

CONSEIL D'ETAT

statuant
au contentieux

N^{os} 457300, 457313, 457321, 457337,
457343, 457345

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

UNION NATIONALE DES SYNDICATS
AUTONOMES et autres

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Ordonnance du 22 octobre 2021

LE JUGE DES RÉFÉRÉS

Vu la procédure suivante :

I. Sous le n° 457300, par une requête, enregistrée le 7 octobre 2021 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, l'Union nationale des syndicats autonomes (UNSA) demande au juge des référés du Conseil d'Etat, statuant sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative :

1°) de suspendre l'exécution du décret n° 2021-1251 du 29 septembre 2021 fixant la date d'entrée en vigueur de certaines dispositions du régime d'assurance chômage ;

2°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 3 000 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 ;
- il méconnaît la force obligatoire de l'ordonnance du 22 juin 2021 par laquelle le juge des référés du Conseil d'Etat a suspendu l'exécution de la date d'entrée en vigueur des nouvelles règles de calcul du salaire journalier de référence et est entaché d'un détournement de pouvoir ou de procédure ;
- il porte atteinte au droit au recours effectif protégé par l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;
- il est entaché d'une erreur manifeste dans l'appréciation du 1^{er} octobre 2021 comme date d'entrée en vigueur des règles de calcul du salaire journalier de référence en l'absence d'une évolution favorable des conditions du marché du travail ;
- il est entaché d'erreur de droit, en ce que les nouvelles règles de calcul du salaire journalier de référence créent entre les différentes catégories bénéficiaires de l'allocation chômage une rupture d'égalité qui, d'une part, n'est pas en relation directe avec l'objectif

d'intérêt général poursuivi de réduction du nombre de contrats courts et, d'autre part, est manifestement disproportionnée à cet objectif ;

- il est entaché d'une erreur manifeste d'appréciation en ce que les nouvelles règles de calcul du salaire journalier de référence qui pénalisent immédiatement les demandeurs d'emplois qui subissent le recours aux contrats courts, à la différence des entreprises qui les embauchent, ne sont pas adaptées pour leur permettre de sortir de cette situation.

II. Sous le n° 457313, par une requête et un nouveau mémoire, enregistrés les 7 et 14 octobre 2021 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la Confédération générale du travail (CGT), l'Union syndicale Solidaires et la Fédération Syndicale Unitaire (FSU) demandent au juge des référés du Conseil d'Etat, statuant sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative :

1°) de suspendre l'exécution du décret n° 2021-1251 du 29 septembre 2021 fixant la date d'entrée en vigueur de certaines dispositions du régime d'assurance chômage ;

2°) de mettre à la charge de l'Etat 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 satisfaite ;
- il existe un doute sérieux quant à la légalité du décret contesté ;
- il méconnaît la force obligatoire de l'ordonnance du 22 juin 2021 par laquelle le juge des référés du Conseil d'Etat a suspendu l'exécution de la date d'entrée en vigueur des nouvelles règles de calcul du salaire journalier de référence et est entaché d'un détournement de pouvoir ou de procédure ;
- il est entaché d'une erreur manifeste dans l'appréciation du 1^{er} octobre 2021 comme date d'entrée en vigueur des règles de calcul du salaire journalier de référence en l'absence d'une évolution favorable des conditions du marché du travail.

III. Sous le n° 457321, par une requête, enregistrée le 7 octobre 2021 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la Confédération générale du travail – Force ouvrière (CGT-FO) demande au juge des référés du Conseil d'Etat, statuant sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative :

1°) de suspendre l'exécution du décret n° 2021-1251 du 29 septembre 2021 fixant la date d'entrée en vigueur de certaines dispositions du régime d'assurance chômage ;

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

Elle soutient que :

- la condition d'urgence est remplie ;
- il existe un doute sérieux quant à la légalité du décret contesté ;
- il méconnaît la force obligatoire de l'ordonnance du 22 juin 2021 par laquelle le juge des référés du Conseil d'Etat a suspendu l'exécution de la date d'entrée en vigueur des

nouvelles règles de calcul du salaire journalier de référence et est entaché d'un détournement de pouvoir ou de procédure ;

- il est entaché d'une erreur manifeste dans l'appréciation du 1^{er} octobre 2021 comme date d'entrée en vigueur des règles de calcul du salaire journalier de référence en l'absence d'une évolution favorable des conditions du marché du travail.

