

CONCLUSIONS

M. Thomas JANICOT, Rapporteur public

1. Les quatre numéros qui ont été appelés vous donneront l'occasion d'examiner la constitutionnalité du dispositif de modulation de l'indemnisation des demandeurs d'emploi en fonction de la situation du marché du travail. Un mot d'abord du contexte dans lequel vous êtes saisis.

Comme vous le savez, en vertu de l'article L. 5422-20 du code du travail, c'est en principe aux partenaires sociaux qu'il revient de fixer conventionnellement les modalités d'application du régime d'assurance chômage. A défaut d'accord ou en l'absence d'agrément de celui-ci par le Premier ministre, ces mesures sont déterminées par décret en Conseil d'Etat, dit « décret de carence ». Ce mode de gestion a été réformé par la loi du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel¹. Pour répondre, selon son étude d'impact, aux « *interrogations récurrentes – et croissantes – sur l'efficacité du paritarisme* »², son article 56 a ainsi prévu que les négociations entre partenaires sociaux auraient désormais lieu sur la base d'un « document de cadrage », fourni par le Gouvernement et précisant notamment les objectifs d'évolution des règles du régime d'assurance chômage ou la trajectoire financière à atteindre (v. art. L. 5422-21 du code du travail).

Les dernières négociations entre les partenaires sociaux se sont soldées par un échec après la transmission de ce document le 25 septembre 2018. Deux décrets de « carence » ont ainsi été adoptés le 26 juillet 2019 afin de fixer les règles de l'assurance chômage entre le 1^{er} novembre 2019 et le 1^{er} novembre 2022. Considérant que la crise sanitaire et les différentes séquences

¹ Loi n° 2018-771

² Etude d'impact du projet de loi pour la liberté de choisir son avenir professionnel, p. 276.

contentieuses ayant jalonné leur entrée en vigueur n'avaient pas permis d'en déployer tous leurs effets et afin « *d'éviter toute rupture très fortement préjudiciable dans l'indemnisation des chômeurs* »³, le législateur a autorisé le Gouvernement à fixer ces règles par décret jusqu'au 31 décembre 2023, sans passer par la voie de la négociation paritaire⁴. Cette mesure a été instaurée par l'article 1^{er} de la loi du 22 décembre 2022 portant mesures d'urgence relatives au fonctionnement du marché du travail en vue du plein emploi⁵, laquelle a également créé un service public de la validation des acquis de l'expérience et supprimé l'accès aux allocations chômage en cas d'abandon de poste sans motif légitime ou de refus répétés de contrats à durée indéterminée (CDI) pour les salariés en contrat court.

L'article 2 de cette loi, codifié à l'article L. 5422-2-2 du code du travail, est celui qui retiendra le plus votre attention, en ce qu'il prévoit un mécanisme inédit de modulation des droits à indemnisation des chômeurs en fonction de la situation du marché du travail. Cette disposition prévoit ainsi que « *les conditions d'activité antérieure pour l'ouverture ou le rechargement des droits et la durée des droits à l'allocation d'assurance peuvent être modulées en tenant compte d'indicateurs conjoncturels sur l'emploi et le fonctionnement du marché du travail* ». Si elle ne précise pas dans quel sens cette modulation opère, ses travaux préparatoires révèlent qu'elle dispose d'un caractère contra-cyclique. Autrement dit, en ce qui concerne la durée d'indemnisation, il s'agit de la diminuer lorsque la situation sur le marché du travail est favorable et à l'inverse de l'augmenter lorsque cette situation est dégradée, afin notamment de favoriser la stabilité de l'activité économique et la protection des chômeurs⁶.

