

# Le principe de l'assurance chômage suspendu à une décision du Conseil d'État

Par Laure CAMAJI, Maîtresse de conférences en droit,  
Université Paris-Saclay

## PLAN

- I. Passages en force de l'exécutif
- II. La suspension des règles de calcul de l'allocation d'assurance chômage par l'ordonnance de référé du 22 juin 2021
  - A. Réforme de l'assurance chômage, mode d'emploi procédural
  - B. Ruptures d'égalité et discriminations
  - C. Des atteintes à la nature assurantielle du régime et à la substance des droits sociaux
  - D. Un objectif d'intérêt général manifestement non atteignable
- III. « Où mènent les mauvais chemins »

**Le gouvernement est déterminé à mener (la réforme de) l'assurance chômage à son terme, mais il vient de connaître un nouveau revers. Saisie par plusieurs organisations syndicales, la juge des référés du Conseil d'État a suspendu les règles de calcul du montant de l'allocation d'assurance chômage qui devaient entrer en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2021 (1). Des recours au fond sont engagés. Leur enjeu est immense : la Haute Juridiction administrative aura à se prononcer sur la sauvegarde des principes essentiels de la couverture sociale d'assurance chômage.**

## I. Passages en force de l'exécutif

Rappelons les épisodes de cet « *étrange feuilleton* » (2), qui plonge depuis de nombreux mois les demandeurs d'emploi dans une situation d'incertitude et contribue au malaise grandissant au sein des agences de Pôle emploi (3). La réforme est lancée à l'automne 2018. Afin d'assurer sa compatibilité avec les objectifs budgétaires du gouvernement, un nouvel outil procédural fixant la « *trajectoire financière* » du régime est introduit dans le Code du travail par la loi Avenir professionnel (4). Au vu de la teneur du document de cadrage adressé par le Premier ministre aux interlocuteurs sociaux, il ne faisait guère de doute que la négociation allait échouer (5). L'absence d'accord autorise le pouvoir réglementaire à reprendre la main ; un décret vient établir le nouveau règlement d'assurance chômage au cœur de l'été 2019 (6). La radicalité des choix gouvernementaux déclenche sur-le-champ une bataille médiatique. La presse relaie les impacts négatifs des mesures : outre les économies massives réalisées sur les dépenses d'indemnisation, celles-ci pèsent de manière inédite sur les travailleurs les plus précaires, en particulier ceux en emploi discontinu (7). Les spécialistes soulignent le caractère punitif des mesures (8)

(1) CE, ord. réf., 22 juin 2021, n<sup>os</sup> 452210, 452805, 452839, 452844, 452865 et 452886.

(2) En un sens, ces péripéties rappellent celles de la réforme de l'assurance chômage de 2001. Commentant les multiples et « *extravagants* » rebondissements, Dupeyroux analysait les raisons profondes de ces batailles : « *La définition de son objet même – le chômage – peut donner lieu à des contestations sans fin. Or c'est la pointe de la toupie. Tout le reste, ou peu s'en faut, en dépend. Si on ne peut s'entendre sur la définition même du chômage – et comment le pourrait-on ? – on ne peut s'entendre sur rien* » (J.-J. Dupeyroux, « La nouvelle assurance chômage : Un étrange feuilleton », *Dr. soc.*, 2001, p. 345).

(3) P. Acharid, « Réforme de l'assurance chômage : "C'est pire que ce qu'on craignait" », *Libération*, 15 avril 2021.

(4) C. trav., art. L. 5422-20-1, issu de la loi n<sup>o</sup> 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel ; C. Willmann, « Assurance chômage : vers une nouvelle organisation juridique et financière », *JCP S*, 2018, p. 1312 ; D. Ronet-Yague, « La réforme de l'indemnisation chômage », *Gaz. Pal.*, n<sup>o</sup> 10, 2019, p. 66.

(5) O. Meriaux, « Le paritarisme a-t-il encore un avenir ? », *SSL*, n<sup>o</sup> 1851, 2019, p. 4 ; A. Eydoux, « Réforme de l'assurance chômage : l'insécurité des demandeurs d'emploi », *Note des économistes atterrés*, 2019 ; H. Clouet, « Assurance chômage, les discrètes

manœuvres financières derrière la réforme », *The Conversation*, 23 juin 2019, <https://theconversation.com/assurance-chomage-les-discretes-manoevres-financieres-derriere-la-reforme-119239>.

(6) D. n<sup>o</sup> 2019-797, 26 juil. 2019, relatif au régime d'assurance chômage : *JO*, 28 juil. 2019, légèrement modifié par le décret du 30 octobre 2019 (D. n<sup>o</sup> 2019-1106, 30 oct. 2019 : *JO*, 31 oct. 2019) ; L. de Montvalon, « Réforme de l'assurance chômage : peut-on concilier flexisécurité et maîtrise des dépenses ? », *SSL*, n<sup>o</sup> 1874, 2019, p. 10 ; M. Richevaux, « Nouvelle réglementation du chômage, nouvelle réduction de l'indemnisation des chômeurs », *LPA*, n<sup>o</sup> 239-241, 2019, p. 7 ; L. Camaji, « Le délitement de la logique salariale de l'assurance chômage. Analyse des conditions d'indemnisation des chômeurs issues du décret n<sup>o</sup> 2019-797 du 26 juillet 2019 », *Dr. ouv.*, 2020, p. 284.

(7) Unédic, « Impact de la réforme de l'Assurance chômage 2019 », sept. 2019. Voir par ex. G. Normand, « Assurance chômage : un impact "massif" pour la moitié des chômeurs indemnisés », *La Tribune*, 25 sept. 2019 ; D. Israël, « Réforme du chômage : l'Unédic chiffre les dégâts, les syndicats attaquent », *Mediapart*, 22 oct. 2019.

(8) D. Méda, « Assurance chômage, une réforme très punitive », *Le Monde*, 25 nov. 2019, p. 3 ; L. de Montvalon, préc. ; M. Richevaux, préc.

et dénoncent l'argumentaire (éculé) selon lequel réduire l'indemnisation des chômeurs produirait une incitation à choisir un emploi stable (9). De son côté, l'exécutif met en doute l'estimation réalisée par l'Unédic et martèle la pertinence des moyens employés au regard des fins poursuivies (10).

Perdue sur le terrain politique, la contestation se déplace alors sur la scène judiciaire. Plusieurs organisations syndicales agissent devant le juge administratif par la voie du recours pour excès de pouvoir aux fins d'annulation du texte réglementaire. Plus d'un an après la parution du décret, elles obtiennent partiellement gain de cause : le nouveau mode de détermination du salaire journalier de référence – mesure phare de la réforme – est annulé par le Conseil d'État (11). Toutefois, cette censure n'a pas de conséquence pratique immédiate. En effet, entre la parution du décret et la décision du juge, la crise sanitaire et ses répercussions sociales ont conduit le gouvernement à suspendre la mise en œuvre des mesures adoptées en 2019 à plusieurs reprises (12). La réforme n'est pas pour autant abandonnée. Loin de tirer les

leçons de la censure du Conseil d'État (13), l'exécutif réitère ses choix quelques mois plus tard par un décret du 30 mars 2021 (soit la veille de la date d'effet de la décision, fixée par le Conseil d'État au 31 mars) : les dispositions annulées par le juge administratif ainsi que celles qui leur étaient liées (14) sont réintroduites, moyennant de menues modifications (voir l'encadré page suivante) (15). Leur entrée en vigueur est prévue pour le 1<sup>er</sup> juillet 2021. L'Unédic produit en quelques jours une nouvelle étude d'impact qui dévoile l'ampleur de la pénalisation des demandeurs d'emploi (16). Plusieurs études de chercheurs et de l'Unédic démontrent aussi que le décret du 30 mars ne parvient pas à réduire les inégalités de traitement condamnées par le Conseil d'État (17). Il apparaît enfin que les aménagements apportés au nouveau mode de calcul du salaire journalier de référence créent de nouvelles inégalités, en particulier envers les salariés ayant eu des périodes de chômage partiel, d'arrêt maladie et de congé de maternité (18). Sur ce dernier point, la ministre du Travail reconnaît un « problème », ce qui entraîne la publication d'un nouveau décret rectificatif en date du 8 juin 2021 (19).

(9) A. Eydoux, préc. ; H. Clouet, préc. ; M. Grégoire, « Non, M. le Premier ministre : le chômage ne paye jamais plus que le travail ! », *Le Monde*, 2 avril 2019.

(10) A. Ruello, « Assurance chômage : syndicats et gouvernement s'opposent sur l'impact de la réforme », *Les Echos*, 20 sept. 2019.

(11) CE, 25 nov. 2020, n<sup>os</sup> 434920, 434921, 434931, 434943, 434944 et 434960, *JCP S*, 2020, act. 510 ; *SSL*, n<sup>o</sup> 1931, 2020 ; *SSL*, n<sup>o</sup> 1934, 2020, note B. Desaint et C. Leite Da Silva ; *AJDA*, 2020, p. 2346, note M.-C. de Montecler. Le Conseil d'État juge que le nouveau mode de calcul du salaire journalier de référence constitue une atteinte au principe d'égalité. La modulation des contributions patronales d'assurance chômage (dispositif du « bonus-malus ») est aussi annulée, pour un motif de forme lié à une subdélégation illégale : le Conseil d'État sanctionne ici « la précipitation du Gouvernement » (B. Desaint, C. Leite Da Silva, préc.).

(12) Le décret de 2019 prévoyait une mise en œuvre des mesures en deux temps. Le premier volet (durcissement de la condition minimale d'affiliation et dégressivité des allocations des hauts salaires) est entré – en vigueur au 1<sup>er</sup> novembre 2019. Cependant, un premier décret n<sup>o</sup> 2020-425 du 14 avril 2020 a suspendu l'application des dispositions jusqu'au 1<sup>er</sup> décembre 2020, période prolongée jusqu'au 31 mars 2021 par un décret n<sup>o</sup> 2020-1716 du 28 décembre 2020, puis jusqu'au 1<sup>er</sup> juillet 2021 par le décret du 30 mars 2021. Ce dernier décret modifie les dispositions en les soumettant à des « critères de retour à meilleure fortune ». Le deuxième volet devait entrer en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2020. Il concernait la modification du mode de calcul du salaire journalier de référence (SJR), qui prenait désormais en compte les périodes non travaillées par un demandeur d'emploi. La mesure n'est jamais entrée en vigueur (suspendue jusqu'au 1<sup>er</sup> septembre 2020 par un décret n<sup>o</sup> 2020-361 du 27 mars 2020, période prolongée jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 2021 par un décret n<sup>o</sup> 2020-929 du 29 juillet 2020, puis jusqu'au 31 mars 2021 par le décret du 28 décembre 2020). La mesure a été réintroduite et partiellement réaménagée par le décret du 30 mars 2021, avec une prise d'effet au 1<sup>er</sup> juillet 2021, mais elle est suspendue par l'ordonnance de référé du Conseil d'État du 22 juin 2021.

(13) B. Desaint, C. Leite Da Silva, préc.

(14) À la suite de l'arrêt du Conseil d'État, les dispositions du règlement d'assurance chômage relatives aux différés d'indemnisation et aux règles de cohérence entre les régimes, liées aux dispositions annulées, ont été abrogées par décret (D. n<sup>o</sup> 2020-1716 du 28 décembre 2020 portant diverses mesures relatives au régime d'assurance chômage, *JORF*, n<sup>o</sup> 0314 du 29 déc. 2020).

(15) Décret n<sup>o</sup> 2021-346 du 30 mars 2021 portant diverses mesures relatives au régime d'assurance chômage, *JORF*, n<sup>o</sup> 0077 du 31 mars 2021.

