

N° 434931  
CGT-FO

1ère et 4ème chambres réunies  
Séance du 5 février 2020  
Lecture du 12 février 2020

## CONCLUSIONS

### Mme Marie Sirinelli, rapporteur public

Vous êtes, vous le savez, saisis de plusieurs recours dirigés contre le volumineux **décret du 26 juillet 2019 relatif au régime d'assurance chômage**.

Parmi ces recours, que vous examinerez lorsqu'ils seront en état d'être jugés, celui formé par la CGT-FO porte sur une mesure particulièrement discutée. Il s'agit de l'article 17 bis de l'annexe A au décret, qui instaure, dans certaines conditions, une **dégressivité dans le temps de l'assurance chômage**.

Cet article prévoit ainsi que l'allocation journalière « *est affectée d'un coefficient de dégressivité égal à 0,7 à partir du 183e jour d'indemnisation* », et ce pour les allocataires âgés de moins de 57 ans à la date de la fin de leur contrat de travail.

Ces dispositions trouvent leur base légale à l'article L. 5422-3 du code du travail. Celui-ci prévoit, en effet :

- à son premier alinéa, que l'allocation d'assurance est calculée en fonction de la rémunération antérieurement perçue<sup>1</sup> ;
- à son deuxième alinéa, qu'elle ne peut excéder le montant net de cette rémunération ;
- enfin, à son troisième et dernier alinéa, que **l'allocation peut comporter un taux dégressif** « *en fonction de l'âge des intéressés et de la durée de l'indemnisation* ».

En première lecture, on est surpris du rattachement à un dénominateur commun - celui de la **possible dégressivité** - de deux notions aussi distinctes que, d'une part, **l'âge de l'allocataire** et, d'autre part, celui de **la durée de l'indemnisation**. D'autant que ces paramètres ne paraissent pas relever de la même équation : là où la possible dégressivité de l'allocation selon la durée d'indemnisation relève d'une approche directe et linéaire, la mention de l'âge des intéressés semble en revanche constituer un paramètre permettant, non de pratiquer directement la dégressivité, mais plutôt, à rebours, de la moduler, suivant un principe de protection de certains demandeurs d'emploi.

---

<sup>1</sup> Ou en fonction « *de la rémunération ayant servi au calcul des contributions mentionnées aux articles L. 5422-9 et L. 5422-11* ».

Ces deux notions ont toutefois un point commun, qui est plus généralement le sujet de ce troisième alinéa, et qui tient à l'inscription dans le temps de l'assurance chômage. Celle-ci se situe ainsi dans le temps administratif de la durée de l'indemnisation ; mais aussi dans le temps humain des âges de la vie du travailleur.

C'est ce dernier aspect qui nourrit la question prioritaire de constitutionnalité posée par la CGT-FO, dans le cadre de son recours pour excès de pouvoir contre le décret du 26 juillet 2019. Celle-ci soutient, en effet, que sont **contraires au principe d'égalité les dispositions du troisième alinéa de l'article L. 5422-3 du code du travail qui permettent une dégressivité « en fonction de l'âge des intéressés ».**

1. Ces dispositions, qui constituent la base légale de l'article contesté, sont sans le moindre doute applicables au litige<sup>2</sup>.

2. Elles n'ont jamais fait l'objet d'une déclaration de conformité par le Conseil constitutionnel. Pour s'en convaincre, il faut revenir à l'origine de ce texte.

**La possibilité d'une dégressivité des allocations d'assurance chômage n'est, en effet, pas nouvelle.** Les aides publiques prévues par l'ordonnance n°67-580 du 13 juillet 1967 relatives aux garanties de ressources des travailleurs dépourvus d'emploi présentaient déjà un caractère dégressif<sup>3</sup>. Puis l'article L. 351-5 du code du travail, dans sa rédaction issue d'une ordonnance n°82-40 du 16 janvier 1982, a prévu, parmi les prestations constitutives du revenu de remplacement, une allocation spéciale pour les salariés de moins de soixante ans ayant fait l'objet d'un licenciement économique, en précisant que cette allocation était « affectée d'une dégressivité trimestrielle ».