Les modalités d'application de ce mécanisme de balance entre « *assurance et incitations* »⁷, inspiré de la pratique existante aux Etats-Unis ou au Canada⁸, ont été fixées par un décret n° 2023-33 du 26 janvier 2023, pris sur le fondement de l'article 1^{er} de la loi du 21 décembre 2022 et donc applicable jusqu'au 31 décembre 2023. Il prévoit ainsi une baisse de 25 % de la durée potentielle d'indemnisation lorsque, durant trois trimestres consécutifs, le taux de chômage reste en-dessous de 9 % et ne connaît pas de variation trimestrielle supérieure à 0,8 point de pourcentage. Un complément de fin de droit est toutefois octroyé lorsque le chômage dépasse, durant un trimestre, le niveau de 9 % ou si le taux de chômage connaît une variation trimestrielle supérieure à 0,8 point de pourcentage, ce second critère permettant de « *réagir rapidement à une dégradation soudaine de la conjoncture, même si le taux de chômage reste*

³ Exposé des motifs sous l'article 1^{er} de la loi du 21 décembre 2022 portant mesures d'urgence relatives au fonctionnement du marché du travail en vue du plein emploi.

⁴ Il a aussi prolongé jusqu'au 31 août 2024 le dispositif de bonus-malus sur les cotisations chômage applicable aux entreprises de sept secteurs les plus utilisateurs de contrats courts.

⁵ Loi n° 2022-1598

⁶ Voir les motifs de l'amendement n° COM-69 adopté à l'initiative des rapporteurs en commission au Sénat, après l'article 1^{er} du projet de loi et le rapport de la commission.

⁷ Agnès Benassy Quéré, « Assurance-chômage contra-cyclique : pourquoi ? », DG Trésor, 27 janvier 2023.

⁸ Andersen T. (2014) : « Tuning Unemployment Insurance to the Business Cycle », IZA World of Labor.

faible, sans toutefois déclencher de trop fréquentes modifications des paramètres »⁹. Enfin, le décret soustrait de l'application du régime de modulation les départements et collectivités d'outre-mer ainsi que plusieurs professions (intermittents du spectacle, marins pêcheurs, ouvriers dockers etc.).

2. A l'occasion du recours pour excès de pouvoir qu'elles ont formé devant vous contre ce décret, les principales organisations syndicales ont soulevé chacune une QPC dirigée contre les dispositions de l'article L. 5422-2-2 du code du travail. Il vous appartient aujourd'hui de les examiner à l'aune des traditionnels critères de renvoi au Conseil constitutionnel fixés à l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958.

3. La disposition critiquée est bien applicable au litige puisque c'est sur son fondement qu'a été adopté le décret attaqué.

4. Par ailleurs, le Conseil constitutionnel a bien examiné, dans le cadre de son contrôle *a priori*, la constitutionnalité de certaines dispositions de la loi du 21 décembre 2022 dans une décision du 15 décembre 2022 (n° 2022-844 DC du 15 décembre 2022). Mais il n'était pas saisi d'un grief portant directement sur les dispositions législatives critiquées. Et s'il évoque à son point 5 le mécanisme de modulation qu'elles instaurent, c'est en réponse à une critique portant sur la constitutionnalité de l'article 1^{er} de la loi, renvoyant à un décret, et non à un accord conclu par les partenaires sociaux, le soin de fixer les mesures d'application du régime d'assurance chômage jusqu'au 31 décembre 2023. L'article L. 5422-2-2 n'a donc pas déjà été déclaré conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel.

5. Il est temps d'en venir à l'examen du caractère sérieux des griefs soulevés par les organisations requérantes.

5.1. Elles soulèvent un premier grief tiré de ce que les dispositions législatives critiquées méconnaissent le droit à l'existence d'un régime d'indemnisation des travailleurs privés d'emploi reconnu par les cinquième et onzième alinéas du Préambule de la Constitution de 1946.

Ce droit dispose bien d'une protection constitutionnelle, le Conseil constitutionnel ayant jugé pour la première fois dans la décision du 15 décembre 2022 précitée que « *les exigences constitutionnelles* » du droit à l'emploi garanti par le cinquième alinéa du Préambule et le droit à des moyens convenables d'existence garanti par son onzième alinéa « *impliquent l'existence d'un régime d'indemnisation des travailleurs privés d'emplois* ». Cette « *évolution silencieuse* », comme l'ont qualifié certains auteurs¹⁰, est particulièrement innovante en ce

⁹ Agnès Bénassy Quéré, *ibid.*

¹⁰ L'évolution silencieuse du contrôle de constitutionnalité opéré à l'aune du Préambule de la Constitution de 1946, Bérénice Bauduin – Rev. trav. 2023. 15.

qu'elle reconnaît le caractère « *d'exigence constitutionnelle* » au droit à l'emploi – à rebours de la position adoptée par le juge judiciaire¹¹ – et en déduit une obligation positive pour le législateur, à savoir garantir l'existence d'un régime d'indemnisation des travailleurs privés d'emploi.

