



**HAL**  
open science

# Le contrat individuel parmi les sources du droit : le cas de l'indemnisation des chômeurs

Rafael Encinas de Munagorri

► **To cite this version:**

Rafael Encinas de Munagorri. Le contrat individuel parmi les sources du droit : le cas de l'indemnisation des chômeurs. RTDCiv. Revue trimestrielle de droit civil, 2004, pp.594-598. halshs-01889453

**HAL Id: halshs-01889453**

**<https://shs.hal.science/halshs-01889453v1>**

Submitted on 6 Oct 2018

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

**Le contrat individuel parmi les sources du droit : le cas de l'indemnisation des chômeurs (TGI Marseille, 15 avr. 2004, RJS 6/2004, n° 729 ; Dr. soc. 2004.545, obs. A. Supiot)**

**Rafael Encinas de Munagorri, Professeur à l'Université de Nantes**

**Revue trimestrielle de droit civil, 2004, p. 594.**

Si le contrat est considéré comme une technique juridique fondamentale, il n'est guère envisagé par les juristes comme une source du droit à part entière. Cet ostracisme résulte d'une distinction implicite qui semble assez répandue dans les esprits : d'un côté le contrat serait, à l'instar de la loi, un acte juridique ; de l'autre il ne produirait pas des effets juridiquement comparables. Le contrat aurait pour mérite de créer des obligations, non des règles de droit.

Reconnaître la dualité des sens du mot *contrat* conduit pourtant à un constat assez simple : le contrat désigne à la fois une règle (respecter ses engagements) et un contenu (des obligations). Les deux éléments méritent d'être dissociés du point de vue de l'analyse (P. Ancel, Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, RTD civ. 1999.771). Et il faut insister sur la vocation du contrat à créer des règles de droit (Denys de Béchillon, Qu'est-ce qu'une règle de droit ?, Paris, Odile Jacob, 1997, p. 23). Prolonger l'affirmation conduit à reconnaître que le contrat, à l'instar de la loi, produit du Droit avec un grand D, et non seulement des droits subjectifs dont les parties peuvent se prévaloir (J. Ghestin, Les données positives du droit, RTD civ. 2002.11, cf. n° 18). Si le contrat est une source du droit parmi d'autres, il faut alors en tirer toutes les conséquences.

Le combat mené par les chômeurs sur un fondement contractuel pour que leur indemnisation ne soit pas « recalculée » illustre le propos. Sa compréhension suppose d'avoir quelques repères dans le maquis des institutions et des sources juridiques organisant le régime d'assurance-chômage. Sous l'impulsion des pouvoirs publics, ce régime a été mis en place par l'accord signé par les partenaires sociaux le 31 décembre 1958 instituant les personnes morales de droit privé que sont l'Union nationale interprofessionnelle pour l'emploi dans l'industrie et le commerce (UNEDIC) et les associations agissant au niveau local qu'il regroupe (ASSEDIC), dont le rôle est primordial dans le versement des prestations du régime d'assurance chômage.

Inutile d'essayer de comprendre le droit de l'assurance-chômage sans prendre conscience de l'intrication du public et du privé et de la diversité des sources du droit : lois et règlements (art. L. 351-1 et s. et R. 351-1 et s. c. trav.), conventions collectives d'assurance-chômage conclues entre les organisations syndicales et patronales, arrêtés ministériels d'agrément sans lesquels elles ne peuvent entrer en vigueur, règles et décisions émanant des organismes, et désormais, contrats individuels conclus entre les chômeurs et les ASSEDIC ou l'ANPE.

Baptisée à l'origine « convention d'aide et de retour à l'emploi » (CARE), cette dernière initiative fut dénommée « plan d'aide et de retour à l'emploi » (PARE) par la « convention relative à l'aide au retour à l'emploi et à l'indemnisation du chômage » conclue le 19 octobre 2000 par les partenaires sociaux (sauf la CGT et CGT-FO), agréée par arrêté ministériel le 4 décembre, avant d'entrer en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2001 - et seulement le 1<sup>er</sup> juillet pour le PARE (cf. dossier spécial de Dr. soc. 2001. 345).

Inédit depuis la création de l'UNEDIC, le procédé contractuel était inspiré par une politique visant à individualiser le rapport du chômeur avec les organismes d'assurance-chômage. Il prenait surtout place, avec une autre ambition, dans le projet de « refondation sociale » promu depuis 2000 par le Mouvement des entreprises de France (MEDEF) afin de combattre l'emprise croissante de l'Etat sur la protection sociale (B. Palier, Gouverner la sécurité sociale, PUF, 2002, p. 224-225 et 378 et s.). Une « nouvelle » répartition était proposée : à l'Etat la charge des risques sociaux au nom de la solidarité nationale (maladie, famille, lutte contre l'exclusion), aux partenaires sociaux les risques professionnels (retraite, chômage, complémentaire maladie) des travailleurs du secteur privé selon un principe d'assurance sociale. Au plan des sources, il était question, sur ce second volet, de privilégier les sources conventionnelles au détriment des sources légales et réglementaires : les conventions entre personnes privées plutôt que le droit étatique.