(16) L'Unédic estime que la première année, avec le nouveau mode de calcul du salaire journalier de référence, 1,15 million d'allocataires ouvriront un droit avec une allocation journalière plus faible (de 17 % en moyenne) qu'avec les règles en vigueur jusqu'alors. La durée théorique d'indemnisation s'établirait à 14 mois en moyenne, contre 11 mois avec les règles d'avant la réforme. Le passage à 6 mois d'affiliation (après retour à meilleure fortune) contre 4 mois impliquerait que 190 000 personnes n'ouvriraient pas de droit dans les 12 premiers mois suivant l'entrée en vigueur de la mesure et 285 000 personnes verraient leur ouverture de droit retardée de 5 mois en moyenne. Quant à la mesure de dégressivité de l'allocation – qui produira ses premiers effets à partir de mars 2022 – entre mars et juin 2022, 35 000 personnes seraient concernées et 25 000 au deuxième semestre de la même année. En rythme de croisière, la réforme conduirait à des moindres dépenses de 2,3 milliards d'euros par an (Unédic, « Étude d'impact de l'évolution des règles d'assurance chômage au 1<sup>er</sup> juillet 2021 », 7 avril 2021 ; *Liaisons sociales quotidiennes* du 9 avril 2021).

(17) Une étude exploratoire montrait des inégalités de traitement importantes (M. Grégoire, « Réforme de l'assurance chômage : À emploi égal et salaire égal, indemnités (très) inégales », *Revue Salariat*, 2021). À la demande de la CGT, l'Unédic a réalisé une étude pour vérifier et affiner ces premiers résultats. La note de l'Unédic du 22 avril 2021 montre que ces inégalités de traitement, pour des salariés strictement identiques (mêmes salaires, mêmes emplois), « peuvent être encore plus importantes que ce que les premières analyses pouvaient laisser craindre » (Unédic, « Décret n<sup>o</sup> 2021-346 du 30 mars 2021 : indemnisation en présence d'une reprise d'activité. Commande CGT, cas types », 22 avr. 2021 ; Conférence de presse de la CGT, présentation de M. Grégoire, 3 mai 2021, [https://www.cgt.fr/sites/default/files/2021-05/Conference\\_presse\\_03052021%20M%20gregoire.pdf](https://www.cgt.fr/sites/default/files/2021-05/Conference_presse_03052021%20M%20gregoire.pdf)).

(18) C. Hautefeuille, « Assurance chômage : le gouvernement s'entête à créer des inégalités », *Mediapart*, 5 avril 2021.

(19) D. n<sup>o</sup> 2021-730 du 8 juin 2021 portant diverses mesures relatives au régime d'assurance chômage, *JORF*, n<sup>o</sup> 0132 du 9 juin 2021. Dans un avis transmis au ministère du Travail concernant le projet de décret, l'Unédic pointe aussi un risque d'illégalité du correctif (A. Ruello, « La réforme de l'assurance chômage une nouvelle fois en question », *Les Echos*, 13 mai 2021).

Les mesures de 2021 n'étant pas substantiellement différentes de celles de 2019, plusieurs organisations syndicales (la CFDT, la CGT, FO, l'UNSA, la FSU, la CFE-CGC, l'Union syndicale Solidaires et des organisations syndicales des guides interprètes et conférenciers) décident de saisir le juge administratif (20). Elles lancent des actions en référé-suspension, lesquelles conduisent à la présente ordonnance du 22 juin 2021. Des recours « au fond » sont aussi engagés et devraient être jugés par le Conseil d'État dans quelques mois. Pour le gouvernement, l'ordonnance de la juge des référés « ne remet pas en cause le

principe de la réforme et les nouvelles règles de calcul de l'allocation chômage. Seule est suspendue la date d'application du décret du 30 mars 2021 qui prévoyait l'application de ce nouveau mode de calcul à compter du 1<sup>er</sup> juillet 2021 » (21). Il a donc opté pour une mesure provisoire, dans l'attente du traitement des recours en excès de pouvoir par la Haute Juridiction administrative : les dispositions de la convention d'assurance chômage de 2017 correspondantes aux dispositions réglementaires suspendues par l'ordonnance de référé sont prolongées, pour le moment jusqu'au 30 septembre 2021 (22).

(20) Voir la tribune de responsables associatifs et syndicaux dont L. Berger (CFDT) et Ph. Martinez (CGT), « La réforme de l'assurance chômage est injuste, absurde et indécente », *Le Monde*, 11 mai 2021.

(21) <https://www.vie-publique.fr/>

(22) D. n° 2021-843 du 29 juin 2021 portant diverses mesures relatives au régime d'assurance chômage, *JORF*, n° 0150 du 30 juin 2021. Dans une allocution télévisée en date du 12 juillet 2021, le

président de la République E. Macron a annoncé que la réforme de l'assurance chômage « sera pleinement mise en œuvre à partir du 1<sup>er</sup> octobre ». Certaines mesures étant pour l'heure suspendues par l'ordonnance de référé, il faut en conclure que le gouvernement se montre confiant sur le fait que le Conseil d'État se sera prononcé sur la demande d'annulation à cette date et que la décision lui aura été favorable.

## Les principales dispositions du décret n° 2021-346 du 30 mars 2021

### Le calcul du salaire journalier de référence\*

Au 1<sup>er</sup> juillet 2021, de nouvelles modalités de calcul du salaire journalier de référence (SJR) et la nouvelle durée d'indemnisation entrent en vigueur et s'appliquent aux nouveaux entrants. Comme le prévoyait le décret de juillet 2019, le nouveau mode de calcul du salaire journalier de référence prend en compte à la fois les jours travaillés et les jours non travaillés durant les 24 mois précédant la dernière fin de contrat de travail. Le décret du 30 mars introduit un plancher pour limiter la baisse du SJR à 43% maximum par rapport au mode de calcul de la convention 2017.

### La condition minimale d'affiliation

La condition minimale d'affiliation, fixée à 4 mois depuis le 1<sup>er</sup> août 2020, passera à 6 mois après « retour à meilleure fortune ». C'est-à-dire après avoir constaté l'amélioration de la situation du marché du travail selon deux critères économiques : la baisse du nombre de demandeurs d'emploi inscrits en catégorie A (sans activité) et la hausse du nombre de déclarations préalables à l'embauche (DPAE) des contrats de plus d'un mois (hors intérim). Au plus tôt, ces conditions pourraient être observées à partir de fin octobre 2021 et les mesures conditionnées à ce retour à meilleure fortune pourraient entrer en vigueur à partir de début 2022.

### La dégressivité de l'allocation

Le décret du 30 mars modifie également la mesure de dégressivité de l'allocation, appliquée aux allocataires de moins de 57 ans qui percevaient un salaire moyen supérieur à 4 500 euros brut par mois. À compter du 1<sup>er</sup> juillet, la dégressivité de l'allocation s'applique après 8 mois d'indemnisation, contre 6 mois dans la version initiale du décret de juillet 2019. Le décompte de jours indemnisés avant l'application de la dégressivité sera ramené à 6 mois quand les clauses de retour à meilleure fortune seront remplies. Le décompte des jours indemnisés est suspendu depuis mars 2020 et est remis à zéro pour l'ensemble des allocataires au 1<sup>er</sup> juillet 2021. Aussi la mesure de dégressivité produira-t-elle ses premiers effets à partir de mars 2022. Entre mars et juin 2022, 35 000 personnes seraient concernées et 25 000 au deuxième semestre 2022.

### Les différés d'indemnisation\*

Le décret du 30 mars rétablit les dispositions qui avaient été abrogées par le décret n° 2020-1716 du 28 décembre 2020 pris dans le prolongement de la décision du Conseil d'État d'annuler les dispositions d'assurance chômage relatives à la détermination de l'allocation.

\* Mesures suspendues par l'ordonnance de référé du 22 juin 2021.

### La modulation des contributions patronales à l'assurance chômage

Le décret du 30 mars rétablit les dispositions relatives au bonus-malus qui avaient été annulées par la décision du Conseil d'État pour subdélégation illégale de la détermination des modalités du bonus-malus. La mesure concerne les contributions patronales assises sur les rémunérations dues au titre des périodes d'emploi courant du 1<sup>er</sup> septembre au 31 octobre 2022. Elle est cantonnée à certains secteurs d'activité désignés par arrêté ministériel. De plus, 78 secteurs d'activité les plus touchés par la crise sont temporairement exclus du champ des dispositions.

Source : Unédic.

## II. La suspension des règles de calcul de l'allocation d'assurance chômage par l'ordonnance de référé du 22 juin 2021

La voie du référé-suspension exige de justifier de l'urgence et de démontrer qu'il y a un doute sérieux quant à la légalité de l'acte contesté (CJA, art. L. 521-1). Dans le cas présent, les organisations syndicales avancent de nombreux moyens. Elles font ainsi la démonstration que le droit administratif offre de nombreuses ressources face aux choix gouvernementaux en matière de protection sociale.

### A. Réforme de l'assurance chômage, mode d'emploi procédural

Un premier ensemble d'arguments a trait au **document de cadrage** transmis en amont des négociations de la convention d'assurance chômage par le Premier ministre. Les requérants rappellent les hypothèses macroéconomiques et les hypothèses d'évolution du nombre prévisionnel de demandeurs d'emploi communiquées à l'ouverture des négociations interprofessionnelles en 2018 (C. trav., art. R. 5422-1). La présente situation économique et sociale étant très différente de celle d'octobre 2018, ils soutiennent que l'acte est caduc ou aurait dû être actualisé, en conséquence de quoi le gouvernement aurait dû relancer une négociation. Les organisations syndicales avancent aussi que le document de cadrage est opposable à l'exécutif ; en l'occurrence, le décret du 30 mars 2021 serait incompatible avec les objectifs et la trajectoire financière fixés dans le document. D'autres arguments procéduraux viennent en renfort (absence de saisine de la Commission nationale de la négociation collective, de l'emploi et de la formation professionnelle).

La juge des référés écarte ces différents moyens au motif qu'ils ne sont pas de nature à créer un doute sérieux à ce stade de l'instruction. Si les contraintes particulières du référé semblent expliquer la décision,

deux points sont intéressants à relever. En premier lieu, la juridiction réitère la décision du 25 novembre dernier et confirme que le décret doit être compatible avec les objectifs et la trajectoire financière fixés dans le document de cadrage (23). Deuxièmement, à bien lire l'ordonnance, les évolutions économiques peuvent théoriquement entraîner une caducité de ce document (même si ce n'est pas le cas ici). À ce propos, la juge des référés met en avant une distinction peu convaincante (il y aurait bien une « *remise en cause profonde* » mais non un « *bouleversement* » des prévisions économiques). La nuance n'est pas explicitée, ni appuyée par des analyses de chercheurs ou d'institutions publiques. On se demande bien quelles circonstances économiques et sociales pourraient être plus bouleversantes que celles qui caractérisent la crise actuelle (« *Si les prévisions de croissance, de nombre de demandeurs d'emploi et du niveau d'endettement figurant dans le document de cadrage ont été profondément remises en causes par les conséquences sur l'activité de la crise sanitaire, la dégradation de la situation économique et du marché de l'emploi ne saurait caractériser un bouleversement tel qu'il rendrait caducs les objectifs et la trajectoire financière fixés dans ce document* », point 11). En réalité, la juridiction administrative ne fait pas tant porter son contrôle sur les données économiques et sociales fournies par le Premier ministre, que sur l'actualité des objectifs financiers assignés au régime de l'Unédic. Ce choix est critiquable, car la force prescriptive du document de cadrage repose précisément sur ces hypothèses macroéconomiques. Il est donc un peu contradictoire de conclure à l'opposabilité du document de cadrage à tous les acteurs, négociateurs de la convention d'assurance chômage comme gouvernement, sans faire entrer les projections économiques dans le débat judiciaire.

(23) En cela, le Conseil d'État confirme des opinions doctrinales ; voir les points de vue de C. Willmann, préc. ; D. Ronet-Yague, préc. ; O. Mériaux, préc. ; L. Camaji, préc.