**Dans ce cadre s'est, enfin, tissé un lien entre dégressivité et âge du demandeur d'emploi.** Ainsi, le décret n°82-991 du 24 novembre 1982, faisant application de l'article L. 351-18 du code du travail applicable à certaines catégories de travailleurs, a tout d'abord créé des régimes d'indemnisation liant la durée d'indemnisation à la durée préalable d'affiliation, mais également à l'âge de l'intéressé à la date de la rupture du contrat de travail.

**Au niveau législatif, la possibilité d'un lien entre âge et dégressivité est apparu avec l'ordonnance n°84-106 du 16 février 1984 relative au revenu de remplacement des travailleurs involontairement privés d'emploi.** Celle-ci, en effet, a créé un article L. 351-5-1 dans le code du travail, prévoyant une allocation de base et une allocation de fin de droits, et précisant que « l'allocation de base est calculée en fonction du salaire antérieurement perçu ; elle ne peut excéder le montant net de ce dernier ; elle peut comporter un taux dégressif en fonction de l'âge des intéressés et de la durée de l'indemnisation ». Vous reconnaissez, en substance, les dispositions qui sont en cause en l'espèce. Une ordonnance du 21 mars 1984<sup>4</sup> a

<sup>2</sup> Nous peinons à identifier, à vrai dire, l'avantage qui pourrait être tiré par le syndicat requérant de leur abrogation, dès lors que leur disparition, tout en laissant demeurer la possibilité d'une dégressivité, n'autoriserait plus d'en exclure certains travailleurs au motif de leur âge.

<sup>3</sup> cf. l'article 11 du décret n°67-806 du 25 septembre 1967 fixant les conditions d'attribution des allocations d'aide publiques aux travailleurs privés d'emploi, codifié à l'article R. 351-11 de l'ancien code du travail.

<sup>4</sup> cf. ordonnance n°84-198 du 21 mars 1984 relative au revenu de remplacement des travailleurs involontairement privés d'emploi et portant modification du code du travail.

transféré ces dispositions à l'article L. 351-3 du code du travail. Celle-ci, comme la précédente ordonnance, a été ratifiée par l'article 35 de la loi n°84-575 du 9 juillet 1984 portant diverses dispositions d'ordre social, loi qui n'a pas été déférée au Conseil constitutionnel.

Procédant à une recodification à droit constant, l'ordonnance n°2007-329 du 12 mars 2007 relative au code du travail a, enfin, abrogé l'article L. 351-3, et créé un nouvel article L. 5422-3, qui a repris à l'identique les dispositions concernant l'allocation de base, devenue « *allocation d'assurance* ». La loi du 21 janvier 2008 opérant sa ratification a été déférée au Conseil constitutionnel ; mais celui-ci ne s'est, alors, pas prononcé sur la constitutionnalité de l'article L. 5422-3 du code du travail<sup>5</sup>.

Ces dispositions sont restées inchangées jusqu'à la loi n°2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel, qui n'a toutefois pas touché au dernier alinéa de l'article, portant sur la possibilité d'une dégressivité.

A l'issue de cette rétrospective, vous pourrez donc relever que, quoique la possibilité d'une assurance chômage dégressive en fonction de l'âge ne soit pas nouvelle dans notre droit, **elle n'a jamais fait l'objet d'un examen par le Conseil constitutionnel.**

**3. Les deux premières conditions posées par l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 étant vérifiées, il vous reste donc à déterminer si la question soulevée devant vous est nouvelle, ou présente un caractère sérieux.**

Le syndicat requérant vous demande, précisément, de transmettre au Conseil constitutionnel la question suivante : l'article L. 5422-3 du code du travail, dans sa rédaction en vigueur, est-il contraire au principe d'égalité devant la loi, garanti par la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, **en ce qu'il prévoit que le montant de l'allocation d'assurance chômage peut dépendre de l'âge de l'allocataire ?**

**3.1. Le principe invoqué - l'égalité devant la loi - n'est bien évidemment pas nouveau**, non plus, d'ailleurs, que la question de la différenciation opérée par la loi selon un critère d'âge, que le Conseil constitutionnel a déjà eu l'occasion d'examiner à plusieurs reprises, comme nous allons vous en donner quelques exemples un peu plus loin.

