

ASSURANCE CHÔMAGE. Retour sur l'ordonnance du 22 juin 2021 qui a suspendu les règles de calcul du montant de l'allocation chômage qui devaient entrer en vigueur le 1^{er} juillet. Pour Olivier Dutheillet de Lamothe, la décision franchit la ligne rouge qui sépare depuis toujours, au sein de la juridiction administrative, le contrôle de la légalité du contrôle de l'opportunité.

Le Conseil d'État suspend les nouvelles règles de calcul des allocations chômage : une décision en opportunité ?

Olivier Dutheillet de Lamothe, Avocat, Associé, CMS Francis Lefebvre Avocats

Après l'échec des négociations entre les partenaires sociaux sur une nouvelle convention d'assurance chômage en 2018, le gouvernement a pris le décret n° 2019-797 du 26 juillet 2019 qui redéfinit le régime d'assurance chômage.

À la suite de son annulation partielle par le Conseil d'État en novembre 2020 (CE, 25 nov. 2020, n° 434920), un nouveau décret n° 2021-346 du 30 mars 2021 a repris, en les modifiant, les dispositions relatives au mode de calcul de l'allocation chômage et à la contribution des employeurs.

Plusieurs syndicats ont demandé l'annulation de ce décret et ont demandé, en référé, sa suspension.

L'ordonnance n° 452210 rendue par le Conseil d'État le 22 juin 2021 comporte deux parties bien distinctes.

UNE RÉPONSE À TOUS LES MOYENS SOULEVÉS PAR LES REQUÉRANTS

Une première partie se prononce, de façon très argumentée, sur tous les moyens soulevés par les requérants à l'encontre du décret du 30 mars 2021.

Ainsi, en ce qui concerne la dégressivité de l'allocation de retour à l'emploi pour les allocataires âgés de moins de 57 ans, le juge estime que « la différence de traitement résultant de ces dispositions est en rapport direct avec l'objet de la loi » et qu'« eu égard au niveau du coefficient de dégressivité et aux modalités de prise en considération du montant de la rémunération antérieure [...] cette différence de traitement n'est pas manifestement disproportionnée au regard de la différence de situation qui la justifie ».

En ce qui concerne le différé d'indemnisation lié à l'indemnité compensatrice de congés payés, le juge estime qu'« 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 ».

En ce qui concerne le sujet très délicat du salaire journalier de référence, qui est égal au montant des rémunérations perçues au cours de la période de référence d'affiliation 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, le juge estime « qu'en tenant compte des jours non travaillés au dénominateur du quotient servant à calculer le salaire journalier de référence, [le pouvoir réglementaire] 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 ».

Au stade du référé, qui ne lie évidemment pas le juge du fond, l'ordonnance admet, par une motivation très complète et très solide sur le plan juridique, la légalité du décret du 30 mars 2021. Comme le souligne le communiqué du Conseil d'État « la juge ne remet pas en cause le principe de la réforme elle-même ».

LES RAISONS DE LA SUSPENSION

Après avoir ainsi admis sa légalité, une deuxième partie de l'ordonnance suspend l'application des dispositions relatives au salaire journalier de référence en considérant, selon le communiqué du Conseil d'État, « que les incertitudes sur la situation économique ne permettent pas de mettre en place, [au 1^{er} juillet 2021], ces nouvelles règles qui sont censées favoriser la stabilité de l'emploi en rendant moins favorable l'indemnisation du chômage des salariés ayant alterné contrats courts et inactivité ».

Cette décision repose sur un certain nombre d'éléments d'analyse économique :

– l'ordonnance relève d'abord que le ministère 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. Cette amélioration est également constatée par l'Unédic 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 ;

– l'ordonnance précise toutefois que l'Unédic relève que sur la seconde partie de cette année devrait être constatée une hausse de la population active et que le taux de chômage devrait ainsi s'établir à 9,1 % à la fin de l'année 2021 ;

– enfin, 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, 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.

Deux éléments semblent avoir joué un rôle déterminant dans l'appréciation de la juge des référés :

– le premier est la clause de retour à meilleure fortune prévue pour la condition minimale d'affiliation et la dégressivité de l'allocation de retour à l'emploi qui ne s'appliqueront que lorsqu'une amélioration durable de l'emploi aurait été constatée à partir de deux critères économiques précis : baisse du nombre de demandeurs d'emploi et hausse du nombre de déclarations préalable à l'embauche. Or cette clause n'est pas applicable au salaire journalier de référence ;

– le second est le report au 1^{er} septembre 2022 de la modulation de la contribution des employeurs en fonction de leur taux de séparation, c'est-à-dire du *ratio* entre le nombre de salariés ayant travaillé pour l'entreprise inscrits à Pôle emploi et l'effectif de l'entreprise.

L'ordonnance déduit de l'ensemble de ces éléments :

– « 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 ; »

– que, dès lors, « en fixant dès le 1^{er} juillet 2021 la date d'entrée en vigueur des dispositions relatives à la détermina-

tion 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 est entaché d'une erreur manifeste d'appréciation ».