La formule employée par le Conseil constitutionnel appelle quatre observations.

En premier lieu, en reconnaissant un droit à « *l'existence* » de ce régime, le juge constitutionnel semble laisser une importante marge de manœuvre au législateur pour en déterminer le contenu et l'étendue, pourvu que celui-ci ne porte pas atteinte à son existence même. Le commentaire aux cahiers rappelle à cet égard que « *le Conseil reconnaît au législateur une importante marge de manœuvre pour la mise en œuvre des exigences du onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946* » comme celles de son cinquième alinéa, comme l'illustre le contrôle distancié exercé en matière de droit à l'emploi¹² ou pour les exigences constitutionnelles de mise en œuvre d'une politique de solidarité nationale en faveur des travailleurs retraités ou en faveur des personnes défavorisées¹³.

En deuxième lieu, la portée du droit à l'existence d'un régime d'indemnisation des travailleurs privés d'emploi reste encore incertaine. Le réduire à l'interdiction de remettre en cause sa seule existence « institutionnelle » risquerait de le vider de sa substance, les chances que le législateur s'engage dans cette voie étant relativement faibles. Ce droit a donc selon nous aussi vocation à être mobilisé face à une mesure qui aurait pour objet ou pour effet de priver, à l'échelle individuelle, un travailleur sans emploi d'une indemnisation, à l'image de ce que prévoit l'article L. 5422-1 du code du travail en cas de refus, à deux reprises, d'une proposition de CDI et qui avait été d'ailleurs examiné dans la décision du 15 décembre 2022.

En troisième lieu, si cette décision n'énonce pas la grille de contrôle utilisée par le juge constitutionnel pour vérifier l'absence de méconnaissance du droit à l'existence d'un régime d'indemnisation, il nous semble que la mesure y portant atteinte devra poursuivre un but d'intérêt général et être proportionnée, comme il l'exige par exemple en matière de droit à l'emploi (CC, décision n° 2010-98 QPC du 4 février 2011).

En dernier lieu, nous n'avons pas de doute pour estimer que le droit à l'existence d'un régime d'indemnisation des travailleurs privés d'emploi est bien invocable à l'appui d'une QPC, alors qu'il implique selon nous un droit individuel à bénéficier d'une indemnisation et que le droit à

¹¹ Soc. 21 sept. 2017, n° 16-20.270.

¹² Selon lui « le Conseil constitutionnel ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement ; il ne lui appartient donc pas de rechercher si l'objectif que s'est assigné le législateur pouvait être atteint par d'autres voies, dès lors que les modalités retenues par la loi déférée ne sont pas manifestement inappropriées à la finalité poursuivie ; » (décision n° 2006-535 DC du 30 mars 2006, § 20).

¹³ Voir CC, n° 2009-599 DC du 29 décembre 2009, pt. 101 ; Cons. const. 23 sept. 2011, n° 2011-170 QPC

l'emploi dont il découle est lui-même invocable à l'appui d'une QPC (CC, décision n° 2010-98 QPC du 4 février 2011).

Ces précisions apportées qu'en est-il de l'article L. 5422-2-2 du code du travail ?

Comme le ministre, il nous semble difficile de voir dans la simple « modulation » des droits à l'indemnisation, une atteinte au droit à « l'existence » même du régime d'indemnisation, une « modulation » n'étant pas, par définition, assimilable à une privation d'indemnisation. En revanche, si la loi elle-même n'emporte pas une telle conséquence, c'est au stade de la définition de l'ampleur de cette modulation par le pouvoir réglementaire que le risque d'atteinte à ce droit semble se loger. Et il appartiendra le cas échéant au juge administratif de veiller à ce que le niveau de modulation retenu ne soit pas tel qu'il remette en cause l'existence d'un régime d'indemnisation du travailleur privé d'emploi.