Dans le cas de l'indemnisation du chômage, et après d'âpres négociations, un lien était établi entre le versement d'allocations d'assurance-chômage par les ASSEDIC et la signature d'un plan d'aide et de retour à l'emploi (PARE), complété par un projet d'action personnalisé (PAP) avec l'Agence nationale pour l'emploi (ANPE). D'après l'article 1 § 3 du règlement annexé à la convention de 2001 : « Le versement des allocations et l'accès aux services prévus par le présent règlement *sont consécutifs* à la signature du plan d'aide de retour à l'emploi ». Le versement des indemnités chômage semblait désormais subordonné à un engagement de la part du chômeur (G. Lyon-Caen, Un agrément, des désagréments..., Dr. soc. 2001.377, spéc. p. 383) et l'analyse du PARE en un « véritable contrat » apparut d'emblée comme rigoureuse (C. Wilmann, Le chômeur contractant, Dr. soc. 2001.384, spéc. p. 391-392).

Le chômeur indemnisé devenait contractant, dans le sillage d'autres allocataires de prestations sociales, tout comme les bénéficiaires d'un revenu minimum d'insertion (RMI), organisé depuis la loi du 1<sup>er</sup> décembre 1988 sous la forme d'un contrat d'insertion, ou encore les titulaires d'un contrat insertion-revenu minimum d'activité (CIRMA) institué par la loi du 18 décembre 2003. Ce mouvement en cours d'individualisation de la protection sociale invite à réfléchir sur les formes juridiques les plus appropriées pour organiser la protection des plus démunis (R. Castel, L'insécurité sociale, Seuil, 2003, p. 68-78). En l'occurrence, le contrat individuel permet-il au chômeur d'être mieux protégé ? Dans un contexte de durcissement des conditions d'indemnisation, la qualification contractuelle du PARE pouvait générer des inquiétudes, mais aussi offrir des ressources juridiques.

Les difficultés financières du régime d'assurance-chômage allaient conduire les partenaires sociaux (sauf la CGT et CGT-FO) à prendre des mesures exceptionnelles de redressement, adoptées par un nouveau protocole d'accord daté du 20 décembre 2002, agréé par arrêté ministériel le 5 février 2003 et mis en vigueur à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2004. Ces mesures prévoyaient une modification à la baisse de la durée d'indemnisation du chômage, de 30 à 23 mois dans le cas général. Cette réduction s'appliquait aux chômeurs entrés postérieurement à cette date, mais aussi à ceux dont l'indemnisation avait été initialement prévue par des PARE : près de 850 000 chômeurs représentant une « économie » de 1,5 milliard d'euros, soit environ le cinquième du déficit du régime de l'assurance-chômage.

Le mouvement désigné par les médias comme celui des « recalculés » allait prendre forme, en particulier sous l'impulsion des chômeurs réunis en associations. Environ deux mille chômeurs formèrent des recours devant 74 juridictions pour demander le maintien de la durée d'indemnisation convenue dans des PARE. Sous l'attention des médias, le jugement du Tribunal de grande instance de Marseille donna satisfaction à 35 demandeurs opposés à l'ASSEDIC Alpes-Provence. La montée en puissance d'un contentieux de masse était manifeste. De plus, le recours en annulation exercé contre l'arrêté d'agrément du 5 février 2003 (qui donnera lieu à un arrêt d'annulation du Conseil d'Etat en date du 11 mai 2004 avec effet au 1<sup>er</sup> juillet) était sérieux. Aussi, le gouvernement pris les devants pour rétablir les durées d'indemnisation initiales et accorder une aide financière à l'UNEDIC, du reste sans procéder à une augmentation des cotisations patronales, ce que redoutait le MEDEF. Nouvel épisode d'intervention qui s'inscrit dans la tendance, inaugurée depuis 1979, d'un engagement financier de l'Etat dans le régime d'assurance-chômage.

Nonobstant les évolutions qui l'ont suivi, le jugement rendu invite à réfléchir sur la qualification de contrat et sa place parmi les sources du droit. Le Tribunal de grande instance de Marseille était en effet appelé à se prononcer sur une question essentielle : l'engagement pris par le chômeur dans le PARE doit-il recevoir la qualification de contrat ? C'était bien sûr la position des chômeurs en demande, mais non de l'ASSEDIC en défense. Le conflit entre les deux lectures de la convention nationale d'assurance-chômage de 2001 rejaillissait en 2004 lors de l'examen de cas individuels.