IV. Sous le n° 457337, par une requête, enregistrée le 8 octobre 2021 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la Confédération française de l'encadrement - Confédération générale des cadres (CFE – CGC) demande au juge des référés du Conseil d'Etat, statuant sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative :

1°) de suspendre l'exécution du décret n° 2021-1251 du 29 septembre 2021 fixant la date d'entrée en vigueur de certaines dispositions du régime d'assurance chômage ;

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

Elle soutient que :

- la condition d'urgence est remplie ;
- il existe un doute sérieux quant à la légalité du décret contesté ;
- il ne correspond pas au projet de décret soumis au Conseil d'Etat, dont la consultation était obligatoire en application de l'article L. 5422-20 du code du travail, ni au texte proposé par ce dernier ;
- il est entaché d'un vice de procédure en ce qu'il a été édicté sur le fondement d'un document de cadrage prévu par les articles 57 de la loi du 5 septembre 2018, L. 5422-10-1 et R. 5422-11 du code du travail, devenu caduc ;
- il méconnaît la force obligatoire de l'ordonnance du 22 juin 2021 par laquelle le juge des référés du Conseil d'Etat a suspendu l'exécution de la date d'entrée en vigueur des nouvelles règles de calcul du salaire journalier de référence et est entaché d'un détournement de pouvoir ou de procédure ;
- il est entaché d'une erreur manifeste dans l'appréciation du 1^{er} octobre 2021 comme date d'entrée en vigueur des règles de calcul du salaire journalier de référence en l'absence d'une évolution favorable des conditions du marché du travail et alors que les employeurs voient la modulation de leur contribution à l'assurance chômage reportée dans le temps ;
- il est entaché d'une erreur de droit en ce que les modalités de prise en compte de certaines périodes de rémunération réduite combinées au mode de calcul du salaire journalier de référence sont contraires au principe d'égalité ;
- il est entaché d'une erreur de droit en ce que les règles dont il permet l'entrée en vigueur relatives aux différés d'indemnisation combinées au mode de calcul du salaire journalier de référence, sont contraires au principe d'égalité ;
- il est entaché d'une erreur de droit en ce qu'il fait entrer en vigueur un mode de calcul de reconstitution des salaires pour certains demandeurs d'emploi contraire au code du travail.

V. Sous le n° 457343, par une requête et un nouveau mémoire, enregistrés les 8 et 14 octobre 2021 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, 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'Etat, statuant sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative :

1°) de suspendre l'exécution du décret n° 2021-1251 du 29 septembre 2021 fixant la date d'entrée en vigueur de certaines dispositions du régime d'assurance chômage ;

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

Ils soutiennent que :

- la condition d'urgence est satisfaite ;
- il existe un doute sérieux quant à la légalité du décret contesté ;
- il méconnaît la force obligatoire de l'ordonnance du 22 juin 2021 par laquelle le juge des référés du Conseil d'Etat a suspendu l'exécution de la date d'entrée en vigueur des nouvelles règles de calcul du salaire journalier de référence et est entaché d'un détournement de pouvoir ou de procédure ;
- il est entaché d'une erreur manifeste dans l'appréciation du 1^{er} octobre 2021 comme date d'entrée en vigueur des règles de calcul du salaire journalier de référence en l'absence d'une évolution favorable des conditions du marché du travail.

VI. Sous le n° 457345, par une requête, enregistrée le 8 octobre 2021 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la Confédération française démocratique du travail (CFDT) et la Confédération française des travailleurs chrétiens (CFTC) demandent au juge des référés du Conseil d'Etat, statuant sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative :

1°) de suspendre l'exécution du décret n° 2021-1251 du 29 septembre 2021 fixant la date d'entrée en vigueur de certaines dispositions du régime d'assurance chômage ;

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

Elles soutiennent que :

- la condition d'urgence est satisfaite ;
- il existe un doute sérieux quant à la légalité du décret contesté ;
- il est entaché d'un vice de procédure en ce qu'il a été édicté sur le fondement d'un document de cadrage prévu par les articles 57 de la loi du 5 septembre 2018, L. 5422-10-1 et R. 5422-11 du code du travail, devenu caduc ;
- il est entaché d'un vice de procédure en ce que la Commission nationale de la négociation collective, de l'emploi et de la formation professionnelle s'est prononcée sans

disposer d'aucune étude d'impact sur les conséquences du projet de décret sur les demandeurs d'emploi ;

- les équilibres et les objectifs définis par le document de cadrage n'ont pas été finalement respectés par le pouvoir réglementaire ;

- les modalités de calcul du salaire journalier de référence sont entachées d'erreur de droit en ce qu'elles portent atteinte aux principes assurantiels posés par les articles L. 5422-2 et L. 5422-3 du code du travail ;

- en accordant un rôle central à la lutte contre les phénomènes de « permittance », le Premier ministre a commis une erreur de droit ou une erreur manifeste d'appréciation ;

- les dispositions relatives au salaire journalier de référence créent une différence manifestement disproportionnée au regard du motif d'intérêt général poursuivi et les modalités retenues portent atteinte au principe d'égalité ou reposent sur une erreur manifeste d'appréciation.