## B. Ruptures d'égalité et discriminations

Un deuxième groupe de moyens vise **les ruptures d'égalité et les discriminations** générées par le nouveau règlement d'assurance chômage issu du décret du 30 mars 2021. En la matière, le juge administratif exerce un contrôle de la disproportion manifeste. Les effets des nouvelles mesures n'étant guère différents de ceux du décret du 26 juillet 2019, les requérants pointent à nouveau les ruptures d'égalité produites par le changement de détermination du salaire journalier de référence. Ils soulignent qu'elles restent « *manifestement disproportionnées* » en dépit des correctifs apportés par le gouvernement (24). En effet, ces inégalités sont avérées par plusieurs études et elles sont massives : à emploi et rémunération identiques, en application du nouveau SJR, le montant des allocations varie de 1 à 50 entre des allocataires, en fonction de leur calendrier de travail et de chômage (25). Pour les organisations syndicales, des ruptures d'égalité manifestement disproportionnées sont donc établies « *entre les demandeurs d'emploi ayant eu des périodes d'emploi fractionnées selon la répartition des périodes d'emploi au sein de la période de référence et le calendrier de survenance du chômage* », « *entre les demandeurs d'emploi ayant eu des périodes d'emploi continues selon la date de survenance de la période de chômage* », « *et enfin, entre, d'une part, les demandeurs d'emploi ayant connu des périodes d'emploi continues et, d'autre part, ceux ayant connu des périodes d'emploi fractionnées* ». Le décret méconnaîtrait aussi le principe d'égalité en ce que le montant de l'allocation d'aide au retour à l'emploi diffère « *selon que le salarié a ou non été placé en activité partielle au cours du parcours d'emploi* », « *selon que le salarié a ou non été placé en congé maternité ou en congé maladie* » et selon que le salarié « *a ou non connu une période neutralisable* ». Cette pénalisation des allocataires pourrait d'ailleurs caractériser des discriminations directes ou indirectes en raison de l'état de santé, de la grossesse et de la situation de famille. Une partie de ces arguments avaient convaincu le Conseil d'État dans sa décision du 25 novembre 2020. En des termes particulièrement clairs, la Haute Juridiction avait conclu « *qu'en dépit de la contrepartie tenant à la prise en compte des jours non travaillés pour la détermination de la durée d'indemnisation, [il résulte des nouvelles règles] une différence de traitement manifestement disproportionnée au regard du motif d'intérêt général poursuivi* » (26). Dans l'ordonnance du 22 juin 2021, la position de la juge des référés est très différente puisque tous les moyens sont écartés. Comment expliquer cette divergence alors que le principe du SJR n'a pas évolué entre le décret de 2019 et celui de 2021 ?

On peut penser que l'exigence d'un doute sérieux quant à la légalité de l'acte conduit la juge des référés à exercer un contrôle moins poussé. En effet, la juge souligne la large marge de manœuvre dont dispose le pouvoir réglementaire pour atteindre les objectifs établis, ce que n'avait pas fait le Conseil d'État en novembre dernier. Pour la juridiction statuant en sa formation de référé, en l'état de l'instruction, le décret n'est pas entaché d'erreur manifeste d'appréciation ni ne méconnaît le principe d'égalité en la matière : le nouveau mode de calcul du SJR vise bien à « *rendre moins favorable l'indemnisation au titre de l'assurance chômage des salariés connaissant une alternance de périodes d'activité et de période d'inactivité* » et ce moyen est bien, selon le gouvernement, de nature à « *atteindre l'objectif d'intérêt général de stabilité de l'emploi* » (point 21). Ainsi, en d'autres termes, la juge des référés ne contrôle que la cohérence de la décision gouvernementale : l'exécutif met en œuvre le moyen qu'il invoque pour atteindre l'objectif d'intérêt général défini. C'est aussi cette cohérence qui suffit à écarter la violation du principe d'égalité (la différence de traitement est en rapport avec l'objet de la loi et elle est justifiée par l'objectif d'intérêt général). Si le cadre du référé peut peut-être expliquer la position du juge, il n'en demeure pas moins que l'appréciation est bien différente de celle donnée dans la décision du 25 novembre 2020. Dans cet arrêt, le Conseil d'État avait relevé les inégalités de traitement créées par le nouveau mode de détermination du SJR. Il avait contrôlé l'absence de disproportion manifeste entre le traitement différencié et le motif d'intérêt général. Dans la présente ordonnance du 22 juin 2021, la juge des référés s'attache uniquement aux effets de l'aménagement du mode de calcul du SJR opéré à la suite de la censure du Conseil d'État (27). Si elle laisse subsister « *des écarts importants entre allocataires en fonction de la répartition des périodes d'inactivité ainsi que de la durée de celles-ci* », cette différence de traitement n'apparaît pas « *manifestement disproportionnée* », « *d'autant que la baisse*

ment disproportionnée au regard du motif d'intérêt général poursuivi » (26). Dans l'ordonnance du 22 juin 2021, la position de la juge des référés est très différente puisque tous les moyens sont écartés. Comment expliquer cette divergence alors que le principe du SJR n'a pas évolué entre le décret de 2019 et celui de 2021 ?

(24) Ils invoquent également des ruptures d'égalité créées par les nouvelles règles de la dégressivité de l'allocation d'assurance chômage et des différés d'indemnisation.

(25) Voir les références note 17. *Adde* tribune d'un collectif d'universitaires et de la société civile spécialistes en matière d'emploi et de protection sociale, « Inopportune, injuste et inégalitaire : non à la réforme de l'assurance chômage », *Libération*, 5 mai 2021.

(26) CE, 25 nov. 2020, n<sup>os</sup> 434920, 434921, 434931, 434943, 434944 et 434960, préc.

(27) Ils s'agit d'un mécanisme de plafonnement des jours non travaillés au cours de la période de référence, de sorte que la baisse du montant du salaire journalier de référence est limitée à 43 % du montant obtenu par application de l'ancienne formule de calcul.



de l'allocation journalière est compensée par l'allongement de la durée d'indemnisation [...] et devrait, selon l'Unédic, s'établir, en moyenne, à 17% pour les allocataires concernés » (point 22). Faut-il comprendre que le correctif apporté par le gouvernement permet d'échapper à la censure (la disproportion aurait cessé d'être manifeste) ? Plusieurs éléments permettent d'en douter. D'une part, la baisse du montant de l'allocation journalière est (à peu de chose près) la même (17% en application du décret du 30 mars 2021, contre 22% du fait du décret du 26 juillet 2019 selon l'Unédic (28)). D'autre part, la parole gouvernementale tient une grande place dans l'argumentation du juge (« cette différence de traitement, selon la ministre du travail, de l'emploi et de l'insertion, vise à rendre moins avantageuse l'indemnisation d'assurance chômage en cas de parcours d'emploi fractionné afin d'inciter les salariés et demandeurs d'emploi à privilégier les emplois stables », point 23), ce qui n'était pas le cas dans l'arrêt du 25 novembre 2020. Serait-ce le signe que la Haute Juridiction administrative est finalement convaincue – du moins en sa formation de référé – par la doctrine du « chômeur optimisateur » (théorie très décriée et sans laquelle toute la réforme s'effondre, voir *infra*, III) ? Ou est-ce la manifestation d'une certaine prudence commandée par la voie du référé-suspension ?

## C. Des atteintes à la nature assurantielle du régime et à la substance des droits sociaux

Enfin, une troisième série d'arguments est développée par les requérants. Elle concerne **la logique de protection sociale et la substance des droits à prestation sociale de l'assurance chômage**. Il faut saluer ce choix fait par plusieurs organisations syndicales et leurs conseils, car il soulève les questions fondamentales ; tout le reste ou presque en dépend. Les moyens développés dans les requêtes s'attachent au sens des mesures réglementaires issues du décret du 30 mars 2021. Ils pointent fort justement la teneur véritable du nouveau règlement d'assu-

rance chômage : par l'entremise d'un simple petit texte réglementaire, c'est une réforme systémique et non simplement paramétrique de la couverture sociale du risque du chômage qui est orchestrée. La rupture avec les principes essentiels est si nette qu'elle signe « *la fin de la couverture assurantielle de la privation d'emploi* » (29). En effet, le nouveau mode de calcul de l'allocation introduit un bouleversement sans précédent dans la logique de cette couverture sociale : l'allocation d'assurance chômage n'a plus vocation à remplacer les salaires perdus (30). Ainsi que nous l'avons expliqué dans les colonnes du *Droit ouvrier* (31), ce changement de principe – ou ce changement d'objet de la couverture d'assurance chômage – repose sur l'abandon de la référence à la notion de salaire qui gouverne le droit de l'assurance chômage. En dépit du maintien de l'appellation de « salaire journalier de référence », le texte substitue à la notion de salaire journalier un nouveau paramètre consistant en un « *quantum d'emploi* » (32). En effet, bien que l'allocation d'assurance reste calculée sur la base de ce « salaire journalier de référence », le décret modifie ce paramètre de sorte à inclure les jours non travaillés dans le calcul ; il en résulte que le SJR ne représente plus la moyenne des salaires perçus au cours d'une période de référence, et que l'allocation n'est donc plus liée aux salaires perdus. En « *mettant à mal la grammaire de l'indemnisation telle qu'elle prévalait depuis 1958* », la nouvelle formule transforme ainsi profondément la logique et l'objet même de l'indemnisation : « *la vocation de l'assurance chômage n'est plus d'indemniser la privation involontaire d'emploi en assurant un revenu de remplacement du salaire dans les périodes dans lesquelles celui-ci fait défaut* » (33). Ce changement de principe est, de fait et de surcroît, à la racine des inégalités de traitement entre allocataires qui ont été évoquées ci-dessus (voir *supra*, II-B) (34). Pour tous les allocataires, quelles que soient leur situation d'emploi et leur calendrier de travail et de chômage, la réforme rompt avec le principe et la fonction historique de l'assurance chômage.

(28) Voir les études d'impact réalisées de l'Unédic en 2019 et 2021 (précitées).

(29) M. Grégoire, « Réforme de l'assurance chômage : vers la fin de la couverture assurantielle de la privation d'emploi », *RDT*, 2021, p. 364.

(30) Voir dans ce numéro les explications de M. Grégoire, sociologue et de D. Gravouil, secrétaire général de la CGT Spectacle.

(31) L. Camaji, « Le délitement de la logique salariale de l'assurance chômage », *Dr. ouv.*, 2020, p. 284.

(32) Voir les explications de M. Grégoire : « *La réforme de l'assurance chômage introduite par les décrets du 26 juillet 2019 et du 30 mars 2021 n'est pas une réforme paramétrique. C'est une réforme systémique. Il ne s'agit pas de donner une nouvelle définition au "salaire journalier de référence" (comme on l'a fait par le passé en choisissant de calculer ce paramètre sur telle ou telle durée). Il s'agit d'introduire un nouvel objet qui n'est pas un salaire, mais un indicateur synthétique de salaire et de quantum d'emploi, en*

*lieu et place de ce salaire journalier* » (M. Grégoire « Réforme de l'assurance chômage : vers la fin de la couverture assurantielle de la privation d'emploi », préc.).

(33) M. Grégoire, « Réforme de l'assurance chômage : vers la fin de la couverture assurantielle de la privation d'emploi », préc.

(34) Avec le décret du 30 mars 2021 une allocation d'assurance chômage présente désormais une nature duale selon la situation d'emploi et de chômage de son bénéficiaire. Dans le cas d'une activité antérieure à caractère continu, l'allocation reste toujours corrélée aux anciens salaires ; une certaine continuation du salaire perdu est toujours assurée en apparence. En revanche, pour les travailleurs en emploi discontinu, elle se présente désormais comme un capital que l'allocataire se doit de bien gérer (L. Camaji, préc.). Elle tend à se confondre avec une garantie minimale de ressources (A. Eydoux, « La réforme de l'assurance chômage ou le bel avenir du revenu universel d'activité », *Alternatives économiques*, 12 juillet 2019).

En substitution, le décret instaure « *un mécanisme proche d'une franchise mensuelle de telle sorte que l'objet de l'indemnisation assurancielle ne soit plus la privation d'emploi, mais le seul supplément de privation d'emploi* » (35).

