

Les regards des cours et tribunaux sur le contrat d'activation

L'ÉVOLUTION DES COURANTS JURISPRUDENTIELS EN MATIÈRE DE CONTRATS D'ACTIVATION

Les premiers jugements portent sur l'examen des efforts d'insertion accomplis par le chômeur dans l'année précédant le premier entretien. Un premier contrat ne peut, en effet, être proposé au chômeur que lorsque le facilitateur a estimé ces efforts insuffisants. Or, cette appréciation doit tenir compte de nombreux critères : âge, niveau de formation, aptitudes, situation sociale et familiale, possibilités de déplacement, éventuels éléments discriminants et marché de l'emploi de la sous-région. Plusieurs tribunaux ont estimé qu'il était de leur mission de vérifier si le facilitateur en avait correctement tenu compte. Ainsi, un chômeur pouvait voir

NOUS VENONS DE VOIR QUE LES CONTRATS D'ACTIVATION POUVAIENT MENER À DES DÉRIVES. FACE À CELLES-CI, LE CHÔMEUR N'EST PAS SEUL, IL PEUT INTENTER UN RECOURS DEVANT LE TRIBUNAL DU TRAVAIL. MAIS AUJOURD'HUI, COMMENT LA JUSTICE ENVISAGE-T-ELLE LES EFFETS NÉGATIFS DU CONTRAT ? À CE JOUR, LES JURIDICTIONS ONT EXPLORÉ PLUSIEURS PISTES DE RAISONNEMENT, EXAMINANT TANTÔT LA PHASE ANTÉRIEURE À LA SIGNATURE DU CONTRAT, TANTÔT LE RESPECT DU CONTRAT.

/ Delphine Masset
Sociologue

liste d'actions modèles et doit tenir compte de la situation spécifique du chômeur ainsi que des critères de l'emploi convenable. Le tribunal du travail de Mons a par exemple

juge de contrôler le travail initial du facilitateur. Ce retour sur l'évaluation antérieure au premier contrat ou sur la rédaction du premier contrat permettait d'éviter les dérives liées

mis un sérieux coup de frein à ce courant jurisprudentiel qui "évaluait l'évaluateur". Selon la haute juridiction, dès la signature du contrat, le chômeur ne peut plus affirmer qu'il a fourni des efforts suffisants pour s'insérer sur le marché de l'emploi, ni que les engagements proposés dans le contrat ne sont pas adéquats ou adaptés. Autrement dit, s'il l'a signé, c'est qu'il émettait son accord quant au jugement du facilitateur et à la pertinence du contrat rédigé par celui-ci. La Cour ajoute : "Saisi du recours du chômeur contre la décision du directeur du bureau de chômage [...] le juge ne peut apprécier le caractère adéquat ou adapté des conditions imposées par le contrat mais il a le pouvoir de vérifier si le chômeur s'y est conformé." Autrement dit, après cet arrêt, c'est le pouvoir de juridiction du juge qui se voit mis à