Par un mémoire en défense, enregistré le 12 octobre 2021 dans les instances 457300, 457313, 457321, 457337, 457343 et 457345, la ministre du travail, de l'emploi et de l'insertion conclut au rejet de chacune des requêtes visées. Elle soutient que les moyens soulevés dans ces requêtes ne sont pas fondés ou sont inopérants.

Par un mémoire en intervention, enregistré le 12 octobre 2021, l'association Solidarités nouvelles face au chômage (SNC) demande au juge des référés du Conseil d'Etat de faire droit aux conclusions des requêtes n^{os} 457300, 457313, 457321, 457337, 457343 et 457345. Elle s'associe aux moyens de ces requêtes.

Après avoir convoqué à une audience publique, d'une part, l'UNSA, la CGT, l'Union syndicale Solidaires, la FSU, la CGT-FO, la CFE – CGC, la FNGIC, le SPGIC, l'ANCOVART, le SNGC, la CFDT et la CFTC et, d'autre part, au Premier ministre et la ministre du travail, de l'emploi et de l'insertion ;

Ont été entendus lors de l'audience publique du 14 octobre 2021, à 15 heures 30 :

- Me Uzan-Sarano, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, avocat de l'UNSA ;

- Me Lyon-Caen, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, avocat de la CGT, de l'Union syndicale Solidaires, de la FSU, de la FNGIC, du SPGIC, de l'ANCOVART et du SNGC ;

- Me Hass, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, avocat de la CGT-FO ;

- Me Gatineau, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, avocat de la CFE-CGC ;

- Me Coudray, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, avocat de la CFDT et de la CFTC ;

- le représentant de l'UNSA ;

- le représentant de la CGT ;

- le représentant de la CFE-CGC ;

- la représentante des organisations des guides interprètes conférenciers ;

- la représentante de la CFDT ;

- les représentants de la ministre du travail, de l'emploi et de l'insertion ;

à l'issue de laquelle le juge des référés a différé la clôture au 15 octobre 2021 à 17 heures puis l'a reportée au 18 octobre 2021 à 12 heures ;

Vu le mémoire, enregistré le 15 octobre 2021, présenté par la ministre du travail, de l'emploi et de l'insertion ;

Vu les mémoires, enregistrées le 18 octobre 2021, présentés par l'UNSA et la CGT et autres ;

Vu les autres pièces des dossiers ;

Vu :

- la Constitution ;
- la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

- le code du travail ;

- 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 décret n° 2021-843 du 29 juin 2021 ;

- le code de justice administrative ;

Considérant ce qui suit :

1. 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'Etat, en vertu du dernier alinéa de l'article L. 5422-20 du code du travail.

2. En outre, 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.

3. 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.

4. Par une décision du 25 novembre 2020, le Conseil d'Etat, statuant au contentieux, a annulé les dispositions du règlement d'assurance chômage annexé au décret du 26 juillet 2019 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 un décret du 28 décembre 2020 portant diverses mesures relatives au régime d'assurance chômage, 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 portant diverses mesures relatives au régime d'assurance chômage 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. A l'exception du versement à compter du 1^{er} septembre 2022 de la contribution à l'assurance chômage modulée en fonction de nouvelles règles de calcul mise en place à l'issue d'une période d'observation d'un an, l'entrée en vigueur des dispositions ainsi rétablies, y compris celles concernant le point de départ de la période d'observations précitée, a été fixée à la date du 1^{er} 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.

5. Par une ordonnance n^o 452210, 452805, 452839, 452844, 452865, 452886 du 22 juin 2021, le juge des référés du Conseil d'Etat, saisi sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, par plusieurs organisations syndicales, a fait droit partiellement à leur demande en ne prononçant la suspension de l'exécution que des dispositions relatives à l'entrée en vigueur au 1^{er} juillet 2021 des modalités nouvelles de calcul du salaire journalier de référence et de celles qui en sont indivisibles concernant la durée et les différés d'indemnisation – c'est-à-dire les dispositions des onze premiers alinéas du paragraphe 1^{er} et du paragraphe 2 de l'article 9, du paragraphe 1^{er} de l'article 11, des paragraphes 1^{er}, 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^{er} du décret du 30 mars 2021. Par un décret du 29 juin 2021 portant diverses mesures relatives au régime d'assurance chômage, le Premier ministre, à la suite de cette suspension, a, par l'article 1^{er} de ce décret, d'une part, maintenu en vigueur, jusqu'au 30 septembre 2021, l'application des dispositions de la convention d'assurance chômage du 14 avril 2017 relatives au calcul de la durée d'indemnisation du salaire journalier de référence et des différés d'indemnisation en modifiant certaines dispositions du III de l'article 5 du décret du 26 juillet 2021 relatif au régime d'assurance chômage et, par l'article 2 de ce décret, d'autre part, abrogé la date du 1^{er} juillet 2021 en prévoyant que « Les dispositions des onze premiers alinéas du paragraphe 1^{er} et du paragraphe 2 de l'article 9, du paragraphe 1^{er} de l'article 11, des paragraphes 1^{er}, 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 annexé au décret du 26 juillet 2019 susvisé ainsi que les dispositions correspondantes de l'annexe I, du chapitre 2 de l'annexe II, de l'annexe III et du chapitre 1^{er} de l'annexe IX à ce même règlement sont applicables à une date fixée par décret en Conseil d'Etat pris après avis de la commission nationale de la négociation collective, de l'emploi et de la formation professionnelle ».

