité discontinuée. La réunion des mêmes conditions (durée d'affiliation, niveau de salaire) donne donc lieu à un revenu de remplacement différent suivant le rythme de l'activité. Si le principe qui préside aux droits à indemnisation des travailleurs à l'emploi continu reste bien un principe strictement contributif, il semble s'être déplacé pour les

(78) Dans l'assurance sociale, la durée d'affiliation renvoie en principe au montant ou à la durée des cotisations versées au régime.

(79) Sylvie Morel, « De l'assurance chômage à l'assistance chômage : la dégradation des statuts », article précité.

chômeurs et les chômeuses à l'activité discontinue. La nature de l'allocation perçue par les demandeurs d'emploi n'est-elle pas différente selon les situations d'emploi ? Dans le cas d'une activité continue, elle exprime toujours une allocation journalière (corrélée aux anciens salaires, elle est servie dans la stricte limite temporelle de la durée d'affiliation). Une certaine continuation du salaire perdu est toujours assurée. Quant à l'ARE versée aux permittents, elle se présente désormais comme un capital (limité à une part des anciens gains perçus durant la période d'affiliation, son service est étalé sur une période équivalente) et l'allocataire, comme un gestionnaire de capital (80). Le rapport avec le salaire perdu apparaît très distendu dans ce dernier cas. L'allocation tend alors à se confondre avec une garantie minimale de ressources, au point qu'il est permis de se demander ce qui subsiste dans ces conditions de la philosophie de l'assurance sociale. Au fond, le cœur de l'inégalité de traitement entre salariés en emploi continu et discontinu se situe dans cette dualité de nature de la prestation sociale. Paradoxalement, l'exécutif soutient la mesure à l'origine de cette différence de traitement – la réforme du salaire de référence – au nom de l'égalité entre les assurés sociaux.

ii. La nouvelle définition du salaire de référence serait justifiée, du point de vue du gouvernement, par l'existence de cas « où le montant de l'allocation-chômage mensuelle est plus élevé que le salaire mensuel moyen perçu antérieurement. » Cette présentation singulière du « rendement » de l'allocation a vite été réfutée par les spécialistes. En effet, elle prête un effet pervers au système alors qu'elle place sur le même plan des éléments sans rapport entre eux. Le sociologue Mathieu Grégoire l'explique en ces termes : « premièrement, le travail paye toujours plus que chômage. [...] Dans une période donnée, un allocataire sera toujours mieux rémunéré s'il travaille (au même salaire journalier que son salaire passé dit « de référence ») que s'il perçoit une indemnité chômage. Son indemnité journalière est, par construction, toujours inférieure au salaire journalier de la période de référence sur laquelle est calculée son droit. Dans tous les cas, l'allocation ne peut dépasser 75 % du

salaire journalier de référence. [...] Deuxièmement, l'hypothèse d'un taux de remplacement supérieur à 100 % n'a rien de choquant. Cette configuration n'a rien à voir avec celle d'un salarié qui percevrait davantage les jours où il chôme que les jours où il travaille. Un taux de remplacement supérieur à 100% correspond à la situation dans laquelle le cumul des indemnités journalières perçues en moyenne durant un mois est supérieur à l'ensemble des salaires journaliers perçus en moyenne durant les mois passés. Cet indicateur retenu par le gouvernement introduit beaucoup de confusion, car il ne compare pas les salaires d'une période exclusivement travaillée à des indemnités de périodes exclusivement chômées. Mais il n'y a là aucune indemnisation abusive et aucun dysfonctionnement. La logique de l'assurance-chômage est d'indemniser les salariés lorsqu'ils ne travaillent pas sur la base de ce qu'ils gagnent quand ils travaillent. » (81)

Une validation par le juge administratif de l'inégalité de traitement entre les salariés en emploi permanent et les salariés en emploi fractionné serait un véritable séisme.