Toute la question est de parvenir à saisir sous un angle juridique ce changement de paradigme dans ce secteur de la protection sociale. Les requérants visent le cœur de la réforme systémique – le changement du SJR – sous deux angles : l'erreur de droit et la violation de droits fondamentaux. Ils mettent en avant qu'en vertu de la loi, l'objet du régime légal d'assurance chômage est d'assurer un revenu de remplacement consistant à servir une allocation (journalière) en rapport avec les salaires perdus (journaliers). Ils soulignent par là-même la « *nature assurantielle* » du régime de l'Unédic qui la distingue des dispositifs de protection sociale de type assistanciel (36). Les organisations syndicales rappellent aussi que les droits civils et sociaux fondamentaux engendrent des obligations positives pour les États, dont l'une des principales est de garantir la substance même du droit (37). Or, on l'a vu ci-dessus, en substituant au salaire journalier un nouveau paramètre (« *le quantum d'emploi* »), « *des salariés privés involontairement d'emploi se verront exclus du bénéfice de la couverture assurancielle pour tout ou partie de leur période de chômage* » (38). Tous ces arguments tendent à souligner que l'assurance chômage, en tant qu'institution de protection sociale, consiste à garantir les assurés contre les conséquences d'un risque social, risque que la loi désigne (la « *privation d'emploi* » (39)). En d'autres termes, l'objet et la finalité de cette couverture sociale est de protéger les travailleurs contre les conséquences d'un événement (la privation d'emploi et des salaires correspondants) dont il est reconnu que la responsabilité incombe à la société (40). On peut donc

(35) M. Grégoire, « Réforme de l'assurance chômage : vers la fin de la couverture assurancielle de la privation d'emploi », préc.

(36) La trajectoire du régime de l'Unédic depuis les années 1980 est précisément fondée sur l'approfondissement de cette distinction, jusqu'à l'inscrire dans les structures institutionnelles et la constituer en mot d'ordre commun aux organisations syndicales de salariés et patronales (C. Daniel, « L'indemnisation du chômage depuis 1979 : différenciation des droits, éclatement des statuts », *Revue de l'IRE*, n° 29, 1999 ; C. Tuchszirer, « Un dispositif indemnitaire devenu insensible aux évolutions du marché du travail », *Chronique internationale de l'IRE*, n° 115, 2008, p. 100). Parmi les nombreuses références exposant les logiques assurantielles et assistancielles qui traversent tout système de protection sociale, il est renvoyé à M. Borgetto, R. Lafore, « La protection sociale à la croisée des chemins ? », *L'Économie politique*, vol. 73, n° 1, 2002, p. 71 ; M. Borgetto, « Logique assistancielle et logique assurancielle dans le système français de protection sociale : les nouveaux avatars d'un vieux débat », *Dr. soc.*, 2003, p. 115 ; M. Borgetto, A.-S. Ginon, F. Guiomard (dir.), « Introduction », *Quelles protections sociales demain ?*, Dalloz, 2016, coll. « Thèmes et commentaires ».

(37) D. Roman (dir.), *La Justiciabilité des droits sociaux : vecteurs et résistances*, Éditions Pédone, 2012.

s'inquiéter de la légèreté avec laquelle la formation de référés semble acquiescer au dessein du gouvernement, alors qu'il y aurait eu matière à conclure à un doute sérieux quant à la légalité de l'acte.

## D. Un objectif d'intérêt général manifestement non atteignable

Bien que tous les moyens ci-dessus aient été écartés, **la juge des référés prononce tout de même la suspension des dispositions du règlement d'assurance chômage issues du décret du 30 mars 2021** relatives au salaire journalier de référence, à la durée d'indemnisation, aux différés d'indemnisation et à la coordination des régimes. En effet, le décret pourrait être entaché d'une erreur manifeste d'appréciation, dès lors qu'« *il ne résulte pas de l'instruction d'éléments suffisants permettant de considérer que les conditions du marché du travail sont à ce jour réunies pour atteindre l'objectif d'intérêt général poursuivi* » (point 32). La juridiction relève les incertitudes importantes pesant sur le marché du travail et la situation économique, en s'appuyant sur les prévisions de l'Unédic et du Haut Conseil des finances publiques. Dans ce contexte, l'objectif de stabilité de l'emploi que s'assigne l'exécutif n'est manifestement pas atteignable (41). La question est désormais de savoir si la décision du juge administratif repose uniquement sur l'impossibilité d'anticiper l'évolution économique et sociale des prochains mois. C'est l'interprétation qu'en retient le gouvernement : pour l'exécutif, dans l'hypothèse d'une levée des incertitudes, le Conseil d'État écartera l'erreur manifeste d'appréciation. Cependant, une autre lecture de l'ordonnance est permise. En appréciant les « *conditions du marché du travail* », la juridiction exerce bien un contrôle de l'adéquation des moyens aux fins, même si l'intensité de ce contrôle est limitée. Cela est finalement assez

(38) M. Grégoire, « Réforme de l'assurance chômage : vers la fin de la couverture assurancielle de la privation d'emploi », préc.

(39) C. trav., art. L. 5422-1.

(40) G. Perrin, « La sécurité sociale au passé et au présent », *RFAS*, 2/1979, p. 87 ; E. Alfandari, « L'évolution de la notion de risque social », *Revue internationale de droit économique*, 1997, p. 9 ; F. Kessler, « La notion de risque social », *Encyclopédie de la protection sociale*, Éditions Liaison, 2000, p. 243 ; J.-P. Chauchard, « De la définition du risque social », *TPS*, n° 6, 2000, p. 4 ; R. Lafore, « La notion de "risque social" », *Regards* (EN3S), n° 26, 2006, p. 24 ; M. Badel, « Brève de juriste : Le risque et la Sécurité sociale » in *Études offertes à Michel Vidal*, PU Bordeaux, 2010, p. 121.

(41) Certains économistes orthodoxes, pourtant partisans du programme présidentiel d'E. Macron, se sont d'ailleurs opposés à la réactivation de la réforme. Les nouvelles règles applicables aux demandeurs d'emploi risquent « *de pénaliser des précaires à la lisière du marché du travail, qui ont été déjà durement frappés* » par la récession en cours, selon J. Pisani-Ferry (B. Bissuel, « Une réforme de l'assurance chômage critiquée par des économistes qui avaient soutenu Macron en 2017 », *Le Monde*, 31 mars 2021).

surprenant, au terme d'une ordonnance qui fait la part belle au discours gouvernemental. En fait, la formation de référés semble hésiter sur le degré et l'objet de son contrôle. D'un côté, elle souligne à de nombreuses reprises la grande marge d'appréciation dont dispose le gouvernement. De l'autre, elle relaie les conclusions de l'étude de la Dares relative à l'usage des contrats courts, laquelle souligne « *que l'alternance de périodes d'activité et de périodes d'inactivité est le plus souvent une situation subie par les salariés* » (42) (point 31). La juge analyse aussi la cohérence des mesures et s'interroge : comment considérer que les règles relatives au SJR permettront

de réduire le recours aux contrats courts, alors que le dispositif du bonus-malus affectant les contributions patronales n'entre en application qu'au 1<sup>er</sup> septembre 2022 (point 31) ? Tous ces éléments laissent penser que le Conseil d'État annulera les dispositions du décret qui sont pour l'heure suspendues. L'erreur manifeste d'appréciation existe bel et bien : puisqu'il est démontré que les contrats courts constituent « *un outil de flexibilité pour les employeurs* », « *une situation subie par les salariés* », et dans un contexte économique où le taux de chômage demeure élevé, la réduction de l'indemnisation des chômeurs en emploi discontinu ne peut produire aucun effet sur le taux d'emploi durable.

### III. « Où mènent les mauvais chemins » (43)

Tout à sa détermination à faire passer la réforme du calcul de l'allocation, le gouvernement a abandonné en chemin l'argument qui était pourtant central en 2019 : à l'époque, il en allait de la justice entre les allocataires (44). La juge des référés ne s'est pas trompée sur la justification véritable. L'allocation d'aide au retour à l'emploi (ARE) est désormais conçue comme une pure prestation sociale incitative. Seuls comptent ses « paramètres »,

savamment dosés afin de produire un changement de comportement chez les destinataires. Sur cet aspect, le gouvernement a semble-t-il déjà échoué à convaincre le Conseil d'État. On l'a vu, la juridiction se montre circonspecte (45). Elle trouvera de nombreux économistes et sociologues pour emporter définitivement sa conviction. Il faut se rendre à l'évidence, « *le chômeur optimisateur décrit par le gouvernement n'existe pas* » (46).

(42) « Quels sont les usages des contrats courts ? », synthèse des quatre rapports d'études, *Dares Analyses*, n° 18, mai 2021 ; voir spéc. M. Grégoire, D. Remillon, O. Baguelin, C. Vivès, J. Kim, J. Dulac, « Emploi discontinu et indemnisation du chômage : Quels usages des contrats courts ? », *Dares*, rapport d'études n° 004, 6 mai 2021.

(43) La citation est issue de l'œuvre d'Honoré de Balzac, mais le titre est ici un hommage au professeur Gérard Lyon-Caen. Visionnaire, l'éminent juriste avait décelé dès les années 1990 la transformation du droit du travail en un « *droit de l'activité* » composite et inégalitaire. Dans ce nouveau droit, « *les dirigeants sont traités comme des salariés, même au regard de la sécurité sociale* » ; « *les travailleurs qualifiés et les cadres sont des travailleurs salariés "permanents", bénéficient dans sa totalité du droit du travail* » ; « *viennent ensuite tous ceux qui s'accrochent encore à un Code du travail de moins en moins accueillant : travailleurs à l'essai, à durée déterminée, intérimaires, occasionnels et intermittents, travailleurs à temps partiel ou en chômage partiel. [...] C'est le demi-emploi ; le sous-emploi* » ; puis viennent « *les chômeurs indemnisés, mais pour lesquels est tolérée une activité réduite ou occasionnelle ; activité au sein de laquelle le travail indépendant peut parfaitement se rencontrer. Ils sont placés dans une situation intermédiaire entre emploi et chômage* » ; « *Les faux indépendants se situent à quelques foulées* » ; « *Les vrais indépendants, entrepreneurs individuels régis par la seule liberté d'entreprise, ne sont pas concernés par le droit du travail, sauf parfois comme employeurs* » ; « *Les indépendants appartenant à des professions soit à statut, soit à accès contrôlé sont au sommet* » (G. Lyon-Caen, « Où mènent les mauvais chemins », *Dr. soc.*, 1995, p. 647). Avec le décret du 30 mars 2021, le droit du non-emploi est désormais également fragmenté.

(44) Voir la réfutation économique de M. Grégoire, « Non, M. le Premier ministre : le chômage ne paye jamais plus que le travail ! », préc. Sur l'argumentation juridique, L. Camaji, préc.

(45) Le propos doit être nuancé. Il faut remarquer la facilité avec laquelle le juge administratif accueille cette finalité incitative des prestations sociales de chômage. La reprise sans mot dire du discours gouvernemental dans cette ordonnance le montre. Dans d'autres arrêts, le Conseil d'État valide aussi sans discussion

l'idée reçue selon laquelle la dégressivité de l'allocation serait incitative au retour à l'emploi (CE, 12 février 2020, n° 434931 ; voir L. Camaji, préc.). Outre le fait que ces théories ne reposent sur aucune preuve économique (voir note suivante), cette nouvelle fonction assignée aux prestations sociales ne peut pas être avalisée telle quelle sur un plan juridique. Avant d'être incitative, la fonction première d'une prestation sociale est de protéger contre un risque social ou d'assurer la prise en charge d'un besoin. Cette fonction est inscrite dans le droit (v. les dispositions légales décrivant l'objet de chaque couverture sociale) et elle est soutenue par des droits sociaux fondamentaux (notamment le droit à la Sécurité sociale).