6. L'UNSA, sous le n^o 457300, la CGT, l'Union syndicale Solidaires et la FSU, sous le n^o 457313, la CGT-FO, sous le n^o 457321, CFE-CGC, sous le n^o 457337, la FNGIC, le SPGIC, l'ANCOVART et le SNGC, sous le n^o 457343 et la CFDT et la CFTC, sous le n^o 457345, demandent au juge des référés du Conseil d'Etat, statuant sur le fondement de

l'article L. 521-1 du code de justice administrative, de suspendre l'exécution du décret du 29 septembre 2021 fixant la date d'entrée en vigueur de certaines dispositions du régime d'assurance chômage. Ces requêtes qui, au regard de leur argumentation, doivent être regardées comme demandant la suspension de l'exécution de l'article 2 du décret contesté, présentent à juger des questions communes. Il y a lieu de les joindre pour statuer par une seule ordonnance.

Sur l'intervention :

7. L'association Solidarités nouvelles face au chômage justifie, par son objet statutaire, d'un intérêt suffisant à la suspension de l'exécution du décret contesté. Ainsi, son intervention au soutien des requêtes est recevable.

Sur les moyens tirés de l'irrégularité des consultations opérées :

8. En premier lieu, aucune disposition législative ou réglementaire n'impose que l'avis rendu par la Commission nationale de la négociation collective, de l'emploi et de la formation professionnelle en application des dispositions du b) du 10^o de l'article L. 2271-1 du code du travail, soit subordonné à la transmission, par le Gouvernement, d'une étude d'impact ou d'éléments relatifs à la trajectoire financière ou aux buts poursuivis. Au demeurant, le projet sur lequel la Commission a rendu son avis se borne à modifier la date d'entrée en vigueur d'une partie de la réforme au regard de l'évolution des conditions du marché du travail afin de tenir compte de la suspension prononcée par le juge des référés du Conseil d'Etat dans son ordonnance du 22 juin 2021. Par suite, le moyen tiré de ce que le décret contesté aurait été pris au terme d'une procédure irrégulière faute pour la Commission d'avoir pu rendre un avis éclairé sur le projet de décret, n'est pas de nature, en l'état de l'instruction, à créer un doute sérieux sur sa légalité.

9. En second lieu, il ressort de la copie de la minute de la section sociale du Conseil d'Etat, telle qu'elle a été versée au dossier par la ministre du travail, de l'emploi et de l'insertion, que le texte publié ne contient pas de dispositions qui différeraient à la fois du projet soumis au Conseil d'Etat et du texte adopté par ce dernier. Ainsi, le moyen tiré de ce que le décret contesté aurait, pour ce motif, été adopté au terme d'une procédure irrégulière n'est pas de nature, en l'état de l'instruction, à créer un doute sérieux sur sa légalité.

Sur le moyen tiré de la caducité du document de cadrage et de ses conséquences :

10. Si l'article L. 5422-20 du code du travail n'impose pas que le décret pris à défaut d'accord des partenaires sociaux ou d'agrément de cet accord soit compatible 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 mentionné à l'article L. 5422-20-1 du même code, le Premier ministre ne peut toutefois se substituer aux partenaires sociaux qu'en cas d'échec de la négociation ou d'impossibilité, pour l'un des motifs prévus à l'article L. 5422-22 de ce code, d' agréer leur accord. Par suite, les mesures qu'il adopte, y compris par décret modificatif ultérieur, doivent rester compatibles avec les objectifs impartis aux partenaires sociaux pour cette négociation et avec la trajectoire initialement fixée.