On l'a vu, aucune différence de situation ne peut être relevée entre eux au regard de l'objet de la disposition : les mêmes conditions sélectionnées par le décret comme déterminantes pour l'indemnisation (la durée d'affiliation, le niveau de salaire) sont réunies par ces travailleurs. Plus profondément, la logique qui sous-tend la nouvelle définition du salaire de référence n'est pas étrangère à certaines croyances et représentations du chômage. La suspicion récurrente à l'endroit des chômeurs de chercher à tirer avantage du système jaillit sous la plume gouvernementale ; confortée par certaines conclusions d'économistes orthodoxes (82), elle est relayée par une partie du patronat qui pointe le « scandale de l'optimisation des chômeurs » (83). L'on assiste en effet, depuis quelques années, au retour de l'idée du « chômeur volontaire » dans la théorie économique, laquelle est imprégnée d'une approche néoclassique du marché du travail. Selon cette théorie, le chômeur est considéré comme un acteur rationnel dont les choix seraient fondés sur des considérations économiques. Le chômage, tout comme l'activité, dépendraient entièrement d'arbi-

(80) Jean-Pascal Higelé, « Quel salaire pour les chômeurs ? », *Les notes de l'IES*, n°4, mai 2009 ; Claire Vivès, « Justifications et règles d'indemnisation de « l'activité réduite » : le sens de l'assurance chômage en question (1983-2014) », *Revue Française de Socio-Économie*, vol. 20, n°1, 2018, p. 61.

(81) Mathieu Grégoire, « Non, M. le Premier ministre : le chômage ne paye jamais plus que le travail ! », *Le Monde*, 2 avril 2019.

(82) Voir les explications d'Anne Eydoux, membre des Économistes atterrés (« Réforme de l'assurance chômage : l'insécurisation des demandeurs d'emploi », note précitée) : « l'argumentaire mis en avant [...] repose sur une hypothèse aberrante selon laquelle les

demandeurs d'emploi en « activité réduite » choisiraient la nature de leur contrat de travail et leur volume d'activité (autrement dit, auraient un goût pour la précarité) et sur l'idée que l'assurance chômage « optimale » devrait leur fournir les incitations pertinentes pour qu'ils choisissent la stabilité de l'emploi. L'idée qui préside à cette réforme est exprimée par deux économistes orthodoxes, Pierre Cahuc et Corinne Prost, dans une note du Conseil d'analyse économique (CAE) de 2015 ».

(83) Étienne Girard, « Pour Pierre Gattaz, les chômeurs font de « l'optimisation » tandis que l'ISF est un « poison » », *Marianne*, 17 oct. 2017.

trages monétaires (84). Puisqu'une partie du chômage est imputable aux comportements individuels, les politiques d'emploi devraient chercher à mieux contrôler l'action des demandeurs d'emploi. L'argumentaire inspire jusqu'au Conseil d'État. L'évidence avec laquelle le juge semble se l'approprier est déconcertante. Dans la décision du 12 février dernier par laquelle il rejette la QPC déposée par Force ouvrière, le Conseil d'Etat ne trouve pas matière à une éventuelle rupture d'égalité entre les allocataires en fonction de l'âge, qui pourrait être induite par la disposition légale autorisant le règlement d'assurance chômage à instituer une allocation d'assurance dégressive selon l'âge des bénéficiaires (85). Aucun garde-fou ni limite ne mériteraient d'être examinées. En effet, d'après le juge, l'âge place les allocataires dans une situation différente au regard de l'objet de la loi. Pour atteindre cette conclusion, le juge valide deux idées reçues. Il relève, en premier lieu, qu'« en prévoyant la possibilité d'une telle distinction entre les allocataires, le législateur a pris en compte les difficultés spécifiques que certains d'entre eux sont susceptibles de rencontrer, du fait de leur âge, pour retrouver un emploi ». La dégressivité de l'allocation serait donc incitative au retour à l'emploi (86). Il confère, en second lieu, une onction juridique au changement de fonction de l'assurance chômage. Pour le juge, la finalité de cette couverture sociale est « d'assurer l'indemnisation des travailleurs involontairement privés d'emploi tout en encourageant la reprise d'une activité professionnelle », validant par cette petite formule l'orientation prise par le régime d'assurance chômage au fil des réformes depuis une vingtaine d'années.