Entre temps, le Conseil d'Etat, saisi aux fins d'annulation de l'arrêté d'agrément, s'était prononcé en faveur de sa validité partielle, en affirmant notamment que les stipulations de la convention du 1<sup>er</sup> janvier 2001 « en faisant de l'engagement formel du demandeur d'emploi à respecter un « plan d'aide de retour à l'emploi » ... se bornent à rappeler les exigences légales du régime d'assurance chômage, qui font de l'accomplissement d'actes positifs de recherche d'emploi l'une des conditions du versement, sans ajouter à celle-ci ni porter atteinte à la nature de ce régime » (CE 11 juill. 2001, *Syndicat Sud travail et autres*, concl. Boizard, Dr. soc. 2001.857 ; JCP 2002.II. 10058, note X. Prétot).

Quant au Tribunal de grande instance de Paris, saisi notamment d'une demande en annulation de la convention de 2001 elle-même, « acte de droit privé, conclu par des personnes de droit privé en vue de mettre en place les mesures d'application du régime de droit privé de l'assurance-chômage », il s'était prononcé sur sa validité en décidant que les partenaires sociaux étaient restés dans les limites de leur compétence. Dans leur argumentation, les juges du fond avaient estimé « que la signature d'un tel document ne peut être considérée comme une contractualisation des rapports entre l'allocataire et l'ASSEDIC et l'ANPE, les engagements pris, à cette occasion, n'étant que le rappel des obligations voulues par le législateur » (TGI Paris, 2 juill. 2002, D. 2003. Somm.2923, Y. Rousseau ; Dr. soc. 2002.881, X. Prétot ; RJS, 10/2002 n° 1161). Même si les questions posées aux juges portaient sur la convention de 2001, ces décisions pouvaient faire douter de la qualification contractuelle du PARE.

Appelé à se prononcer directement sur la nature de l'engagement des chômeurs, le Tribunal de grande instance de Marseille, après avoir relevé que « la convention du 1<sup>er</sup> janvier 2001 a fait de la signature du PARE un préalable obligatoire au versement des allocations », développe un raisonnement civiliste. « Outre le rappel des obligations légales et réglementaires, il (le document) comporte un double engagement réciproque : celui pour le demandeur d'emploi de respecter les engagements pris dans le cadre du PAP signé avec l'ANPE, qui spécifie pour chacun les mesures d'accompagnement individualisé en terme de formation, obligation dont le non-respect est sanctionné par un retrait de l'ARE (allocation d'aide au retour à l'emploi). En contrepartie du respect de cet engagement, se trouve l'obligation pour l'ASSEDIC de verser cette indemnité. L'interdépendance de ces deux obligations réciproques souscrites par deux personnes de droit privé caractérise la formation d'un contrat synallagmatique, chacun des engagements étant la cause de l'autre ». Le PARE s'analyse donc en un contrat, comme avait pu le relever certains auteurs (V. not. G. Lyon-Caen, Ch. Wilmann, préc.).

Par voie de conséquence, les chômeurs ont droit, comme les autres contractants, au respect de la parole donnée (A. Supiot, La valeur de la parole donnée (à propos des chômeurs « recalculés »), préc. Dr. soc. 2004.541). Cette qualification de contrat répond à l'idée de prévision légitime, ou encore à celle de « confiance » au sens de « pouvoir compter sur », pour reprendre une notion issue de la *common law* (H. Muir-Watt, *Reliance* et définition du contrat, Dialogues avec Michel Jeantin, Dalloz, 1999, p. 57). Les chômeurs n'ont-ils pas en effet des prévisions légitimes ? N'ont-ils pas droit au respect de la parole donnée ? Ne peuvent-ils bénéficier d'une sécurité dans les formes juridiques, précisément au cours de la période où ils reçoivent des indemnités d'assurance-chômage en contrepartie de la recherche, souvent difficile, d'un emploi ?

La qualification de contrat emporte une première conséquence : le chômeur, qui n'est ni usager d'un service public, ni signataire d'une convention collective, devient partie à un contrat. Alors que ses droits et obligations avaient pour fondement les lois et règlements et les conventions collectives régissant l'assurance-chômage, ils sont désormais *aussi* fondés sur le contrat. Il est certes exact de dire que le contrat individuel ne modifie parfois en rien *le contenu* des droits et obligations des parties au contrat, en l'occurrence du chômeur et de l'ASSEDIC soumis à un ensemble de dispositions normatives. Le contrat ne crée pas toujours d'obligations nouvelles et se borne parfois à rappeler les exigences de la loi comme a pu le relever le Conseil d'Etat (CE 11 juill. 2001, préc.). Mais le changement essentiel est ailleurs : il tient à l'ajout d'un *fondement juridique* des droits et obligations concernés. Or, disposer d'un fondement contractuel, c'est pouvoir se prévaloir d'une règle de droit posée par le contrat (V. *supra*).