11. Selon la CFE-CGC, la CFDT et la CFTC, rejointes sur ce point par l'association Solidarités nouvelles face au chômage, le document de cadrage communiqué le 25 septembre 2018 doit être regardé comme frappé de caducité compte tenu du temps écoulé entre la date de sa transmission et la date du décret contesté ainsi que des profonds changements résultant de la crise sanitaire qui, eu égard à ses conséquences sur la situation économique et le marché de l'emploi, n'a pas permis d'atteindre les niveaux de croissance économique et de baisse du nombre de chômeurs indemnisés prévus annuellement dans le document de cadrage. Cependant, il ne résulte, en tout état de cause, pas de l'instruction que les objectifs de la négociation en ce qui concerne la trajectoire financière et les objectifs d'évolution des règles du régime d'assurance chômage contenus dans le document de cadrage, en application de l'article L. 5422-20-1 du code du travail, qui a été adressé aux organisations représentatives de salariés et d'employeurs le 25 septembre 2018, seraient, à la date d'adoption du décret contesté, devenus caducs. Il s'ensuit que le moyen tiré de ce que la caducité du document de cadrage ne permettrait plus au Premier ministre de poursuivre la réforme de l'assurance chômage et rendrait illégale l'adoption du décret contesté qui, au demeurant, se borne à modifier la date d'entrée en vigueur d'une partie de la réforme pour tenir compte de l'évolution des conditions du marché du travail, n'est pas de nature, en l'état de l'instruction, à faire naître un doute sérieux quant à sa légalité.

Sur la méconnaissance de l'ordonnance de référé du 22 juin 2021 :

12. Aux termes de l'article L. 11 du code de justice administrative : « *Les jugements sont exécutoires* ». Aux termes de l'article L. 511-1 du même code : « *Le juge des référés statue par des mesures qui présentent un caractère provisoire. Il n'est pas saisi du principal et se prononce dans les meilleurs délais* ». Aux termes de l'article L. 521-1 du même code : « *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. / Lorsque la suspension est prononcée, il est statué sur la requête en annulation ou en réformation de la décision dans les meilleurs délais. La suspension prend fin au plus tard lorsqu'il est statué sur la requête en annulation ou en réformation de la décision* ». Aux termes de l'article L. 521-4 de ce code : « *Saisi par toute personne intéressée, le juge des référés peut, à tout moment, au vu d'un élément nouveau, modifier les mesures qu'il avait ordonnées ou y mettre fin* ». Aux termes du premier alinéa de l'article R. 522-13 du même code : « *L'ordonnance prend effet à partir du jour où la partie qui doit s'y conformer en reçoit notification* ».

13. Si, eu égard à leur caractère provisoire, les décisions du juge des référés n'ont pas, au principal, l'autorité de la chose jugée, elles sont néanmoins, conformément au principe rappelé à l'article L. 11 du code de justice administrative, exécutoires et, en vertu de l'autorité qui s'attache aux décisions de justice, obligatoires. Il en résulte que lorsque le juge des référés a prononcé la suspension d'une décision administrative et qu'il n'a pas été mis fin à cette suspension – soit, par l'aboutissement d'une voie de recours, soit dans les conditions prévues à l'article L. 521-4 du code de justice administrative, soit par l'intervention d'une décision au fond – l'administration ne saurait légalement reprendre une même décision sans qu'il ait été remédié au vice que le juge des référés avait pris en considération pour prononcer la suspension.

14. Pour prononcer, ainsi qu'il a été dit au point 5, la suspension de l'exécution des dispositions du décret du 30 mars 2021 « en tant seulement qu'il fixe dès le 1^{er} juillet la date

d'entrée en vigueur des dispositions relatives à la détermination du salaire journalier de référence » et celles qui en étaient indivisibles, le juge des référés du Conseil d'Etat a estimé, au point 32 de son ordonnance du 22 juin 2021, 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 » identifié comme étant celui de « stabilité de l'emploi ». Compte tenu de ses termes mêmes, cette ordonnance, qui ne comportait d'ailleurs aucune injonction, n'a pas eu pour objet de priver le gouvernement du pouvoir de fixer, le cas échéant, avant même que le Conseil d'Etat, statuant au contentieux, se prononce sur la légalité du décret du 30 mars 2021, une nouvelle date d'entrée en vigueur des modalités de calcul du salaire journalier de référence après avoir pris en compte notamment l'évolution des conditions du marché du travail. Par ailleurs, ainsi qu'il a été dit au point 5, à la suite de l'ordonnance précitée, le Premier ministre a, par son décret du 29 juin 2021, abrogé la date du 1^{er} juillet 2021 comme date d'entrée en vigueur du nouveau salaire journalier de référence. Cette abrogation faisait, en tout état de cause, obstacle à ce que le Premier ministre demande, sur le fondement des dispositions de l'article L. 521-4 du code de justice administrative, au juge des référés du Conseil d'Etat de modifier la mesure de suspension ordonnée ou d'y mettre fin. Le Premier ministre a également prévu que la convention d'assurance chômage s'appliquerait, s'agissant du calcul du salaire journalier de référence, jusqu'au 30 septembre 2021 et qu'une nouvelle date d'entrée en vigueur serait fixée par décret en Conseil d'Etat. Il résulte enfin de l'instruction que cette date, fixée au 1^{er} octobre 2021 par le décret contesté du 29 septembre 2021, l'a été au terme de la période d'observation d'un trimestre mise en place fin juin qualifiée par la ministre elle-même de « clause de rendez-vous », après le constat, à l'issue de cette période, d'une évolution favorable des conditions du marché du travail. Le décret en Conseil d'Etat contesté qui est intervenu après qu'a été notamment recueilli l'avis du 21 septembre 2021 de la Commission nationale de la négociation collective, de l'emploi et de la formation professionnelle, ne constitue pas la simple reprise de la décision ayant fait l'objet de la suspension et doit être regardé comme ayant visé à remédier au vice qui entachait la mesure suspendue. Par suite, les moyens tirés de ce que le décret contesté a méconnu la force exécutoire qui s'attache à l'ordonnance du 22 juin 2021, serait entaché d'un détournement de pouvoir ou de procédure et porterait atteinte au droit au recours effectif protégé par l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ne sont pas de nature, en l'état de l'instruction, à faire naître un doute sérieux quant à sa légalité.