**3.2. S'agissant du caractère sérieux de la question, il vous faut donc vous interroger sur la différence de traitement, selon l'âge, qui figure dans les dispositions en cause.** Vous savez que, suivant la jurisprudence du Conseil constitutionnel, une telle différence de traitement est admise lorsqu'elle est en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit, et qu'elle procède d'une différence de situation, ou d'un motif d'intérêt général.

De manière liminaire, on peut souligner qu'en l'espèce, la loi n'instaure pas, en tant que telle, une différence de traitement, mais en ouvre simplement la possibilité. Vous observerez, d'ailleurs, que depuis les ordonnances de 1984, il a été peu fait usage de la faculté ainsi offerte par le législateur. Ainsi, les partenaires sociaux s'en sont principalement saisis à partir de l'avenant n°10 du 24 juillet 1992 au règlement annexé à la convention d'assurance chômage

---

5 cf. décision n°2007-561 DC du 17 janvier 2008, portant sur la loi n°2008-67 du 21 janvier 2008.

du 31 janvier 1990 ; celui-ci a créé « *l'allocation unique dégressive* », dont le taux de dégressivité variait notamment selon l'âge des intéressés. Mais il a été mis fin à cette allocation dans la convention du 1er janvier 2001.

En dépit de ce précédent conventionnel, la question de la dégressivité des allocations d'assurance chômage selon l'âge n'a pas donné lieu à jurisprudence, ni constitutionnelle ni administrative. Examinant la légalité d'une des conventions d'assurance chômage qui prévoyaient un barème de dégressivité variable en fonction de l'âge des bénéficiaires, vous avez écarté le moyen tiré de la méconnaissance du principe d'égalité, mais au motif, précisément, que cette dégressivité découlait directement de la loi (CE 6 octobre 2000, Association de défense des intermittents du spectacle et autres, n°209238, aux tables sur un autre point).

Le Conseil constitutionnel, pour sa part, a admis qu'une **différence de situation caractérisée par un critère d'âge pouvait exister en matière d'emploi**, en raison des difficultés particulières d'insertion professionnelle existant selon l'âge des salariés. Il a ainsi regardé comme conformes à la Constitution :

- d'une part, des dispositions plus favorables à l'emploi des jeunes travailleurs (v., par exemple, ses décisions DC du 5 juillet 1977 ou du 22 juillet 2005, sur des mesures favorisant le recrutement des jeunes travailleurs, au sujet des règles de décompte des effectifs<sup>6</sup>) ;
- d'autre part, des dispositions favorables aux salariés les plus âgés (v. sa décision DC du 25 juillet 1989 concernant des mesures particulières de prévention des licenciements économiques<sup>7</sup>).

Par translation, et en raison du lien étroit existant entre l'insertion professionnelle et l'accompagnement des demandeurs d'emploi, **il nous semble que ce critère de l'âge ne peut être regardé comme revêtant une pertinence moindre en matière d'indemnisation chômage**.

En effet, la littérature sociale, économique et juridique a très largement démontré que **l'âge constitue aujourd'hui un paramètre important de l'employabilité, qui peut se retourner en un facteur de vulnérabilité sur le marché du travail**<sup>8</sup>. C'est d'ailleurs ce qui explique l'existence, hors du champ de la dégressivité, de plusieurs dispositifs favorables aux demandeurs d'emploi les plus âgés. Ainsi, la dispense de recherche d'emploi dont bénéficiaient certains demandeurs d'emploi âgés de 57 ans et plus a disparu en 2012, mais d'autres dispositifs existent, tout particulièrement le régime dit de la « filière seniors », où les durées maximales d'indemnisation à l'allocation d'aide au retour à l'emploi sont adaptées selon l'âge de l'allocataire. Vous avez d'ailleurs vous-même admis que le pouvoir réglementaire pouvait, sans méconnaître le principe d'égalité, abaisser le plafond du salaire de référence

---

6 cf. décisions n°77-79 DC du 5 juillet 1977 et n° 2005-521 DC du 22 juillet 2005. Voir également la décision n°2006-535 DC du 30 mars 2006, relative aux contrats première embauche.