(46) C. Vivès, « Allocations chômage : "Le chômeur optimisateur décrit par le gouvernement n'existe pas" », *Mediapart*, 18 juin 2021 ; C. Vivès, M. Grégoire, « Les salariés en contrats courts : chômeurs optimisateurs ou travailleurs avant tout ? », CEET, *Connaissance de l'emploi*, n° 168, mai 2021. La position du gouvernement repose sur la thèse de deux économistes orthodoxes, P. Cahuc et C. Prost (P. Cahuc, C. Prost, « Améliorer l'assurance chômage pour limiter l'instabilité de l'emploi », *Note du Conseil d'analyse économique*, n° 24, septembre 2015). Les auteurs considèrent que les demandeurs d'emploi choisiraient volontairement un contrat de travail précaire afin d'optimiser leurs gains en travaillant le moins possible compte tenu des règles de cumul des activités réduites. Le manque de pertinence de cette position est dénoncé par des économistes et des spécialistes des questions de chômage (voir les explications détaillées d'A. Eydoux, préc. ; M. Grégoire, préc. ; H. Sterdyniak, « Défendre et développer l'assurance chômage », *Note des économistes atterrés*, janvier 2021). La controverse a donné lieu à des échanges par tribunes interposées au moment de la parution du décret du 30 mars 2021 : P. Cahuc, S. Carcillo, F. Fontaine, « La réforme de l'assurance chômage va clairement dans le bon sens », *Le Monde*, 9 mai 2021 ; M. Grégoire, « Aucune étude n'a jamais établi de lien de causalité entre assurance chômage et explosion des contrats courts », *Le Monde*, 25 mai 2021 ; P. Cahuc, S. Carcillo, F. Fontaine, « La meilleure connaissance des paramètres de l'assurance chômage exerce bien un effet d'enfermement dans le chômage », *Le Monde*, 1<sup>er</sup> juin 2021.



Cependant, l'enjeu principal des recours en annulation se situe dans le changement de paradigme introduit par le décret (et avant lui par le décret du 26 juillet 2019). En effet, toute la réforme élaborée par le décret du 30 mars 2021 repose sur les postulats inverses aux assurances sociales (47) : dans la mal nommée « assurance chômage » voulue par le gouvernement, avant tout, le chômeur est responsable de son absence d'emploi ; la société ne lui doit qu'un filet de sécurité minimal, dont la vocation première est l'incitation à la reprise d'emploi ; l'inintelligibilité et l'inaccessibilité du dispositif garantissent l'efficacité de cette incitation, notamment parce qu'elles contribuent à rendre la prestation sociale moins attractive. Il ne s'agit pas de pures orientations de politique sociale placées hors de la compétence du juge. Au contraire, le problème est bien juridique, car les principes de l'assurance sociale sont inscrits dans les textes normatifs qui s'imposent au pouvoir réglementaire (48). La référence au salaire dans les dispositions légales du Code du travail en est un des piliers (49). D'une manière générale, tel est le fondement des couvertures sociales assurantielles. Que dirait-on si, demain, les indemnités journalières de la Sécurité sociale en cas de maladie ou de maternité étaient calculées sur les revenus des mois ou des années passées sans neutralisation des jours non travaillés ? Quelle serait notre réaction, si le salaire moyen servant de référence pour la détermination de la pension

de retraite de base était finalement calculé sur les 42 meilleures années ? Assurément, ces mesures nous paraîtraient s'éloigner des principes essentiels de la Sécurité sociale. Si cela ne saute pas (ou plus) aux yeux concernant l'assurance chômage, c'est bien parce que ce secteur de la protection sociale a subi l'attraction des politiques dites d'« activation » depuis les années 2000 (50). Le mouvement est européen. Au bout de ce chemin, les prestations n'ont plus de sociales que le nom : considérées comme des outils incitatifs (51), fondées sur des représentations des bénéficiaires comme des agents économiques calculateurs, fraudeurs ou paresseux (52), elles n'ont plus pour fonction de prendre en charge un risque social. Afin que ce retour en force de la morale comme mode de traitement privilégié de la question sociale ne fasse pas définitivement disparaître l'objet même d'une couverture sociale d'assurance chômage, on ne peut qu'espérer que la Haute Juridiction administrative se saisisse de ces bouleversements.

Non, l'assurance chômage n'est pas réductible à une trajectoire financière de réduction de la dépense publique.

Non, l'assurance chômage ne peut pas être sacrifiée sur l'autel d'un raisonnement économique que rien ne justifie.

Non, l'assurance chômage ne doit pas disparaître.

**Laure Camaji**

(47) Voir par exemple H. Sterdyniak, « Défendre et développer l'assurance chômage », *Note des économistes atterrés*, janvier 2021. La professeure Isabelle Vacarie soulignait en 2018 : « comment ne pas être troublé par la distance [que l'assurance chômage] a prise avec la philosophie de l'assurance "sociale" » (I. Vacarie, « Le sens du paritarisme en matière d'assurance chômage », *SSL*, n° 1813, 30 avril 2018). Sur la notion d'assurance sociale, il faut relire Dupeyroux (J.-J. Dupeyroux, « L'évolution des systèmes et la théorie générale de la sécurité sociale », *Dr. soc.*, 1966, p. 11) et P. Durand (« L'organisation de la Sécurité sociale dans les grands pays du monde : la Sécurité sociale face à l'assurance et l'assistance », leçon donnée le 10 novembre 1947 à l'ENA, in M. Laroque, O. Vernier, « En souvenir du professeur Paul Durand, pionnier de l'enseignement de la Sécurité sociale », *Revue d'histoire de la protection sociale*, n° 6, vol. 1, 2013, p. 105).

(48) La répartition des compétences fixée par la Constitution de 1958 donne une large compétence au gouvernement en matière de droit du travail et de sécurité sociale, ce qui explique qu'une réforme d'une telle ampleur puisse être orchestrée par un texte réglementaire.

(49) C. trav., art. L. 5422-3 (le texte vise la « rémunération antérieurement perçue » du salarié). Il faut aussi rappeler que l'allocation d'assurance est en partie financée par des cotisations sociales (aujourd'hui uniquement patronales) assises sur ces mêmes rémunérations (C. trav., art. L. 5422-9). La rémunération constitue donc une catégorie juridique du droit de l'assurance chômage, sur laquelle sont construits les deux dispositifs de l'allocation d'assurance et des contributions patronales. Dans une perspective sociologique, il a été démontré que la notion de salaire était constitutive de l'institution de l'assurance chômage. Comme l'explique le sociologue Jean-Pascal Higelé, « l'histoire de l'Unédic est celle de la socialisation du salaire » (J.-P. Higelé, « Quel salaire pour les chômeurs ? », *Les Notes de l'IES*, n° 4, mai 2009).

(50) Les références sont très nombreuses sur le sujet. Il est renvoyé à J.-C. Barbier, « Peut-on parler d'« activation » de la protection sociale en Europe ? », *Revue française de sociologie*, n° 43-2, 2002, p. 307.

(51) I. Vacarie, « Le sens du paritarisme en matière d'assurance chômage », *SSL*, n° 1813, 30 avril 2018. Plus largement, sur l'apparition des incitations en droit social, S. Leroy-Arlaud, « Droit social et incitations : Contribution à l'étude des transformations de la normativité juridique », th. Université Paris-Nanterre, 2014 ; E. Serverin, B. Gomel, « Le revenu de solidarité active ou l'avènement des droits incitatifs », Centre d'études de l'emploi, document de travail, n° 154, 2012, p. 9 ; O. Leclerc, T. Sachs, « Gouverner par les incitations : La diffusion d'une logique incitative dans le droit du travail », *Revue française de socio-économie*, hors-série, n° 2, 2015, p. 171 ; P.-E. Berthier, « Les incitations légales », *SSL*, supplément, n° 1680, 2015, p. 36 ; A.-S. Ginon, « Les transformations de la Sécurité sociale : question de droits ou du droit ? », *RDSS*, 2016, p. 80. Sur l'évolution des politiques sociales en ce sens, M. Arrignon, *Gouverner par les incitations : Les Nouvelles Politiques sociales en Europe*, Presses universitaires de Grenoble, 2016.

(52) R. Castel, « De la protection sociale comme droit », in R. Castel, N. Duvoux, *L'Avenir de la solidarité*, PUF-laviedesidees.fr, 2013, p. 5 ; A. Fretel, B. Touchelay, M. 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 ; V. Dubois, *Contrôler les assistés : Genèses et usages d'un mot d'ordre*, Éditions Raisons d'agir, 2021, coll. « Cours et travaux ».

**CHÔMAGE** Référé suspension – Décret n° 2021-346 portant diverses mesures relatives au régime d'assurance chômage – Nouvelle définition du salaire journalier de référence – Ruptures d'égalité manifestement disproportionnées entre les demandeurs d'emploi (Non) – Atteinte au droit à un revenu de remplacement (Non) – Conditions du marché du travail – Date d'entrée en vigueur des dispositions relatives à la détermination du salaire journalier de référence – Demandeur d'emploi au parcours fractionné – Erreur manifeste d'appréciation de nature à créer un doute sérieux sur la légalité du décret – Suspension de l'exécution du décret en ce qu'il fixe dès le 1<sup>er</sup> juillet 2021 la date d'entrée en vigueur des dispositions relatives à la détermination du salaire journalier de référence.

CONSEIL D'ÉTAT – Juge des référés – Ordonnance du 22 juin 2021

(n<sup>os</sup> 452210, 452805, 452839, 452844, 452865, 452886)

CFE-CGC, UNSA, CGT et autres CFDT, FÉDÉRATION NATIONALE DES GUIDES INTERPRÈTES  
ET CONFÉRENCIERS et autres CGT-FO

Vu les procédures suivantes (...)

1. Sous le n° 452839, par une requête et un mémoire en réplique, enregistrés les 21 mai et 9 juin 2021 au secrétariat du contentieux du Conseil d'État, la Confédération générale du travail (CGT), l'Union syndicale Solidaires et la Fédération syndicale unitaire (FSU) demandent au juge des référés du Conseil d'État, statuant sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative :

1°) de suspendre l'exécution du décret n° 2021-346 du 30 mars 2021 portant diverses mesures relatives au régime d'assurance chômage ;

2°) de mettre à la charge de l'État la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elles soutiennent que :

- la condition d'urgence est remplie ;
- il existe un doute sérieux quant à la légalité du décret contesté ;
- le décret est entaché d'erreur de droit en ce que la nouvelle définition du salaire journalier de référence engendre des ruptures d'égalité manifestement disproportionnées entre les demandeurs d'emplois ayant eu des périodes d'emploi fractionnées selon la répartition des périodes d'emploi au sein de la période de référence et le calendrier de survenance du chômage, entre les demandeurs d'emploi ayant eu des périodes d'emploi continues selon la date de survenance de la période de chômage et enfin, entre, d'une part, les demandeurs d'emploi ayant connu des périodes d'emploi continues et, d'autre part, ceux ayant connu des périodes d'emploi fractionnées ;
- il est entaché d'erreur de droit dès lors que la refonte des modalités de détermination du salaire journalier de référence qu'il opère méconnaît tant l'objet du régime légal d'assurance chômage, lequel prévoit l'obligation d'assurer aux demandeurs d'emploi un revenu de remplacement, que sa nature assurantielle ;
- l'atteinte portée au droit à un revenu de remplacement est d'une ampleur telle qu'elle entame ce droit dans sa substance même, eu égard notamment

aux difficultés auxquelles se trouveront confrontés les travailleurs précaires pour faire jouer leur droit d'option, caractérisant ainsi une violation des stipulations de l'article 1<sup>er</sup> du protocole additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

– il instaure un dispositif intelligible et inaccessible pour les demandeurs d'emploi ;

– la neutralisation, pour le calcul du salaire journalier de référence, des périodes de maladie, de maternité, de paternité, d'adoption et des périodes pendant lesquelles le salarié a été indemnisé au titre de l'allocation partielle caractérise, d'une part, une discrimination illégale en raison de l'état de santé, de la grossesse ou encore de la situation de famille et, d'autre part, méconnaît le principe d'égalité en ce qu'elle pénalise nécessairement davantage les allocataires ayant des périodes d'emploi fractionnées.