Sur l'erreur manifeste d'appréciation dans la fixation de l'entrée en vigueur des modalités de calcul nouvelles du salaire journalier de référence :

15. Le décret du 26 juillet 2019 relatif au régime de l'assurance chômage tend, afin de favoriser, en particulier, l'emploi durable, à modifier le comportement des demandeurs d'emploi et des entreprises à l'embauche, en incitant les uns et les autres à éviter le recours aux contrats courts qui conduit les salariés à alterner périodes d'emploi et périodes de chômage. Cette réforme structurelle concerne ainsi à la fois les demandeurs d'emploi et les entreprises.

16. S'agissant, d'une part, des demandeurs d'emploi, cette réforme consiste, notamment, à modifier les règles de calcul du salaire journalier de référence qui sert à déterminer le montant de l'allocation de retour à l'emploi versée mensuellement aux travailleurs privés d'emploi, pour 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 encourager ainsi la stabilité de l'emploi. La modification introduite par le décret du 30 mars 2021 permet en outre de plafonner le nombre de jours non travaillés au dénominateur du quotient qui sert à déterminer le salaire journalier de référence. Une analyse de l'Union nationale

interprofessionnelle pour l'emploi dans l'industrie et le commerce (Unedic) d'avril 2021 retient que ce mécanisme conduira à limiter à 43 % au maximum la baisse du salaire journalier de référence par rapport au montant obtenu par application de la formule de calcul prévue dans le cadre de la convention du 14 avril 2017. Elle indique également que si le salaire journalier de référence devrait baisser en moyenne de 26 %, l'allocation journalière nette devrait quant à elle baisser en moyenne de 17 %. En outre, les dispositions du I de l'article 7 du décret du 14 avril 2020 portant mesures d'urgence en matière de revenus de remplacement permettent de neutraliser les périodes non seulement de confinement strict mais également celles liées à des restrictions de déplacement et d'activités pour le calcul de l'allocation des intéressés. La réforme conduit également, d'une part, à augmenter la durée minimale d'affiliation de 4 à 6 mois pour l'ouverture et le rechargement des droits et, d'autre part, de réduire de 8 à 6 mois le délai de mise en œuvre du mécanisme de dégressivité de l'allocation d'assurance chômage. Le décret du 30 mars 2021 a toutefois subordonné l'entrée en vigueur de la réforme sur ces derniers deux points à une « clause de retour à meilleure fortune », sans lien avec la mise en œuvre des nouvelles règles de calcul du salaire journalier de référence, reposant sur la vérification de deux indicateurs et l'intervention d'un arrêté de la ministre chargée du travail. Selon la ministre du travail, de l'emploi et de l'insertion les deux critères (nombre de déclarations préalables à l'embauche pour des contrats de plus d'un mois supérieur à 2, 7 millions sur une période de 4 mois consécutifs et baisse du nombre des demandeurs d'emploi de catégorie A d'au moins 130 000 sur une période de 6 mois) seraient, comme l'avait envisagé l'Unedic dès avril dernier, désormais remplis simultanément dans l'attente toutefois d'une confirmation des données définitives fin octobre. Il est cependant indiqué, et il n'est pas contesté, que les droits à l'allocation de retour à l'emploi ouverts immédiatement à compter du 1^{er} octobre 2021 seront calculés, d'une part, en neutralisant les périodes d'inactivité et, d'autre part, en prolongeant la période d'affiliation du nombre de mois affectés par des restrictions sanitaires de telle sorte que l'effet des nouvelles règles se fera sentir à une date à laquelle les périodes de référence des intéressés ne contiendront plus aucune période liée à la crise sanitaire à neutraliser.