Qu'elle s'inspire plus ou moins directement de la doctrine du chômage volontaire, la rhétorique gouvernementale à l'œuvre dans ce décret sert de toute façon à fonder le changement de focale : la juste indemnisation du chômage serait celle qui assurerait un revenu de remplacement du « salaire mensuel moyen » plutôt que du salaire journalier. Or, les

apparences sont trompeuses, car il ne s'agit pas d'une simple modification d'échelle. La nouvelle définition du SJR abandonne bel et bien la référence cardinale à la notion de salaire dans la construction du droit à indemnisation. Il lui est substitué une notion plus indistincte de « ressources » sur la base de laquelle est forgée l'allocation des travailleurs à l'activité discontinu. À l'aide de la grille de lecture développée par le sociologue Jean-Pascal Higelé, l'on peut conclure que le revenu de remplacement perçu par les permitents a définitivement perdu sa nature de « salaire socialisé » pour devenir une « allocation tutélaire » définie par la puissance publique, accordée au nom des manques (d'employabilité, de ressources...) de ses bénéficiaires (87). Il y a là une rupture essentielle avec les fondements de l'institution de l'assurance chômage. C'est pourquoi à notre sens, la réception de la nouvelle définition du salaire de référence par le juge reviendrait à acter un changement de fonction de cette couverture sociale (88). La nature duale de l'allocation servie par l'Unédic serait consacrée : un salaire continué pour les travailleurs en emploi permanent, une garantie minimale de ressources pour les travailleurs en emploi discontinu. De cette allocation dégradée au revenu universel d'activité, il ne resterait plus à l'exécutif qu'à franchir le pas (89).

En conclusion, le délitement de la logique salariale de l'assurance chômage semble bien « en marche » à tous les niveaux. La notion de salaire ne constitue plus le point d'ancrage indéfectible du régime géré par l'Unédic. À la faveur d'une substitution dans la formule de calcul du désormais mal nommé « salaire journalier de référence », l'allocation d'aide au retour à l'emploi se voit précipitée du côté de l'assistance, assignée à une fonction de « complément résiduel aux revenus salariaux » (90) des travailleurs qui alternent contrats courts et périodes de privation d'emploi. La sévérité des instruments de contrôle des chômeurs et des chômeuses effrite le caractère protecteur du statut des demandeurs d'emploi – fragilisant par là-même le

(84) Anne Fretel, Béatrice Touchelay, Marc Zune, « Editorial. Contrôler les chômeurs : une histoire qui se répète (forte de ses croyances et à l'abri des réalités) », *Revue française de socio-économie*, n° 20, 2018, p.9.

(85) CE, 12 février 2020, n° 434931. La disposition en cause est le troisième alinéa de l'article L.5422-3 du code du travail.

(86) Les études menées prouvent le contraire. L'outil a déjà expérimenté entre 1992 et 2001 et n'a pas démontré son efficacité à accélérer les reprises d'emploi. Toutes autres variables explicatives prises en compte, il apparaît que la dégressivité a ralenti le rythme des sorties, surtout pour les niveaux de salaires de référence élevés (B. Dormont, D. Fougère, A. Prieto, « L'effet de l'allocation unique dégressive sur la reprise d'emploi », *Économie et statistique*, 2001, n° 343).

(87) Pour une présentation synthétique de la grille de lecture élaborée par Jean-Pascal Higelé, voir ce texte de l'auteur : « Quel salaire pour les chômeurs ? », article précité.

(88) « Au fil des conventions, cette maîtrise du budget a servi de levier pour faire évoluer leur a servi de levier pour faire évoluer les objectifs assignés à l'assurance chômage. Initialement destinée à procurer aux salariés privés d'emploi un revenu de remplacement, et par conséquent à assurer leur sécurité économique, elle est progressivement devenue un instrument de pilotage des comportements : d'abord de celui des chômeurs dans leur rapport au travail ; puis de celui des employeurs dans leur choix de gestion de la main-d'œuvre » (Isabelle Vacarie, article précité).

(89) Anne Eydoux, « La réforme de l'assurance chômage ou le bel avenir du revenu universel d'activité », *Alternatives économiques*, 12 juillet 2019.