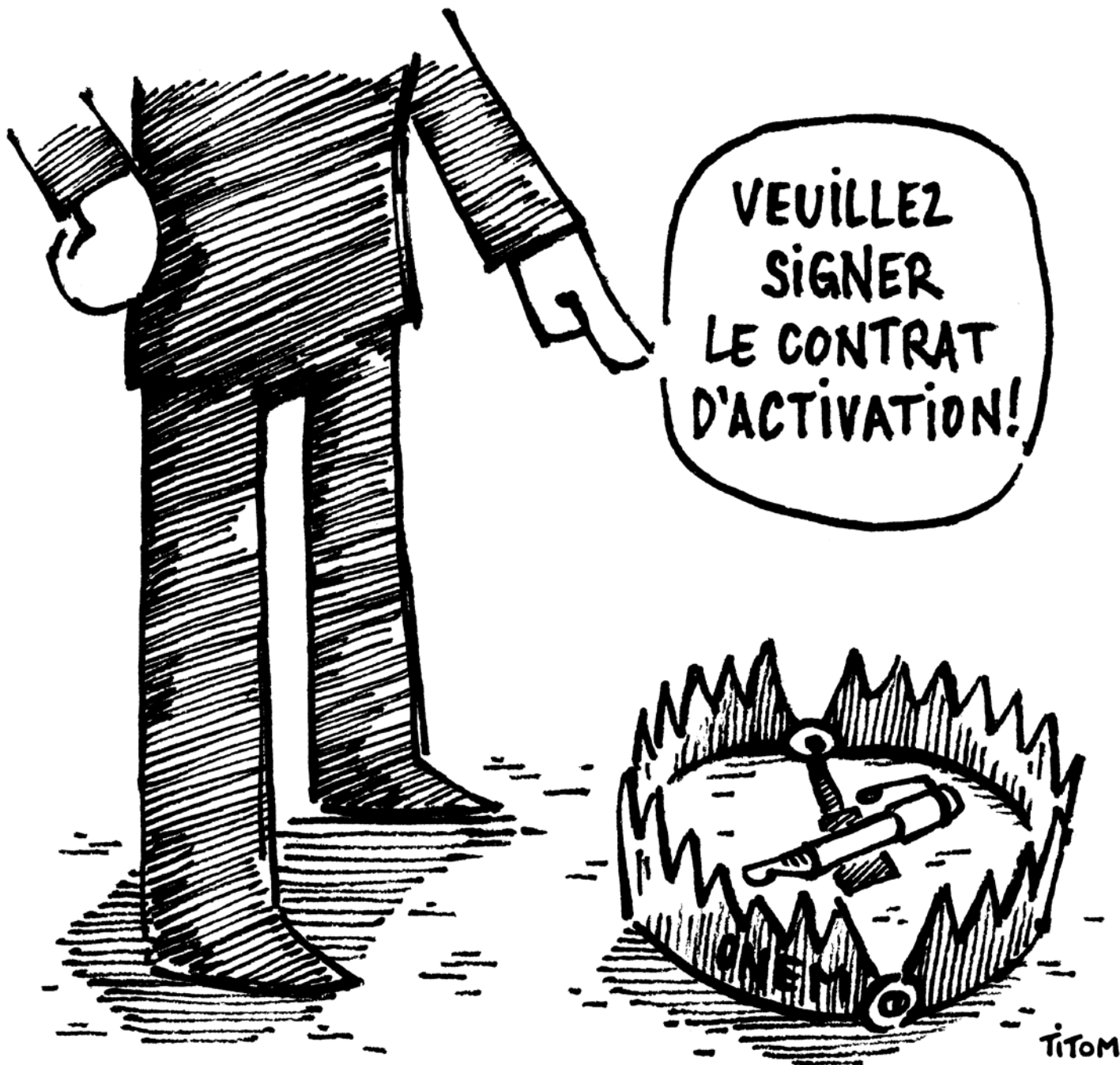
“ LE CHÔMEUR QUI N'EST PAS D'ACCORD AVEC LE FACILITATEUR DOIT, S'IL VEUT FAIRE VALOIR SES ARGUMENTS DEVANT LE TRIBUNAL, SUBIR UNE EXCLUSION IMMÉDIATE AVANT D'ALLER SE DÉFENDRE ! ”

son évaluation négative remise en question par le tribunal. Les mêmes juridictions ont également examiné les actions que le facilitateur a choisi d'insérer dans le premier contrat. En effet, le choix doit être fait dans une

estime qu'imposer six recherches d'emploi par mois au chômeur, alors que le nombre maximal est généralement de quatre, n'était pas justifié. Une telle jurisprudence était optimale car elle permettait au

aux fortes contraintes de temps subies par le facilitateur, voire aux distractions de celui-ci.

Cependant, par un arrêt du 9 juin 2008, la Cour de cassation a



Tant que le chômeur n'a pas signé, le pouvoir de juridiction du juge reste intact et l'examen de la jurisprudence montre que les juridictions du travail n'y renoncent pas. Ainsi, ce chômeur dont l'entretien d'activation s'est mal passé, se terminant sans que le contrat puisse être signé. On lira dans son dossier : *"Monsieur a fait preuve d'une grande agressivité tout au long de l'entretien. J'ai dû y mettre un terme étant donné que l'intéressé m'insultait copieusement."* Quelques jours après l'entretien, l'ONEm lui envoie deux exemplaires du contrat, dont l'un doit être renvoyé signé. L'intéressé ne donne pas suite à cette lettre. Cette attitude pour l'ONEm traduit un refus de signer le premier contrat. Conséquence : assimilé à un chômeur qui n'a pas

respecté un premier contrat, il est exclu pour quatre mois avant d'être convoqué rapidement au "troisième entretien", sans passer par la case "deuxième entretien". Sans avoir signé de contrat, cet individu se voyait donc sanctionné! La Cour du travail de Liège a refusé de suivre ce raisonnement. Elle a estimé que le chômeur devait être convoqué à un nouvel entretien en vue de signer le contrat. La Cour précise : *"Si ces entretiens avaient effectivement eu lieu avec l'agent facilitateur [le chômeur] aurait pu tirer profit de suggestions pertinentes et d'avis éclairés pour améliorer ses initiatives et intensifier ses démarches en vue de rechercher un emploi et de s'insérer sur le marché du travail."*

mal : il ne peut plus s'intéresser à la pertinence du contrat lui-même mais seulement au respect du contrat. À partir de cette date, les marges de manœuvre des plaideurs se réduisent fortement.