17. S'agissant, d'autre part, des entreprises, le décret du 26 juillet 2019 repose sur l'instauration d'un mécanisme de modulation de la contribution des employeurs au financement de l'assurance chômage, dénommée « bonus-malus », visant également à modérer le recours aux contrats courts et ses conséquences financières négatives sur le régime d'assurance chômage, en incitant les entreprises de 11 salariés et plus exerçant dans un des secteurs d'activité répertoriés où le taux de séparation moyen est très élevé, à réduire leur taux de séparation par rapport au taux médian du secteur et à privilégier les embauches durables. Sur ce point, la période d'observation d'un an est entrée en vigueur dès le 1^{er} juillet 2021 de telle sorte qu'au terme de ce délai, les entreprises concernées verseront, à compter du 1^{er} septembre 2022, une contribution calculée en fonction du taux de séparation effectivement constaté sur la période par rapport au taux médian de leur secteur d'activité.

18. Pour justifier, notamment au regard des motifs de l'ordonnance du juge des référés du 22 juin 2021, du caractère pertinent de la date d'entrée en vigueur au 1^{er} octobre 2021 de la partie du dispositif de la réforme concernant la mise en place de nouvelles règles de calcul du salaire journalier de référence, la ministre du travail, de l'emploi et de l'insertion se prévaut de données relatives aux conditions nouvelles du marché de l'emploi et à la situation économique. Des données ainsi produites, il ressort un dépassement du niveau d'avant crise en termes des créations nettes d'emplois dans le secteur privé, une stabilisation du taux de chômage à 8,0 % de la population active au deuxième trimestre 2021 à un niveau proche de celui de la fin de l'année 2019 (8,1 %), le maintien à un niveau élevé des embauches de plus d'un mois hors intérim et du niveau d'embauches en contrat à durée indéterminée, une dynamique à la baisse du

nombre des demandeurs d'emploi inscrits à Pôle emploi sans activité (DEFM A) et une diminution du chômage partiel pour la période comprise entre mai et septembre 2021. Ces indicateurs favorablement orientés depuis plusieurs mois consécutifs permettent, selon la ministre, d'envisager une amélioration globale de la situation de l'emploi de nature à favoriser des embauches durables. Les syndicats requérants font, pour leur part, valoir, s'agissant des demandeurs d'emplois, qu'il aurait fallu, en tout état de cause, attendre la publication des chiffres du 3^{ème} trimestre avant de prendre la décision contestée, que la période est marquée par une hausse des contrats courts et non par leur diminution, que les baisses constatées dans la catégorie A résultent d'un phénomène dit de vases communicants vers les catégories B, C ou D, que, selon une étude relative à l'usage des contrats courts dans trois secteurs et trois territoires régionaux 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, 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 le recours aux contrats courts constitue le plus souvent un outil de flexibilité permettant aux employeurs de répondre à un besoin temporaire de main d'œuvre que les salariés permanents ne peuvent pas satisfaire et enfin que certains secteurs économiques connaissent des difficultés. En réponse, la ministre fait valoir que la hausse constatée de la part des salariés en contrats courts jusqu'à l'été 2021 s'explique conjoncturellement par la réouverture, à l'issue des périodes de restrictions sanitaires, des secteurs des activités récréatives ainsi que d'hébergement-restauration, habituellement utilisateurs de contrats courts, que le taux d'emploi en contrat à durée indéterminée (CDI) est en légère hausse de la population active au deuxième trimestre 2021 tandis que le taux d'emploi en contrats à durée déterminée (CDD) reste plus bas qu'avant la crise sanitaire, que le nombre de demandeurs d'emploi inscrits en catégorie B et C, en particulier l'augmentation de ceux inscrits en catégorie C qui travaillent à temps complet, et l'augmentation du nombre de demandeurs d'emploi inscrits en catégorie D qui poursuivent notamment un stage ou une formation en vue d'accroître leur employabilité, ne traduisent pas par eux-mêmes une fragilité ou une dégradation du marché du travail mais participent à la reprise de l'activité, que la réforme de l'assurance chômage constitue un des leviers de la régulation des contrats courts et qu'une enquête de la DARES de septembre 2021 a mis en évidence qu'il existe dans de nombreux secteurs de l'activité économique une demande significative non satisfaite de recrutement en CDI, en particulier dans les secteurs recourant massivement aux contrats courts. Au regard de ces différents éléments et en dépit du désaccord entre les parties sur l'analyse ou l'interprétation de certaines données, il ne résulte pas de l'instruction que la tendance générale du marché de l'emploi constituerait, à ce jour, un obstacle à la poursuite de la réforme.