En tout état cause, si vous estimiez que l'article L. 5422-2-2 porte lui-même atteinte à ce droit, le grief ne paraît pas sérieux. Comme le révèlent les travaux préparatoires au Sénat¹⁴, la modulation instaurée répond à un but d'intérêt général, notamment l'incitation des travailleurs privés d'emploi à en retrouver un en cas de situation favorable sur le marché du travail, l'amélioration de la situation des finances publiques ou encore la stabilisation de l'activité en cas de crise.

Cette mesure est aussi proportionnée au but poursuivi.

Premièrement, si elle peut aboutir à l'expiration plus rapide des droits à indemnisation, elle s'applique sans préjudice de la durée minimale d'indemnisation garantie par l'article L. 5422-2 du code du travail et ne remet pas en cause le principe de la prise en compte de l'activité antérieure pour la détermination des droits au chômage.

Deuxièmement, le Gouvernement produit une riche littérature scientifique démontrant l'intérêt d'une modulation contra-cyclique de l'indemnisation pour atteindre les objectifs poursuivis, dont l'incitation à la reprise d'emploi (v. par ex. la note du Conseil d'analyse économique du 6 janvier 2021, « *Repenser l'assurance chômage, règles et gouvernance* », n°61)¹⁵. Il est d'ailleurs intéressant de relever que le Préambule de 1946 met lui-même en balance à son cinquième alinéa le droit « à obtenir un emploi » avec « le devoir de travailler » (v. sur ce point le lumineux article de Jean Rivero et de Georges Vedel « *Les principes économique et sociaux de la Constitution* », 1947, p. 23).

¹⁴ Le rapport de la commission décrit ainsi la mesure : « un ajustement automatique de l'indemnisation du chômage en fonction d'indicateurs de l'activité économique serait de nature à renforcer le caractère contracyclique de l'assurance chômage et permettrait de mettre l'accent, en période de croissance de l'emploi et de tension sur le marché du travail, sur l'incitation au retour à l'emploi durable plutôt que sur la protection du niveau de vie des chômeurs ».

¹⁵ Mais aussi T. Le Barbanchon, « The effect of the potential duration of unemployment benefits on unemployment exits to work and match quality in France », *Labour economics*, 42 : 16-29.

Troisièmement, si les requérants critiquent la disparition de la nature assurantielle du régime d'indemnisation, celui-ci est déjà complété par un régime d'assistance (v. art. L. 5421-2 et suivants du code du travail) et le juge constitutionnel n'en fait pas un élément constitutif du droit à l'existence d'un régime d'indemnisation.

Enfin, certaines organisations critiquent le caractère contra cyclique de la modulation instaurée en jugeant par exemple qu'elle « *fait dépendre le niveau de protection par l'assurance chômage des travailleurs les plus fragiles du sort des plus agiles* ». Mais au-delà de la circonstance que ce constat découle des travaux préparatoires plus que de la lettre même de l'article L. 5422-2-2, ce caractère contracyclique est beaucoup plus protecteur des salariés qu'un modèle procyclique qui diminuerait les droits à indemnisation des chômeurs en période de crise.

Vous l'aurez compris, le premier grief soulevé par les syndicats requérants ne nous paraît pas sérieux. Vous écarterez, pour les mêmes motifs, celui soulevé par l'UNSA, tiré de ce que l'article législatif critiqué porte une atteinte disproportionnée au droit à l'existence d'un régime d'indemnisation des travailleurs privés d'emploi.

5.2. Le deuxième grief est tiré de ce que l'article L. 5422-2-2 serait entaché d'incompétence négative dans des conditions affectant l'existence d'un régime d'indemnisation des travailleurs privés d'emploi. Le législateur aurait dû ainsi fixer un seuil de modulation de la durée d'indemnisation, les indicateurs à prendre en considération pour l'établir, les éléments permettant de construire ces indicateurs ou encore adapter le dispositif à certains publics comme les demandeurs d'emploi âgés.