Le contrat peut alors, et c'est une seconde conséquence, être envisagé parmi les autres sources du droit. Quelle est l'articulation du contrat avec les lois et règlements et les conventions collectives ? La question est d'importance puisqu'elle permet, en l'occurrence, au chômeur d'invoquer son contrat afin de *résister* à une tentative de réduction de ses droits par voie légale ou conventionnelle. Dans le cas du PARE, elle consiste à déterminer si une règle collective peut modifier les prévisions d'un contrat individuel conclu antérieurement. Certains commentateurs ont cru pouvoir parler de *rétroactivité* à propos de la diminution de la durée d'indemnisation. A s'en tenir à une définition stricte, l'affirmation est inexacte : la convention de 2004 ne portait pas sur l'indemnisation d'une allocation déjà versée, mais visait à modifier le calcul des prestations à venir : application immédiate plutôt que rétroactivité. Le problème reste cependant entier et concerne l'application de la loi à des contrats individuels en cours, ou plus exactement l'application d'une règle de droit, ce qui ouvre d'autres analyses (E. Dockès, L'application dans le temps des règles du droit du travail, th. Lyon, 1992 ; L'avantage individuel acquis, Dr. soc. 1993.826). Le PARE a-t-il pour conséquence d'inscrire l'indemnisation du chômeur

dans la durée, de la « sécuriser » sur le plan juridique ? L'interrogation renvoie au double thème de l'application de la règle dans le temps et de l'agencement des sources du droit.

L'agencement entre le contrat individuel et la convention collective a donné lieu à une formule énergique souvent répétée en droit du travail par la chambre sociale de la Cour de cassation : un accord collectif ne peut modifier le contrat de travail d'un salarié (V. Soc. 25 févr. 1998, Bull. civ. V, n° 104 et les arrêts cités *in* J. Péliissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud, E. Dockès, *Les grands arrêts du droit du travail*, Dalloz, 3<sup>e</sup> éd. 2004, p. 602). Selon le même raisonnement, une convention d'assurance-chômage (convention collective) ne semble pas être en mesure de modifier un plan d'aide de retour à l'emploi (contrat). Elle ne peut d'ailleurs pas non plus réduire les droits des chômeurs ayant un fondement légal : « les accords conclus en vertu des articles L. 352-1 et suivants du code du travail pour l'application des dispositions relatives à l'assurance chômage ne peuvent restreindre les droits que les travailleurs privés d'emploi tiennent de la loi » (Soc. 2 févr. 1999, Bull. civ. V, n° 53).

L'agencement entre le contrat individuel et la loi pose, quant à lui, un problème classique : faut-il appliquer immédiatement la loi nouvelle ou faire survivre la loi ancienne pour les contrats en cours. Les solutions jurisprudentielles, comme on sait, donnent primauté à la sécurité contractuelle et restreignent les exceptions (V. J. Mestre et B Fages, *RTD civ.* 2002.507). Sans se prononcer clairement, le Conseil constitutionnel a d'ailleurs donné des gages au principe de sécurité juridique en décidant que « le législateur ne saurait porter à l'économie des conventions en cours légalement conclues, des atteintes d'une gravité propre à méconnaître manifestement l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme de 1789 » (décis. 98-401 du 10 juin 1998, Rec. p. 258) ou encore qu'il ne saurait porter une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant (décis. 99-423 DC du 13 janv. 2000, Rec. p. 23). Où l'on voit que le chômeur pourrait être défendu à partir de sa liberté d'entreprendre et de l'absence de motif d'intérêt général à diminuer ses droits. En l'occurrence, le problème ne s'est pas posé puisque c'est sur le fondement de la convention d'assurance-chômage que la diminution de l'indemnisation des chômeurs est intervenue.

L'ironie du PARE tient à l'image de l'arroseur arrosé où le contrat individuel a été promu dans son principe avant d'être contesté dans ses effets. Instrument de souplesse et d'adaptation, il est aussi l'affirmation d'une règle contractuelle, d'un fondement juridique disposant d'une pérennité et d'une cohérence propre. Pour l'heure, la crainte d'une contractualisation fantoche vidant le PARE de sa force juridique ne s'est donc pas confirmée (A. Supiot, *Un faux dilemme : la loi ou le contrat ?*, *Dr. soc.* 2003.68 et préc.) Le jugement du Tribunal de grande instance de Marseille a donné sens et portée au contrat individuel en le considérant comme une source du droit parmi d'autres. Il faut s'en féliciter. Rendre les chômeurs débiteurs de leurs engagements sans reconnaître le fondement contractuel de leur créance relève d'un exercice de prestidigitation juridique de mauvais aloi.