19. Il résulte, par ailleurs, de l'instruction que des indicateurs et prévisions économiques généraux produits, et notamment de la note de conjoncture de l'INSEE du 6 octobre 2021 et de l'enquête de conjoncture de la Banque de France du 13 septembre 2021, qu'une forte reprise de l'activité économique se confirme dans la plupart des secteurs, l'indicateur de retournement calculé mensuellement par l'INSEE permettant de regarder ces prévisions comme présentant un caractère fiable. Il n'est pas non plus sérieusement contesté que la mise en place du passe sanitaire, le haut niveau de vaccination de la population et l'expérience acquise durant la crise sanitaire permettent de réduire les facteurs d'incertitude et contribuent à l'amélioration du climat économique, même dans l'hypothèse du maintien de la circulation du virus ou l'apparition de nouveaux variants.

20. Il résulte également de l'instruction que le plan d'investissement dans les compétences mis en place pour cinq ans depuis 2018 a été prolongé depuis début septembre 2021 par un renforcement de l'accompagnement des demandeurs d'emploi de longue durée et, à

partir de fin septembre, par le lancement d'un plan de réduction des tensions de recrutement répondant aux besoins particuliers de main d'œuvre exprimés par les entreprises en sortie de crise sanitaire et que, par ailleurs, Pôle emploi déploie, actuellement, de nouvelles actions spécifiques pour remobiliser des demandeurs éloignés de l'emploi ainsi que des prestations destinées à ceux qui souhaitent accéder à un emploi plus durable.

21. Il résulte enfin de l'instruction que des réunions de dialogue et d'échanges ont été organisées au cours de l'été 2021 entre les organisations professionnelles représentatives de chacun des sept secteurs d'activité concernés et la direction générale de l'emploi et de la formation professionnelle et la direction générale du travail afin de sensibiliser les différents acteurs des secteurs d'activité concernés. En outre, toutes les entreprises concernées sont incitées, par des outils spécifiques et en particulier un simulateur, à privilégier, dès le 1^{er} juillet 2021, le recours pour leurs embauches aux différentes formules de contrats durables existantes en prévoyant la modulation à la hausse ou à la baisse de leur contribution susceptible d'intervenir le 1^{er} septembre 2022, dès lors qu'elle sera calculée en fonction du taux de séparation de chaque entreprise observé pendant un an depuis le 1^{er} juillet 2021 et rapporté au taux médian constaté sur la même période dans le même secteur d'activité.

22. Dans un tel contexte, et alors même, comme le soulignent les syndicats requérants, que les modalités de mise en œuvre de la réforme diffèrent entre les salariés et les employeurs, il ne résulte pas de l'instruction que les éléments sur lesquels la décision contestée est fondée, corroborés par ceux produits devant le juge des référés, seraient encore insuffisants pour faire obstacle à la poursuite de l'objectif d'intérêt général de stabilité de l'emploi et regarder le moyen tiré de l'erreur manifeste d'appréciation commise dans le choix du 1^{er} octobre 2021 pour fixer l'entrée en vigueur du volet relatif au salaire journalier de référence, comme étant de nature à faire naître un doute sérieux sur la légalité du décret.

Sur les autres moyens :

23. Eu égard à l'objet de l'article 2 du décret contesté qui est limité à la date d'entrée en vigueur des nouvelles règles de calcul du salaire journalier de référence, sont inopérants pour contester la légalité du décret contesté, les moyens par lesquels certains syndicats contestent les règles relatives au mode de calcul du salaire journalier de référence, au mode de calcul des reconstitutions de salaires en période d'activité réduite ou aux différés d'indemnisation, se prévalent d'une méconnaissance du principe assurantiel, critiquent le défaut de prise en compte de règles spécifiques pour les guides conférenciers ou font enfin valoir que les modifications apportées ne sont pas conformes aux objectifs contenus dans le document de cadrage. Dès lors, ces moyens ne sont pas, en tout état de cause, de nature, en l'état de l'instruction, à faire naître un doute sérieux quant à la légalité du décret contesté.

24. Il résulte de tout ce qui précède, et sans qu'il soit besoin de se prononcer sur la condition d'urgence, que les requêtes mentionnées au point 6 doivent être rejetées, y compris les conclusions présentées par les différents syndicats requérants au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

ORDONNE :

Article 1^{er} : L'intervention de l'association Solidarités nouvelles face au chômage est admise.

Article 2 : Les requêtes de l'UNSA, la CGT, l'Union syndicale Solidaires, la FSU, la CGT-FO, la CFE-CGC, la FNGIC, la SPGIC, l'ANCOVART, le SNGC, la CFDT et la CFTC sont rejetées.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à l'Union nationale des syndicats autonomes, la Confédération générale du travail, première dénommée sous le n° 457313, la Confédération générale du travail – Force ouvrière, la Confédération française de l'encadrement – Confédération générale des cadres, la Fédération nationale des guides interprètes et conférenciers, première dénommée sous le n° 457343, la Confédération française démocratique du travail, première dénommée sous le n° 457345, et à la ministre du travail, de l'emploi et de l'insertion.

Copie en sera adressée à l'association Solidarités nouvelles face au chômage.