Le grief est bien opérant, la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence ne pouvant être invoquée à l'appui d'une QPC que dans le cas où est affecté un droit ou une liberté que la Constitution garantit (décision n° 2010-5 QPC du 18 juin 2010, *Kimberly Clark*).

Est-il pour autant sérieux ? Comme l'indique Georges Vedel, « *pour le Conseil constitutionnel il y a incompétence négative lorsque le législateur reste en deçà de sa propre compétence et laisse ou confie au pouvoir réglementaire des matières réservées au pouvoir législatif* »¹⁶. Il vous appartient ainsi, comme juge du filtre, d'examiner le champ de compétence dévolu au législateur pour déterminer si son silence ne peut être comblé par le pouvoir réglementaire qu'en s'aventurant dans un domaine qui n'est pas le sien.

En ce qui concerne le régime d'indemnisation des chômeurs, le constituant n'est pas particulièrement exigeant vis-à-vis du législateur, le onzième alinéa du Préambule de 1946 ne lui donnant aucune mission particulière et l'article 34 de la Constitution imposant seulement

¹⁶ Excès de pouvoir administratif et excès de pouvoir législatif, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 2 – mai 1997.

qu'il « *détermine les principes fondamentaux : (...) du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale* ». Si la jurisprudence constitutionnelle offre peu d'illustrations de ces « *principes fondamentaux* »,¹⁷ une décision du 22 février 1979 relative aux allocations de pré-retraite apporte d'utiles précisions sur la répartition des compétences opérée en la matière.

Le Conseil constitutionnel y juge que s'il appartient à la loi de fixer « *l'existence même d'allocations spéciales en faveur de certaines catégories de travailleurs (...) ainsi que la nature des conditions exigées pour l'attribution de ces allocations, il appartient au pouvoir réglementaire, sauf à ne pas dénaturer lesdites conditions, d'en préciser les éléments et notamment ceux tenant à l'âge des bénéficiaires* » (CC, décision n° 79-106 L du 22 février 1979). Cette décision semble ainsi circonscrire la compétence du législateur à la seule fixation de l'existence d'un régime et de la nature des conditions permettant d'en bénéficier, tout en renvoyant le soin au pouvoir réglementaire d'en préciser les critères, à la condition de ne pas dénaturer ces conditions.

Cette grille d'analyse nous semble transposable au régime de l'indemnisation des travailleurs privés d'emploi et nous convainc que l'article L. 5422-2-2 du code du travail épuise bien la compétence du législateur. Cet article fixe le principe même de la modulation de la durée d'indemnisation et des conditions d'activité antérieure et définit la nature des conditions de sa mise en œuvre, qui dépend de l'évolution d'indicateurs conjoncturels sur l'emploi. Il pouvait à notre sens tout à fait renvoyer aux partenaires sociaux et le cas échéant au pouvoir réglementaire, le soin de fixer ces indicateurs et la méthode employée pour les établir ainsi que d'adapter sa mise en œuvre à certains publics ou territoires.

Nous confessons avoir hésité un peu plus sur l'absence de fixation d'un plancher limitant la modulation de la durée d'indemnisation, qui ouvre la porte à une diminution potentiellement importante de celle-ci. Les organisations syndicales citent ainsi l'intention qui avait été exprimée par le Gouvernement de diminuer de 40 % la durée d'indemnisation en cas de bonne conjoncture sur le marché du travail. Cependant, en évoquant une « *modulation* » de cette durée, il nous semble que le législateur a nécessairement entendu limiter son ampleur et à prévenir toute suppression de l'indemnisation en fonction des critères conjoncturels fixés. Il convient ainsi aux partenaires sociaux ou au pouvoir réglementaire de fixer ce niveau de modulation en veillant, sous le contrôle du juge, à ce qu'il n'atteigne pas une ampleur telle qu'elle dénaturerait l'intention du législateur, conformément à la « *clause de non dénaturation* » mentionnée par la décision du 22 février 1979¹⁸.

Le législateur a donc suffisamment épuisé sa compétence et le grief pourra donc être écarté.