SIX OBSERVATIONS

Première observation : L'argument tiré de l'absence d'application au salaire journalier de référence de la clause de retour à meilleure fortune est un argument qui remet directement en cause les choix du gouvernement. Celui-ci a pu très légitimement estimer que la nouvelle durée minimale d'affiliation et la dégressivité des allocations ne devaient s'appliquer qu'après une amélioration de la situation de l'emploi.

Il a pu très légitimement estimer, au contraire, que la lutte contre la « *permittence* », c'est-à-dire l'alternance de contrats courts et de périodes d'inactivité, devait être engagée dès maintenant. L'expérience du régime des intermittents du spectacle montre combien des régimes trop favorables à des formes précaires d'emploi peuvent amplifier la précarité de l'emploi et se retourner contre les salariés concernés.

Deuxième observation : L'argument tiré du report au 1^{er} septembre 2022 de la modulation de la contribution des employeurs, report dont la juge des référés estime que le salaire journalier de référence aurait dû également bénéficier, ne paraît pas fondé.

En effet, comme l'explique le gouvernement dans un questions-réponses consacré au *bonus-malus* : « *La première modulation des contributions au titre du bonus-malus s'appliquera à compter du 1^{er} septembre 2022 et sera calculée à partir des fins de contrats de travail et de missions d'intérim donnant lieu à inscription à Pôle emploi intervenues entre le 1^{er} juillet 2021 et le 30 juin 2022.* » En d'autres termes, si le *bonus-malus* ne s'appliquera qu'à compter du 1^{er} septembre 2022, ce n'est pas pour attendre une amélioration de la situation de l'emploi, comme l'implique l'ordonnance, mais seulement pour collecter les données nécessaires au calcul du taux de séparation des différentes des entreprises.

Troisième observation : Le raisonnement qui sous-tend la suspension prononcée par l'ordonnance est le suivant :

– l'objectif de la réforme est la lutte contre l'alternance de contrats courts et de périodes d'inactivité, ce qu'on appelle la « *permittence* », qui est à la fois un facteur de précarité pour les salariés et de coût pour l'Unédic ;

– compte tenu de cet objectif, qui se traduit par une détérioration de l'indemnisation des salariés concernés, le gouvernement ne pouvait engager cette réforme qu'en période de croissance économique et d'amélioration de la situation de l'emploi.

Ce raisonnement peut se comprendre. Mais c'est un raisonnement totalement prétorien. Ni la loi, ni le décret n'ont subordonné l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions relatives au salaire journalier de référence à une amélioration de la situation de l'emploi.

En outre, la condition posée, c'est-à-dire « *les conditions du marché du travail permettant d'atteindre l'objectif d'intérêt général poursuivi* », est extrêmement floue.

La clause de retour à meilleure fortune, prise comme référence, est une clause qui, par comparaison, est beaucoup plus précise et quantifiée puisqu'elle ne joue que si deux critères sont remplis :

– une baisse du nombre de chômeurs inscrits à Pôle emploi en catégorie A d'au moins 130 000 au cours des six derniers mois ; en cas de confinement strict d'au moins quatre semaines consécutives le décompte est suspendu ;

– au minimum 2,7 millions de déclarations préalables d'embauches pour des contrats de plus d'un mois (hors intérim) sur les quatre derniers mois.

Cette condition prétorienne est, en outre, asymétrique : à la date à laquelle elle s'est prononcée, la juge des référés a estimé que la situation du marché du travail ne permettait pas de mettre en œuvre les dispositions relatives au salaire journalier de référence. Mais la situation économique peut évoluer : si l'économie française repart et si la situation de l'emploi s'améliore, il n'y aura aucun moyen de revenir sur la suspension qui a été décidée.

Quatrième observation : le débat sur la situation économique de la France est un débat complexe dont la juge des référés ne maîtrise pas nécessairement tous les éléments. ●●●

●●● À la suite de l'ordonnance, le ministère du Travail a publié un communiqué dans lequel « *il rappelle que face aux incertitudes liées à la crise sanitaire il a, à plusieurs reprises, différé l'entrée en vigueur de la réforme. Mais aujourd'hui, l'économie repart. Les signaux sont positifs sur le marché de l'emploi : les intentions d'embauche des entreprises en 2021 sont supérieures à ce qu'elles étaient en 2019 et de nombreux secteurs font état de difficultés de recrutement* ».

Pour sa part, madame Élisabeth Borne, ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Insertion, a déclaré : « *L'activité repart, les embauches sont très dynamiques et on connaît des entreprises qui ont du mal à recruter.* »

Le juge des référés est-il vraiment compétent pour trancher ce débat ? Est-ce son rôle ?