(90) Mathieu Grégoire, « Non, M. le Premier ministre : le chômage ne paye jamais plus que le travail ! », article précité.

statut de salarié dont il est « à la fois [le] négatif et [la] condition d'existence » (91). La trajectoire de l'Unédic semble bien aujourd'hui assujettie aux impératifs du calcul économique. Les restrictions budgétaires réduisent les droits des assurés sociaux et éclipsent les exigences de la solidarité qui sont l'essence même de tout mécanisme de sécurité sociale. Dans le prolongement des précédentes conventions d'assurance chômage, le décret du 26 juillet 2019 érode ainsi le montant des allocations. Il reproduit les dysfonctionnements sur le marché du travail et accentue les inégalités de traitement entre les privés d'emploi. Les effets des deux changements structurels – la suppression de la cotisation sociale et l'affirmation d'une gouvernance financière de l'État – ne sont pas encore très apparents, mais gageons que ces effets informeront la couverture sociale d'assurance

chômage, dans sa teneur comme dans ses finalités. Le vice de construction devra en effet être mis au jour : la substitution de l'impôt à la cotisation sociale percutée la logique contributive des droits à allocation que le décret continue par ailleurs d'affirmer (92).

Tous ces bouleversements appellent des réponses formulées dans les canons des principes directeurs de la sécurité sociale (93). Les nouvelles conditions d'indemnisation n'ont pas été confrontées à ceux-ci dans le cadre de la présente étude : le principe de dignité (dont les droits sociaux sont l'expression, notamment le droit à la sécurité sociale, le droit à l'emploi, le droit à un salaire décent et le droit à des ressources minimales), le principe de solidarité, le principe de participation.

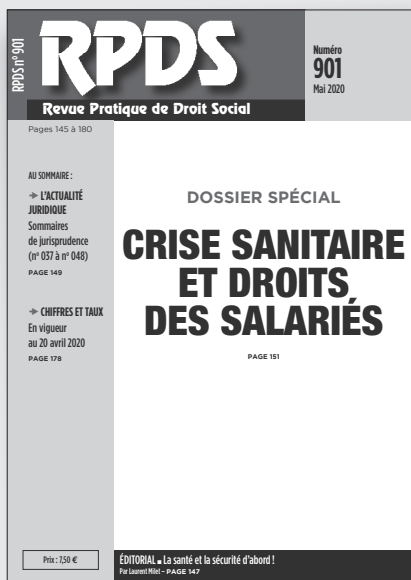
Laure Camaji

(91) Florence Lefresne, « Regard comparatif sur l'indemnisation du chômage : la difficile sécurisation des parcours professionnels », *Chronique internationale de l'IRES*, n° 115, 2008, p.3.

(92) Comment ne pas conclure à un glissement de sens de la condition de durée d'affiliation ? Traditionnellement, elle vise le versement de cotisations sociales et se comprend donc comme une exigence de durée ou de montant minimal de cotisations sociales. Le transfert du financement vers l'impôt en déplace

la signification ; on pourrait l'interpréter comme une condition d'activité antérieure, à l'instar du critère qui gouverne l'accès à l'allocation de solidarité spécifique.

(93) La grille d'analyse est celle d'Alain Supiot, que l'auteur construit sur la base des travaux de la Conférence internationale du travail (« Esquisse d'un accord-cadre relatif à l'extension de la protection sociale », *Semaine sociale Lamy*, n° 1272, suppl., 2006, p.91).



RPDS 901 – MAI 2020

AU SOMMAIRE :

Dossier spécial :

CRISE SANITAIRE ET DROITS DES SALARIÉS

Editorial

La santé et la sécurité d'abord !

L'actualité juridique :

Sommaires de jurisprudence et de législation

Commande et abonnement à 263, rue de Paris, case 600, 93516 Montreuil cedex ou sur notre site Internet www.boutique.nvo.fr
 Prix du numéro : 7,50 € (+ forfait de 3 € par envoi). Abonnement : 9 € par mois ou 108 € par an incluant la RPDS papier et son supplément Internet (RPDS numérique + le guide droit du travail en actualisation permanente + la veille juridique).