7 cf. décision n°89-257 DC du 25 juillet 1989, point 12.

8 v., tout particulièrement et récemment, un référé de la Cour des comptes, daté 23 juillet 2019 : « *Les fins de carrière : un risque de précarité pour les seniors exclus du marché du travail, un coût croissant pour la solidarité* ».

servant à calculer les montants des aides pour les travailleurs âgés ne pouvant bénéficier de mesures de reclassement, et ce en relevant que l'aide avait été « *concentrée* » sur les salariés privés d'emploi « *pour lesquels ces allocations sont le plus nécessaires* » (CE 21 février 2000, Confédération française de l'encadrement, n°203473). **Il nous semble ainsi difficilement discutable qu'il existe une différence de situation entre les travailleurs privés d'emploi, selon leur âge.**

**Certes, le caractère principalement assurantiel du système d'indemnisation du chômage incite à la prudence**, s'agissant des différenciations susceptibles d'être opérées entre des salariés privés d'emploi qui auraient cotisé dans les mêmes conditions.

Vous savez, en effet, qu'après une tentative d'unification en 1979, le système d'accompagnement des demandeurs d'emploi repose, depuis 1984, sur la distinction entre un régime d'assurance, financé et géré par les partenaires sociaux, et un régime de solidarité, pris en charge par l'Etat. Cette distinction ne confère toutefois pas au versant assurantiel un caractère tout à fait pur, et celui-ci se trouve en partie mâtiné d'une forme de solidarité, dont témoigne l'obligation d'affiliation, ou le fait que les prestations servies à l'assuré ne soient pas strictement proportionnées aux cotisations qu'il a acquittées. Vous observerez, d'ailleurs, que ce principe de solidarité, qui essaime ainsi hors du régime financé par l'Etat, est la condition retenue, dans le droit de l'UE, pour que les organismes gestionnaires de l'assurance chômage ne soient pas regardés comme des entreprises, au sens du traité (v. CJCE, 17 février 1993, Poucet et Pistre, C-159/91 et C-160/91, Rec. I-637). Ce principe ne semble d'ailleurs imprimer de plus en plus nettement sa marque sur le financement de l'assurance chômage, avec la loi du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel, qui a modifié l'article L. 5422-9 du code du travail pour prévoir que l'allocation-chômage et l'allocation des travailleurs indépendants sont notamment financées par des « *impositions de toute nature (...)* »<sup>9</sup>.

Le caractère assurantiel du régime ne nous paraît donc pas être un obstacle pour reconnaître la différence de situation susceptible d'exister, selon leur âge, entre des travailleurs privés d'emploi.

**Cette différence de situation offre donc la possibilité d'un traitement différencié selon l'âge, à condition, enfin, qu'il soit en rapport direct avec l'objet de la loi.** Sur ce dernier point, la différence de traitement rendue possible en matière de dégressivité nous paraît bien en rapport avec l'objet des dispositions de l'article L. 5422-3. Cet objet consiste, en effet, **à assurer l'indemnisation des travailleurs involontairement privés d'emploi, tout en encourageant le retour à l'emploi – et ce, en tenant compte, notamment, de l'employabilité.**

Il nous semble ainsi que la possibilité d'une dégressivité selon l'âge, ouverte par la loi, constitue une différence de traitement qui répond à une différence de situation, sans être dépourvue de lien direct avec l'objet de la loi. Le grief soulevé devant vous ne paraît donc pas revêtir un caractère sérieux.

---

9 Le caractère assurantiel du régime est, également, à relativiser d'autant plus que la part salariale des cotisations a aujourd'hui été supprimée.

**PCMNC** qu'il n'y a pas lieu de renvoyer la question posée au Conseil constitutionnel.