Cinquième observation : En réalité, le raisonnement implicite de l'ordonnance, même s'il est parfaitement cohérent, est un raisonnement en opportunité : c'est une réforme difficile ; elle peut avoir des conséquences négatives pour les salariés ; donc le juge des référés considère que cette réforme doit être différée en attendant une amélioration de la situation de l'emploi.

Ce faisant, cette décision nous paraît franchir la ligne rouge qui sépare depuis toujours, au sein de la juridiction administrative, le contrôle de la légalité du contrôle de l'opportunité.

Or, comme l'écrit le président Odent dans son cours, « *le juge de l'excès de pouvoir ne contrôle, en principe, pas l'opportunité qu'il y avait à prendre une décision administrative [...] Il est en effet nécessaire de fixer une limite que l'étendue du contrôle du juge de l'excès de pouvoir ne doit pas franchir, sous peine d'aboutir, sinon au gouvernement des juges, du moins à une administration par le juge. Or, si ce dernier est fait pour dire le droit en cas de litige et s'il doit même tenter de prévenir les litiges en ayant une jurisprudence cohérente, compréhensible et stable, il n'est pas fait pour administrer et ne dispose d'ailleurs pas des éléments nécessaires à cet effet* » (R. Odent, *Contentieux administratif*, Dalloz, tome II, p. 572).

Sixième observation : La décision de suspension est prise formellement sur la base d'une erreur manifeste d'appréciation quant à la date d'entrée en vigueur du décret : « *En fixant dès le 1^{er} juillet 2021 la date d'entrée en vigueur des dispositions relatives à la détermination du salaire journalier de référence, qui affecte, ainsi qu'il a été dit, de manière significative les demandeurs d'emploi au parcours d'emploi fractionné, le décret est entaché d'une erreur manifeste d'appréciation.* »

C'est la première fois, à notre connaissance, que le Conseil d'État censure pour erreur manifeste d'appréciation la date d'entrée en vigueur d'un décret. Si ce type de moyen devait prospérer, il serait de nature à créer un problème majeur dans les relations entre le Conseil d'État et le gouvernement. Car s'il est un domaine qui relève de la pure opportunité et d'une appréciation purement politique, c'est bien la date d'entrée en vigueur des réformes. Si, demain, le gouvernement procède par décret à une importante réforme des retraites, le Conseil d'État va-t-il suspendre cette réforme en disant au gouvernement : ce n'est pas le bon moment, la situation économique ne le permet pas ?

UN MOT DES CONDITIONS D'APPLICATION DE CETTE ORDONNANCE

L'ordonnance, qui comporte pourtant 17 pages, ne dit pas un mot de ses conditions d'application.

On pouvait penser, conformément aux principes traditionnels, que la suspension du décret de 2021 ferait revivre la convention Unédic antérieure de 2017.

Mais l'article 5 du décret du 26 juillet 2019 prévoit que les dispositions relatives au salaire journalier de référence de cette convention cesseront d'être applicables le 1^{er} juillet 2021. Or cet article n'est pas suspendu par l'ordonnance du 22 juin 2021.

Le gouvernement a donc été contraint de prendre en catastrophe un décret, le décret n° 2021-843 du

29 juin 2021 portant diverses mesures relatives au régime d'assurance chômage, pour maintenir en vigueur les dispositions de la convention de 2017 relatives au salaire journalier de référence jusqu'au 30 septembre 2021, date à laquelle le Conseil d'État devrait avoir statué au fond.

Là aussi, c'est la première fois, à notre connaissance, que le gouvernement est contraint de prendre un décret pour déterminer les conditions d'application d'une ordonnance de référé.

Ce décret comporte d'ailleurs un article 2 assez étrange qui prévoit que l'ensemble des dispositions dont l'ordonnance du 22 juin 2021 a ordonné la suspension « *sont applicables à une date fixée par décret en Conseil d'État* ».

Or, de deux choses l'une :

– ou bien le Conseil d'État rejette sur le fond le recours, ce qui paraît probable dans la mesure où l'ordonnance de référé a rejeté tous les moyens par une argumentation très solide : si c'est le cas, l'arrêt du Conseil d'État mettra fin à la suspension ordonnée par le juge des référés et les dispositions relatives au salaire journalier de référence redeviendront applicables ;

– ou bien le Conseil d'État annule les dispositions suspendues et il est alors exclu qu'un décret puisse les rendre applicables.

En conclusion, on émettra un regret est un vœu :

– le regret c'est que le Conseil d'État n'ait pas eu recours, comme l'article L. 511-2 du Code de la juridiction administrative le lui permet « *lorsque la nature de l'affaire le justifie* », à une formation composée de trois juges des référés : la complexité et les enjeux très lourds de cette affaire justifiaient pleinement le recours à une formation collégiale, avec toutes les garanties qu'il comporte ;

– le vœu est que le juge administratif reste fidèle, dans la ligne du cours du président Odent, à la distinction entre le contrôle de légalité, qui est au cœur de sa mission, et le contrôle de l'opportunité, qui ne relève pas de son office. ■