1. Sous le n° 452844, par une requête, enregistrée le 21 mai 2021 au secrétariat du contentieux du Conseil d'État, la Confédération française démocratique du travail (CFDT) demande au juge des référés du Conseil d'État, statuant sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative :

1°) de suspendre l'exécution du décret n° 2021-346 du 30 mars 2021 portant diverses mesures relatives au régime d'assurance chômage ;

2°) de mettre à la charge de l'État la somme de 4 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- la condition d'urgence est satisfaite ;
- il existe un doute sérieux quant à la légalité du décret contesté ;
- le décret a été adopté à l'issue d'une procédure irrégulière dès lors que, d'une part, malgré la crise économique résultant de la situation sanitaire, le Gouvernement n'a pas transmis aux partenaires sociaux un nouveau document de cadrage contenant une actualisation des hypothèses macroéconomiques et des hypothèses d'évolution du nombre prévisionnel

de demandeurs d'emploi indemnisés sur les trois prochains exercices à venir, méconnaissant ainsi les dispositions de l'article L. 5422-20-1 du code du travail et, d'autre part, la commission nationale de la négociation collective, de l'emploi et de la formation professionnelle a été saisie du projet de décret sans aucun autre élément d'appréciation et n'a donc pas été mise en mesure de fournir préalablement à son adoption un avis éclairé, en méconnaissance des dispositions combinées des articles L. 2271-1 (10°) et L. 5422-20-1 du code du travail ;

– il méconnaît les dispositions des articles L. 5422-20 et L. 5422-20-1 du code du travail dès lors que les objectifs assignés par le décret ne sont pas compatibles avec ceux présentés dans le document de cadrage ;

– il est entaché d'erreur de droit en ce que les dispositions modifiant les modalités de calcul du salaire journalier de référence portent atteinte aux principes assurantiels posés aux articles L. 5422-2 et L. 5422-3 du code du travail dès lors qu'elles instaurent un critère supplémentaire lié aux jours non travaillés, qui aboutit à ce que deux salariés travaillant le même nombre d'heures et ayant obtenu la même rémunération, mais avec un rythme de travail différent, bénéficient d'un salaire journalier de référence très différent et donc d'une allocation chômage dont le montant présente un écart important ;

– il est entaché d'erreur de droit et d'erreur manifeste d'appréciation en ce qu'il accorde un rôle central à la lutte contre les phénomènes de « permittence », alors que l'administration n'établit pas qu'un tel objectif aurait un effet sur le nombre de demandeurs d'emploi ni qu'un tel objectif est pertinent dans une situation économique dégradée et présentant des perspectives de reprise incertaines du fait de la crise sanitaire, et en ce qu'il fixe au 1<sup>er</sup> juillet 2021 l'entrée en vigueur des nouvelles règles sur le salaire journalier de référence alors que le mécanisme de modulation des contributions patronales d'assurance chômage ne sera appliqué qu'au 1<sup>er</sup> septembre 2022 ;

– les dispositions instituant les nouvelles modalités de calcul du salaire journalier de référence portent atteinte au principe d'égalité et sont entachées d'erreur manifeste d'appréciation dès lors que l'instauration d'un plancher ne remédie pas aux écarts de rémunération constatés dès lors que, d'une part, le nombre de personnes dont l'allocation chômage diminuera reste le même et que, d'autre part, les écarts d'indemnisation demeureront trop importants ;

– le décret est entaché d'erreur de droit dès lors que la nouvelle formule de calcul du salaire journalier de référence allonge le différé d'indemnisation des congés payés sans que cet allongement soit en lien avec l'objectif poursuivi par le pouvoir réglementaire.

1. Sous le n° 452865, par une requête et un mémoire en réplique, enregistrés les 21 mai et 9 juin 2021 au secrétariat du contentieux du Conseil d'État,

la Fédération nationale des guides interprètes et conférenciers (FNGIC), le Syndicat professionnel des guides interprètes conférenciers (SPGIC), l'Association nationale des guides-conférenciers des Villes et Pays d'art et d'histoire (ANCOVART) et le Syndicat national des guides conférenciers (SNGC) demandent au juge des référés du Conseil d'État, statuant sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative :

1°) de suspendre l'exécution du décret n° 2021-346 du 30 mars 2021 portant diverses mesures relatives au régime d'assurance chômage ;

2°) de mettre à la charge de l'État la somme de 6 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Ils soutiennent que :

– ils justifient d'un intérêt pour agir ;

– la condition d'urgence est remplie ;

– il existe un doute sérieux quant à la légalité du décret contesté ;

– ce décret méconnaît le principe d'égalité dès lors que la nouvelle formule de calcul du salaire journalier de référence crée des différences de traitement manifestement disproportionnées entre les demandeurs d'emploi ayant eu des périodes d'emploi discontinues selon la répartition des périodes d'emploi au sein de la période de référence et selon le calendrier de survenance du chômage, et entre les demandeurs d'emploi selon qu'ils ont eu un parcours d'emploi continu ou fractionné, alors qu'aucun motif d'intérêt général n'est de nature à justifier cette différence de traitement ;

– il engendre une discrimination indirecte et injustifiée à l'égard des femmes qui constituent la majorité des travailleurs ayant un parcours d'emploi fractionné.

1. Sous le n° 452886, par une requête, enregistrée le 22 mai 2021 au secrétariat du contentieux du Conseil d'État, la Confédération générale du travail-Force ouvrière (CGT-FO) demande au juge des référés du Conseil d'État, statuant sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative :

1°) de suspendre l'exécution du décret n° 2021-346 du 30 mars 2021 portant diverses mesures relatives au régime d'assurance chômage ;

2°) de mettre à la charge de l'État la somme de 3 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

– l'urgence est caractérisée ;

– il existe un doute sérieux quant à la légalité du décret contesté ;

– le décret méconnaît le principe d'égalité en ce que le montant du salaire journalier de référence, dont dépend le montant de l'allocation de retour à l'emploi, diffère selon que le salarié a ou non, été placé en activité partielle au cours du parcours d'emploi, selon

que le salarié a ou non été placé en congé maternité ou en congé maladie au cours du parcours d'emploi, selon que le salarié dont la rémunération mensuelle brute a évolué – que ce soit à la hausse ou à la baisse – au cours d'un parcours d'emploi continu, a ou non connu une période neutralisable, selon que le salarié dont le parcours d'emploi discontinu a ou non connu une période neutralisable et, enfin, selon que le salarié reprend une activité à cheval sur deux mois ou au cours d'un seul et même mois civil (...).

Vu la note en délibéré, enregistrée le 17 juin, présentée par la FNGIC et autres ; vu la note en délibéré, enregistrée le 18 juin, présentée par la CGT-FO ;

Vu les autres pièces des dossiers ;

Vu :

- la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et son protocole additionnel ;
- la loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 ;
- le décret n° 2019-797 du 26 juillet 2019 ;
- le décret n° 2020-425 du 14 avril 2020 ;
- le décret n° 2020-1716 du 28 décembre 2020 ;
- le décret n° 2021-730 du 8 juin 2021 ;
- le code du travail ;
- le code de justice administrative ;

Considérant ce qui suit :

– Aux termes de l'article L. 521-1 du code de justice administrative : « *Quand une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision.* »

– En vertu de l'article L. 5422-20 du code du travail, les mesures d'application des dispositions de ce code relatives au régime d'assurance chômage font l'objet d'accords conclus entre les organisations représentatives d'employeurs et de salariés et agréés dans les conditions définies aux articles L. 5422-20-1 à L. 5422-24 du code. L'article L. 5422-20-1, inséré dans ce code par la loi du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel, dispose que, préalablement à la négociation de ces accords et après concertation avec les organisations syndicales de salariés et les organisations professionnelles d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel, le Premier ministre transmet à ces organisations un document de cadrage qui précise les objectifs de la négociation en ce qui concerne la trajectoire financière et, le cas échéant, les objectifs d'évolution des règles du régime d'assurance chômage. En vertu du second alinéa de l'article L. 5422-22 du même code, l'agrément de l'accord est subordonné, d'une part, à sa conformité aux

dispositions législatives et réglementaires en vigueur et, d'autre part, à sa compatibilité avec la trajectoire financière et, le cas échéant, les objectifs d'évolution des règles du régime d'assurance chômage définis dans le document de cadrage. L'article L. 5422-25 du code, dans sa rédaction résultant de la loi du 5 septembre 2018, prévoit, dans certaines hypothèses, que le Premier ministre peut demander aux partenaires sociaux de prendre les mesures nécessaires pour corriger un écart significatif entre la trajectoire financière du régime d'assurance chômage et la trajectoire prévue, ou celle que décide le législateur, en modifiant l'accord précédemment agréé et, aux termes de son dernier alinéa, que « *lorsqu'aucun accord remplissant les conditions du second alinéa de l'article L. 5422-22 n'est conclu, le Premier ministre peut mettre fin à l'agrément de l'accord qu'il avait demandé aux organisations d'employeurs et de salariés représentatives au niveau national et interprofessionnel de modifier* ». Les mesures d'application des dispositions législatives régissant l'assurance chômage sont alors déterminées par décret en Conseil d'État, en vertu du dernier alinéa de l'article L. 5422-20 du code du travail.

– L'article 57 de la loi du 5 septembre 2018 dispose qu'à compter de la publication de celle-ci, le Gouvernement transmet aux organisations représentatives des salariés et des employeurs au niveau national et interprofessionnel, après concertation avec elles, un document de cadrage répondant aux conditions mentionnées à l'article L. 5422-20-1 du code du travail en vue de la conclusion des accords prévus par l'article L. 5422-20 de ce code. Il précise que ces accords sont négociés dans un délai de quatre mois et agréés dans les conditions fixées notamment par le dernier alinéa de l'article L. 5422-25 de ce code.

– Le Premier ministre a communiqué le 25 septembre 2018 aux partenaires sociaux le document de cadrage prévu par l'article 57 de la loi du 5 septembre 2018. Au vu de l'échec des négociations qui ont suivi cette communication, le Premier ministre a pris le décret du 26 juillet 2019 relatif au régime d'assurance chômage, qui, d'une part, abroge les arrêtés portant agrément de la convention du 14 avril 2017 relative à l'assurance chômage, de ses textes associés et de ses avenants et, d'autre part, fixe les mesures d'application des dispositions législatives régissant l'assurance chômage. Par une décision du 25 novembre 2020, le Conseil d'État, statuant au contentieux, a annulé les dispositions du règlement d'assurance chômage annexées à ce décret relatives au salaire journalier de référence, au motif que ses modalités de calcul portaient atteinte au principe d'égalité, ainsi que celles relatives à la modulation de la contribution des employeurs à l'assurance chômage, au motif de l'illégalité de la subdélégation à un arrêté ministériel de la définition d'éléments déterminants du dispositif. Par décret du 28 décembre 2020, ont été



abrogées les dispositions du règlement d'assurance chômage relatives aux différés d'indemnisation et aux règles de cohérence entre les régimes, liées aux dispositions annulées. Le décret du 30 mars 2021 a rétabli, en les amendant, les dispositions relatives au salaire journalier de référence, aux différés d'indemnisation, à la modulation de la contribution des employeurs ainsi qu'à la coordination entre les régimes. À l'exception de la modulation dont l'application effective sur les rémunérations dues par les employeurs est fixée au 1<sup>er</sup> septembre 2022, l'entrée en vigueur des dispositions ainsi rétablies a été fixée à la date du 1<sup>er</sup> juillet 2021, les règles correspondantes issues de la convention d'assurance chômage du 14 avril 2017 étant prorogées jusqu'au 30 juin 2021. Ce même décret a également modifié le décret du 14 avril 2020 portant mesures d'urgence en matière de revenus de remplacement pour subordonner l'application des dispositions relatives à la condition minimale d'affiliation et à la dégressivité de l'allocation prévues par le décret du 26 juillet 2019 à une clause de retour à meilleure fortune.

– La CFE-CGC sous le n° 452210, l'UNSA sous le n° 452805, la CGT, l'Union syndicale Solidaires et la FSU sous le n° 452839, la CFDT sous le n° 452844, la FNGIC, le SPGIC, l'ANCOVART et le SNGC sous le n° 452865 et la CGT-FO sous le n° 452886 demandent au juge des référés du Conseil d'État, statuant sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, de suspendre l'exécution du décret du 30 mars 2021. Ces requêtes présentent à juger des questions communes. Il y a lieu de les joindre pour statuer par une seule décision (...)