¹⁷ On peut relever qu'en font partie la détermination du champ du droit du travail et les principales caractéristiques du contrat de travail (CC, décision n° 2019-794 DC du 20 décembre 2019) ou encore l'indépendance de l'inspection du travail (CC, décision n° 2007-561 DC du 17 janvier 2008).

¹⁸ François Goguel, Compte rendu de la séance du 22 février 1979, p. 6.

5.3. Tel doit également être le cas de celui tiré de la méconnaissance du principe de fraternité, qui est bien invocable en QPC et qui recouvre aujourd'hui seulement « *la liberté d'aider autrui, dans un but humanitaire, sans considération de la régularité de son séjour sur le territoire national* » (CC, décision n° 2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018 ; CC, 6 septembre 2018, n°2018-770 DC.)

Il est vrai que les commentaires sous la décision du 6 juillet 2018 énoncent que « *la mise en évidence de cette liberté n'épuise pas nécessairement le contenu du principe de fraternité, qui pourra éventuellement trouver d'autres applications à l'avenir* »¹⁹. Mais à supposer que son invocation soit opérante à l'encontre de la disposition critiquée, nous ne voyons aucune atteinte portée à ce principe par l'article L. 5422-2-2 du code du travail. Dans un tel cas, il nous semble en effet que le principe de fraternité ne disposerait que d'une portée équivalente au droit à l'existence d'un régime d'indemnisation des travailleurs privés d'emploi, dont nous avons vu qu'il n'était pas méconnu par ces dispositions.

Le grief soulevé par la CFE-CGC, l'UNSA et la CGT n'est donc pas sérieux.

5.4. C'est également le cas de la critique de la CGT portant sur la méconnaissance du principe de dignité humaine. Ce principe garanti en l'état actuel de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, à l'individu de disposer librement de son corps et suppose qu'il soit protégé contre toute ingérence extérieure. La dignité de la personne humaine recouvre alors la protection de l'intégrité et de l'inviolabilité du corps humain (CC, 27 juillet 1994, n° 93-343/344 ; CC, n° 2021-824 DC du 5 août 2021). Son invocation contre l'article législatif critiqué est donc inopérante.

5.5. Enfin, ces dispositions ne méconnaissent pas le principe d'égalité en traitant différemment les travailleurs privés d'emploi selon l'état de la conjoncture économique. Ces derniers se trouvent en effet dans une situation différente selon qu'ils recherchent un emploi dans une conjoncture favorable ou défavorable au regard de la situation de l'emploi. Et la différence de traitement consistant en une modulation des droits d'indemnisation en fonction de cette situation est en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit, qui est d'assurer l'indemnisation des travailleurs involontairement privés d'emploi tout en encourageant la reprise d'une activité professionnelle.

6. Vous l'aurez compris les griefs soulevés ne paraissent pas sérieux. Ils ne nous semblent pas non plus nouveaux, le principe d'égalité, de dignité humaine et d'incompétence négative étant régulièrement examinés par le Conseil constitutionnel. Le droit à l'existence d'un régime d'indemnisation des travailleurs privés d'emploi est quant à lui reconnu depuis sa décision du 15 décembre 2022.

¹⁹ p. 19.

Quant au principe de fraternité, il est vrai qu'il n'a probablement pas encore donné sa pleine portée depuis la décision de 2018 et qu'il apparaît empreint d'une certaine nouveauté, en ce qu'il imposerait, selon la CGT et l'UNSA, une obligation de solidarité à l'Etat. Mais nous ne croyons pas à l'opportunité d'un renvoi au Conseil constitutionnel sur ce point, alors que son invocation nous paraît tout à la fois inopérante, peu sérieuse et sans réelle valeur ajoutée par rapport au contenu du droit à l'existence d'un régime d'indemnisation des travailleurs privés d'emploi. C'est d'ailleurs la position que vous avez retenue dans des décisions récentes de non transmission dans ce type de configuration (par ex. CE, 25 septembre 2020, *Syndicat national Union Défense active des forains et association France liberté voyage*, n° 437524, inédite et les conclusions de Sophie Roussel).

Par ces motifs, nous concluons à la non transmission des QPC soulevées par les organisations requérantes.