Sur la modulation de la contribution des employeurs à l'assurance chômage :

L'article 51 du règlement d'assurance chômage dans sa rédaction résultant du 15<sup>o</sup> de l'article 2 du décret contesté prévoit l'application de la modulation de la contribution des employeurs à l'assurance chômage aux rémunérations dues au titre des périodes d'emploi courant à compter du 1<sup>er</sup> septembre 2022. Par suite, la suspension de l'exécution des dispositions du décret contesté relative à cette modulation est dépourvue de tout caractère d'urgence.

Sur la dégressivité de l'allocation de retour à l'emploi :

L'article 17 *bis* du règlement d'assurance chômage annexé au décret du 26 juillet 2019 prévoit que l'allocation journalière des allocataires âgés de moins de 57 ans à la date de leur fin de contrat de travail est affectée d'un coefficient de dégressivité égal à 0,7 à partir du 183<sup>e</sup> jour d'indemnisation. Il prévoit en outre que l'application du coefficient de dégressivité ne peut conduire à ce que le montant de l'allocation journalière soit inférieur à 84,33 euros. Ces dispositions sont entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> novembre 2019. Toutefois, compte tenu de la crise sanitaire, le décret du 14 avril 2020 a suspendu

l'application de ces dispositions à compter du 1<sup>er</sup> mars jusqu'au 31 décembre 2020. Cette période de suspension a été prolongée jusqu'au 31 mars 2021 par le décret du 28 décembre 2020, puis jusqu'au 30 juin 2021 par l'article 4 du décret contesté. Ce même article modifie également, à titre temporaire, les modalités d'application de la dégressivité, en ce qui concerne les salariés privés d'emploi à compter du 1<sup>er</sup> novembre 2019. Il est ainsi prévu que le mécanisme de dégressivité ne s'appliquera à leur encontre qu'à partir du 244<sup>e</sup> jour à compter de la perception de l'allocation de retour à l'emploi, ce délai ne commençant à courir qu'à compter du 1<sup>er</sup> juillet 2021. Ce dispositif temporaire cessera de s'appliquer sous réserve d'une amélioration durable du marché de l'emploi. Les salariés privés d'emploi à compter de la date à laquelle ce dispositif aura cessé de s'appliquer seront alors soumis aux dispositions de l'article 17 *bis* du règlement d'assurance chômage.

Il résulte des dispositions de l'article 17 *bis* du règlement d'assurance chômage annexé au décret du 26 juillet 2019 que seules les personnes qui percevaient en moyenne une rémunération brute supérieure à 4 500 euros par mois antérieurement à la fin de leur contrat de travail verront leur allocation affectée par le mécanisme de dégressivité et que le coefficient de 0,7 ne s'appliquera pleinement qu'à celles qui percevaient une rémunération brute supérieure à 6 430 euros. Dès lors qu'il ressort de l'instruction que la situation de l'emploi est, dans l'ensemble, plus favorable pour ces allocataires et que la dégressivité ne s'applique pas lorsque l'allocataire est âgé d'au moins 57 ans à la date de la fin de son contrat de travail, la différence de traitement résultant de ces dispositions est en rapport direct avec l'objet de la loi, qui est d'assurer l'indemnisation des salariés involontairement privés d'emploi tout en encourageant la reprise d'une activité professionnelle. Eu égard au niveau du coefficient de dégressivité et aux modalités de prise en considération du montant de la rémunération antérieure, qui évite les effets de seuil par la fixation d'une valeur plancher de l'allocation journalière en-deçà de laquelle l'application du coefficient ne peut conduire, cette différence de traitement n'est pas manifestement disproportionnée au regard de la différence de situation qui la justifie. Par suite, le moyen soulevé à l'appui de la contestation des dispositions figurant à l'article 4 du décret contesté exposées au point 16, tiré de ce que le mécanisme de dégressivité de l'allocation de retour à l'emploi, d'une part, créerait entre les allocataires une rupture d'égalité qui ne serait pas en relation directe avec l'objectif d'intérêt général poursuivi et qui serait manifestement disproportionnée et, d'autre part, serait manifestement inadéquat, n'est pas de nature, en l'état de l'instruction, à créer un doute sérieux sur la légalité des dispositions contestées.



Sur le différé d'indemnisation :

L'article 21 du règlement d'assurance chômage annexé au décret du 26 juillet 2019 prévoit que le différé d'indemnisation dit « congés payés » correspond au nombre de jours résultant du quotient de la somme des indemnités compensatrices de congés payés non pris versées à l'occasion de toutes les fins de contrat de travail incluses dans les 182 jours précédant la dernière fin de contrat de travail, par le salaire journalier de référence. Ce différé est limité à trente jours.

Ces dispositions diffèrent, pour une durée limitée, le point de départ du versement de l'allocation de retour à l'emploi due au salarié privé d'emploi, en fonction des indemnités compensatrices de congés payés non pris dont il a bénéficié à l'occasion de la rupture des contrats inclus dans la période mentionnée au point 18, sans affecter la durée d'indemnisation. Eu égard à la différence de situation entre les salariés privés d'emploi qui ont pu prendre leurs congés payés au cours de la période d'emploi et ceux bénéficiant d'une indemnité compensatrice pour congés payés, le moyen tiré de ce que ces dispositions méconnaîtraient le principe d'égalité n'est pas, en l'état de l'instruction, de nature à créer un doute sérieux sur leur légalité.

Sur le salaire journalier de référence :

En vertu de l'article L. 5422-3 du code du travail, l'allocation de retour à l'emploi versée aux travailleurs privés d'emploi est calculée en fonction de la rémunération antérieurement perçue par les intéressés, dans la limite d'un plafond. L'article 14 du règlement d'assurance chômage prévoit que cette allocation d'assurance prend la forme d'une allocation journalière correspondant au montant le plus élevé entre, d'une part, la somme d'une part fixe de 12 euros et d'une part proportionnelle égale à 40,4 % du salaire journalier de référence du bénéficiaire et d'autre part, 57 % du salaire journalier de référence, sous réserve d'un montant minimal. Le salaire journalier de référence est égal, en vertu des articles 11 à 13 de ce règlement dans leur rédaction issue du décret contesté, au montant des rémunérations perçues au cours de la période de référence d'affiliation, de 24 ou 36 mois selon l'âge du salarié, divisé par le nombre de jours calendaires décomptés entre le premier jour de la première période d'emploi incluse dans la période de référence d'affiliation et le terme de cette période de référence. Pour tenir compte de la décision du Conseil d'État, statuant au contentieux, du 25 novembre 2020, a été introduit un mécanisme de plafonnement dont il résulte que le nombre de jours non travaillés pris en compte dans la période d'emploi figurant au dénominateur du quotient servant à calculer le salaire journalier de référence ne peut être supérieur à 75 % du nombre de jours travaillés.

En premier lieu, pour atteindre l'objectif d'intérêt général de stabilité de l'emploi, le

pouvoir réglementaire dispose d'un large pouvoir d'appréciation des moyens qu'il entend mettre en œuvre. En tenant compte des jours non travaillés au dénominateur du quotient servant à calculer le salaire journalier de référence, il a entendu éviter qu'un même nombre d'heures de travail aboutisse à un salaire journalier de référence plus élevé en cas de fractionnement des contrats de travail qu'en cas de travail à temps partiel et ainsi rendre moins favorable l'indemnisation au titre de l'assurance chômage des salariés connaissant une alternance de périodes d'activité et de périodes d'inactivité. Dans ces conditions, le moyen tiré de ce qu'en réduisant le salaire journalier de référence et, par suite, le montant de l'allocation journalière des seuls demandeurs d'emploi dont le parcours d'emploi a été fractionné, le décret serait entaché d'erreur manifeste d'appréciation et aurait méconnu le principe d'égalité, n'est pas, en l'état de l'instruction, de nature à créer un doute sérieux sur sa légalité.

En deuxième lieu, il résulte de l'instruction que le plafonnement des jours non travaillés introduit par le décret contesté, qui a vocation à être mis en œuvre lorsque le demandeur d'emploi a travaillé moins de 57 % de la période comprise entre le 1<sup>er</sup> et le dernier jour d'emploi, limite la baisse du montant du salaire journalier de référence à 43 % au maximum du montant obtenu par application de la formule de calcul prévue dans le cadre de la convention du 14 avril 2017. Si, en dépit de ce plafonnement, les nouvelles modalités de détermination du salaire journalier de référence laissent subsister des écarts importants entre allocataires, en fonction de la répartition des périodes d'inactivité ainsi que de la durée de celles-ci, cette différence de traitement qui, selon la ministre du travail, de l'emploi et de l'insertion, vise à rendre moins avantageuse l'indemnisation d'assurance chômage en cas de parcours d'emploi fractionné afin d'inciter les salariés et demandeurs d'emploi à privilégier les emplois stables, n'apparaît pas, en l'état de l'instruction, manifestement disproportionnée d'autant que la baisse de l'allocation journalière est compensée par l'allongement de la durée d'indemnisation à raison de la prise en compte, dans cette durée, des jours non travaillés, et devrait, selon l'Unédic, s'établir, en moyenne, à 17 % pour les allocataires concernés.

En troisième lieu, par décret du 8 juin 2021 intervenu postérieurement à l'enregistrement des requêtes, le Premier ministre a modifié la formule de calcul du salaire journalier de référence qui s'avérait défavorable en cas de suspension de l'activité salariée pour congés ou activité partielle pendant la période d'emploi, par la prise en compte, au titre de ces périodes de suspension, d'une rémunération fictive correspondant à la rémunération que le salarié aurait perçue s'il n'avait pas été contraint d'interrompre son activité salariée. Compte tenu de cette modification,

les dispositions relatives à la neutralisation des périodes de suspension qui figuraient dans le décret contesté ne sont plus susceptibles d'être suspendues.

En quatrième lieu, les articles 30 et 31 du règlement d'assurance chômage dans sa rédaction issue du décret du 26 juillet 2019, qui reprennent en substance les dispositions figurant dans le règlement annexé à la convention du 14 avril 2017, prévoient la possibilité pour les allocataires qui reprennent une activité salariée en cours d'indemnisation, de cumuler partiellement et sous certaines conditions, l'allocation d'aide au retour à l'emploi avec la rémunération issue de cette activité. L'allocation mensuelle versée en cas de reprise d'une activité réduite, calculée chaque mois, correspond au produit de l'allocation journalière et du nombre de jours indemnisables, lequel est déterminé en tenant compte des rémunérations d'activité perçues au cours du mois et du montant de l'allocation journalière de l'intéressé. Le montant cumulé de l'allocation mensuelle et de la rémunération d'activité ne peut excéder le montant mensuel du salaire de référence, établi sur la base du salaire journalier de référence.

Il résulte des simulations réalisées par l'Unédic à la demande de la CGT et dont les résultats ont été explicités par la ministre du travail, de l'emploi et de l'insertion dans son mémoire produit après l'audience de référé, que la nouvelle formule de calcul du salaire journalier de référence prévue par le décret contesté conduit, par l'effet combiné de la baisse de l'allocation journalière de retour à l'emploi et de celle du plafond de cumul, à l'attribution de montants d'allocation mensuelle significativement différents, à nombre de jours travaillés égal durant la période de référence d'affiliation, selon la répartition des périodes d'inactivités durant la période de référence et selon les dates de début et de fin, au cours du mois civil, de l'activité réduite.

D'une part, si les requérants soutiennent que ces différences de traitement entre allocataires sont manifestement disproportionnées, il résulte de l'objet même du dispositif d'indemnisation en cas de reprise d'une activité réduite, qui vise à contribuer à la réinsertion professionnelle des demandeurs d'emploi et à ne pas pénaliser ceux d'entre eux qui exercent une activité faiblement rémunérée, qu'il convient de comparer les montants cumulés de rémunérations d'activité et d'allocation d'assurance perçus par les intéressés et non pas seulement les montants d'allocation. À cet égard, il résulte de l'instruction que les écarts entre allocataires, en termes de revenus cumulés, révélés dans les simulations n<sup>os</sup> 1 et 3 et n<sup>os</sup> 4 et 7 réalisées par l'Unédic, n'excèdent pas 51,6 %. D'autre part, en diminuant le montant de l'allocation versée en cas de reprise d'une activité réduite aux allocataires au parcours d'emploi fractionné, le pouvoir réglementaire a entendu rendre moins avantageuse la situation d'activité réduite afin

d'inciter les salariés et les demandeurs d'emploi à privilégier les emplois stables. Dans ces conditions, le moyen tiré de ce que les effets indirects de la baisse du montant du salaire journalier de référence sur le montant de l'allocation versée aux demandeurs d'emploi au parcours d'emploi fractionné en cas de reprise d'une activité réduite, par l'effet combiné de la baisse de l'allocation journalière et de celle du plafond de cumul, selon la répartition des périodes d'inactivités durant la période de référence et selon les dates de début et de fin, au cours du mois civil, de l'activité réduite, seraient manifestement disproportionnés et que les dispositions contestées méconnaîtraient le principe d'égalité, n'est pas, en l'état de l'instruction, de nature à créer un doute sérieux sur la légalité de celles-ci.

En cinquième lieu, si la baisse du salaire journalier de référence pour les allocataires ayant eu un parcours d'emploi fractionné a pour effet d'allonger le différé d'indemnisation des congés payés, dans la limite de trente jours, de réduire les droits à retraite et de rendre plus difficile l'exercice du droit d'option qui permet à un allocataire de demander l'ouverture d'un nouveau droit à l'allocation de retour à l'emploi, revu à la hausse, alors même que ses droits précédents ne sont pas épuisés, le pouvoir réglementaire fait valoir que ces effets indirects visent à rendre moins favorable l'indemnisation d'assurance chômage en cas de parcours d'emploi fractionné. Dans ces conditions, le moyen tiré de la méconnaissance du principe d'égalité à raison des effets indirects de la nouvelle formule de calcul du salaire journalier de référence n'est pas de nature, en l'état de l'instruction, à créer un doute sérieux sur la légalité des dispositions contestées.

En sixième lieu, la ministre du travail, de l'emploi et de l'insertion, dans son mémoire produit après l'audience de référé, fait valoir, après avoir indiqué que les guides interprètes et conférenciers, qui relèvent du règlement général de l'assurance chômage depuis la convention du 14 mai 2014, travaillaient, pour près de 90 % d'entre eux, moins de 60 % du temps en 2019, qu'en leur appliquant les règles de droit commun relatives au salaire journalier de référence, le pouvoir réglementaire a entendu inciter ces salariés dont 52 % ont un diplôme niveau master ou doctorat et 45 % un diplôme de niveau licence ou équivalent, à développer des activités rémunérées durant les périodes entre deux contrats afin d'augmenter leur durée de travail annuelle et éviter ainsi leur prise en charge, pour une part trop significative, par le régime d'assurance chômage. En l'absence d'éléments suffisamment étayés permettant de considérer que ces salariés devraient, à raison des particularités de leur activité, bénéficier d'un statut dérogatoire, le moyen tiré de ce qu'en ne prévoyant pas de dispositions spécifiques à leur égard, le décret contesté serait entaché d'une erreur manifeste d'appréciation, n'est pas, en l'état de l'instruction, de nature à créer un doute sérieux sur sa légalité.

En septième lieu, les moyens tirés de la méconnaissance des articles L. 5421-1, L. 5422-2 et L. 5422-3 du code du travail et de l'article 1<sup>er</sup> du protocole additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que ceux tirés de l'atteinte à l'objectif à valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité et de l'existence d'une discrimination indirecte envers les femmes ne sont pas de nature à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux sur la légalité des dispositions du décret contesté relatives à la détermination du salaire journalier de référence.

En huitième lieu, ainsi qu'il a été dit au point 4, le contexte économique et la situation dégradée du marché de l'emploi a conduit le pouvoir réglementaire à introduire dans le décret du 30 mars 2021, une clause de retour à meilleure fortune à laquelle est subordonnée l'entrée en vigueur des dispositions issues du décret du 26 juillet 2019 relatives à la condition minimale d'affiliation ainsi que celles relatives à la dégressivité de l'allocation de retour à l'emploi. C'est également la situation économique qui a justifié le report, au 1<sup>er</sup> septembre 2022, de la modulation de la contribution des employeurs et l'exclusion transitoire du dispositif, des 78 secteurs d'activité les plus touchés par la crise. À cet égard, il résultait de l'évaluation réalisée en février 2021 sur la situation financière de l'assurance chômage pour 2021-2022, que l'Unédic prévoyait à la fin de l'année 2021, la destruction de 230 000 emplois salariés ainsi qu'une augmentation de 70 000 nouveaux chômeurs indemnisés.

La ministre du travail, de l'emploi et de l'insertion fait valoir que la nette reprise de l'activité économique depuis la mi-mai 2021 permet d'augurer un retour très rapide à la situation de l'emploi qui prévalait à la fin de l'année 2019, marquée par de fortes pénuries de main-d'œuvre en dépit d'un taux de chômage important. Cette amélioration est également constatée par l'Unédic, dans son évaluation financière du 17 juin 2021, qui prévoit désormais la création de 126 000 emplois et une diminution du nombre de chômeurs indemnisés de 154 000 à la fin de l'année 2021. Toutefois, l'Unédic relève que sur la seconde partie de cette année, devrait être constatée une hausse de la population active compte tenu du retour sur le marché du travail de personnes qui s'en étaient retirés temporairement ou qui avaient retardé leur entrée dans la vie active. Le taux de chômage devrait ainsi s'établir, selon l'étude, à 9,1 % à la fin de l'année 2021. Par ailleurs, il résulte de l'avis relatif au premier projet de loi de finances rectificative pour 2021 émis par le Haut Conseil des finances publiques le 31 mai 2021, que si la croissance pouvait, de manière réaliste, être estimée à + 5 % pour l'année 2021 et que l'acquis de croissance de l'emploi salarié du secteur privé à l'issue du 1<sup>er</sup> trimestre 2021 s'établissait à + 0,9 %, des incertitudes

importantes subsistaient à raison de l'aléa principal tenant à l'évolution de la crise sanitaire, des risques de liquidité et de solvabilité notamment dans les secteurs les plus touchés par la crise et dans les entreprises déjà fragilisées avant celle-ci ainsi que du risque d'une accélération de la remontée des taux d'intérêt à long terme. En outre, il résulte de l'étude relative à l'usage des contrats courts réalisée en mai 2021 par la direction de l'animation, de la recherche, des études et des statistiques (DARES) du ministère du travail, de l'emploi et de l'insertion, que les secteurs d'activité particulièrement affectés par les restrictions sanitaires, comme le commerce et la restauration-hôtellerie, dont la ministre du travail, de l'emploi et de l'insertion indique qu'ils connaissent un redémarrage vigoureux depuis quelques semaines s'accompagnant de besoins de recrutement importants, sont ceux qui recourent dans une large mesure aux contrats courts. Cette même étude souligne également que l'alternance de périodes d'activité et de périodes d'inactivité est le plus souvent une situation subie par les salariés, qui sont rarement en capacité de négocier leurs conditions de recrutement et que, s'agissant des employeurs, le recours aux contrats courts constitue le plus souvent un outil de flexibilité permettant de répondre à un besoin temporaire de main-d'œuvre que les salariés permanents ne peuvent pas satisfaire. Or, ainsi qu'il a été dit au point 30, la modulation de la contribution des employeurs qui vise à modérer le recours aux contrats courts ne deviendra effective qu'au 1<sup>er</sup> septembre 2022 et seulement jusqu'au 31 octobre 2022, soit le terme de l'application du règlement d'assurance chômage annexé au décret du 26 juillet 2019, ce qui atténue dans une large mesure le caractère supposément incitatif de la période d'observation qui débute le 1<sup>er</sup> juillet 2021.

Dans ce contexte et dès lors que la modification du mode de calcul du salaire journalier de référence ainsi que ses conséquences, tant directes sur le montant de l'allocation journalière versée aux allocataires au parcours d'emploi fractionné, qu'indirectes sur le montant de l'allocation versée en cas de reprise d'une activité réduite notamment, sont justifiées par l'objectif consistant à inciter les salariés et les demandeurs d'emploi à privilégier les emplois durables en rendant moins favorable l'indemnisation d'assurance chômage, il ne résulte pas de l'instruction d'éléments suffisants permettant de considérer que les conditions du marché du travail sont à ce jour réunies pour atteindre l'objectif d'intérêt général poursuivi. Par suite, le moyen tiré de ce qu'en fixant dès le 1<sup>er</sup> juillet 2021 la date d'entrée en vigueur des dispositions relatives à la détermination du salaire journalier de référence, qui affectent, ainsi qu'il a été dit, de manière significative les demandeurs d'emploi au parcours d'emploi fractionné, le décret serait entaché d'une erreur manifeste d'appréciation, est de nature à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux sur sa légalité.

Il résulte de tout ce qui précède que les requérants sont fondés à demander la suspension de l'exécution du décret du 30 mars 2021 en tant seulement qu'il fixe dès le 1<sup>er</sup> juillet 2021 la date d'entrée en vigueur des dispositions relatives à la détermination du salaire journalier de référence, l'urgence n'étant pas sérieusement contestée sur ce point.

Sur le champ de la suspension :

En premier lieu, les dispositions de l'article 13 du règlement d'assurance chômage, dans sa rédaction issue du décret du 30 mars 2021 modifié par le décret du 8 juin 2021, relatives au salaire journalier de référence ne sont pas divisibles de celles des onze premiers alinéas du paragraphe 1<sup>er</sup> et du paragraphe 2 de l'article 9, relatives à la durée d'indemnisation, de celles du paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article 11 et des paragraphes 1<sup>er</sup>, 3 à 4 de l'article 12, relatives au salaire de référence, de celles des articles 21 et 23, relatives aux différés d'indemnisation, de celles du paragraphe 7 de l'article 65, relatives à la coordination entre régimes ainsi que des dispositions correspondantes figurant dans les annexes à ce même règlement, dont l'exécution doit également être suspendue.

En second lieu, l'exécution de l'article 1<sup>er</sup> du décret du 30 mars 2021 fixant dès le 1<sup>er</sup> juillet 2021 la date d'entrée en vigueur des dispositions citées au point 34 doit être suspendue.

Sur les conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

Il y a lieu dans les circonstances de l'espèce de mettre à la charge de l'État le versement, pour chacune des requêtes, de la somme de 1 500 euros, à répartir le cas échéant entre les requérants, au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

ORDONNE :

Article 1<sup>er</sup> : L'intervention de l'association Solidarités nouvelles face au chômage est admise.

Article 2 : L'exécution des dispositions des onze premiers alinéas du paragraphe 1<sup>er</sup> et du paragraphe 2 de l'article 9, du paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article 11, des paragraphes 1<sup>er</sup>, 3 à 4 de l'article 12, de l'article 13, des articles 21 et 23, du paragraphe 7 de l'article 65 du règlement d'assurance chômage ainsi que les dispositions correspondantes figurant dans les annexes à ce même règlement dans sa rédaction résultant du décret du 30 mars 2021 modifié par le décret du 8 juin 2021, ainsi que celles de l'article 1<sup>er</sup> du décret du 30 mars 2021 en tant qu'il fixe dès le 1<sup>er</sup> juillet 2021 l'entrée en vigueur des dispositions mentionnées, est suspendue.

Article 3 : L'État versera, pour chacune des requêtes, la somme de 1 500 euros, à répartir le cas échéant entre les requérants, au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Le surplus des requêtes est rejeté.

Article 5 : La présente ordonnance sera notifiée à la Confédération française de l'encadrement-Confédération générale des cadres, à l'Union nationale des syndicats autonomes, à la Confédération générale du travail, première requérante dénommée dans le n° 452839, à la Confédération française démocratique du travail, à la Fédération nationale des guides interprètes et conférenciers, premier requérant dénommé dans le n° 452865, à la Confédération générale du travail Force ouvrière et à la ministre du travail, de l'emploi et de l'insertion.