Cette décision nous semble critiquable. Ce qui paraît déterminant dans le raisonnement de la Cour de cassation, c'est qu'une fois le contrat signé, le chômeur s'est engagé à le respecter et cet engagement lui interdit de contester tout ce qui a précédé la signature. Or, en pratique, le chômeur n'a que peu le choix de signer →

→ ou de ne pas signer. Penser que le chômeur signe volontairement le contrat (et qu'il marque ainsi son accord sur les décisions précédentes du facilitateur) est un leurre. S'il refuse de signer, il est d'emblée assimilé à un chômeur qui n'a pas respecté le contrat, ce qui entraîne immédiatement une exclusion pour quatre mois (refus de signer le premier contrat) ou une exclusion définitive (refus de signer le second contrat). Le chômeur qui n'est pas d'accord avec le facilitateur doit, s'il veut faire valoir ses arguments devant le tribunal, subir une exclusion immédiate avant d'aller se défendre **A**! On peut se demander s'il dispose encore d'un recours effectif. Lorsqu'on considère, en outre, l'asymétrie présente durant l'entrevue entre le chômeur et le facilitateur, il nous paraît illusoire de voir dans la signature du "contrat" l'expression d'un consentement libre et éclairé.

De manière un peu surprenante, l'ONEm voit dans cet arrêt une arme à double tranchant. Dans le commentaire officiel adressé à ses fonctionnaires, l'ONEm écrit: "D'un autre côté, le risque de cette jurisprudence est que l'ONEm se retrouve impuissant face à un chômeur qui, formellement, respecte son contrat, mais dont l'attitude démontre qu'il ne recherche pas réellement du travail. Cela démontre également qu'il faudra être très attentif à la manière dont sont rédigés les engagements figurant dans le contrat. Ceux-ci doivent être suffisamment clairs pour ne pas prêter à confusion et suffisamment précis pour ne pas pouvoir être contournés par des démarches de pure forme."

Ce commentaire illustre, nous semble-t-il, le risque accru de dérive formaliste qu'induit l'arrêt: puisque le contrôle du juge est limité au respect du contrat, les "parties" à ce "contrat" sont incitées à concentrer leur attention exclusivement sur les obligations qu'il formalise et non sur la pertinence des recherches d'emploi au regard de la situation précise du chômeur.

L'objectif de recherche d'un emploi risque alors d'être supplanté par un autre consistant à respecter un contrat. Pour le dire autrement, les "parties" peuvent être tentées de rechercher un maintien au chômage par le respect du contrat - fût-il dénué de pertinence - plutôt qu'une sortie du chômage par la découverte d'un emploi.

TENDANCES ACTUELLES ET PIRQUETTES JURISPRUDENTIELLES

Se conformant à l'arrêt de juin 2008, la plupart des juridictions ont concentré l'attention sur le respect du contrat. Dans ce contexte, deux tendances peuvent être observées.

La première considère le contrat d'activation comme un véritable contrat, tel un contrat de bail, de prêt ou de vente. Ces juridictions utilisent les concepts du droit civil pour apprécier les efforts fournis par le chômeur. L'obligation est-elle d'atteindre un résultat déterminé? Consiste-t-elle à tout mettre en œuvre pour atteindre ce résultat? La nuance est importante car la preuve de l'inexécution de l'obligation sera différente. On peut citer l'exemple de l'engagement consistant à "s'inscrire dans quatre agences d'intérim". Suffit-il de constater que le chômeur n'est inscrit que dans deux ou trois agences pour considérer l'engagement comme non respecté? Lorsque le résultat à atteindre dépend en partie de la bonne volonté des agences d'intérim, qui peuvent refuser d'inscrire le chômeur, il faudrait aux yeux de cette jurisprudence examiner si le chômeur a tout fait pour être inscrit, même s'il n'y a pas réussi.

Par ailleurs, les règles d'interprétation des contrats ont un rôle car en droit civil, le contrat s'interprète en faveur du débiteur de l'obligation. D'autres principes seront également utilisés, comme le principe d'exécution de bonne foi des conventions. Ces règles donnent au juge un pouvoir d'appréciation non négligeable qui peut aider à "dé-rigidifier" les modalités du contrat, mais cette

marge de manœuvre s'inscrit dans le contexte du contrat, lequel demeure la loi des parties. Il suffira parfois d'une simple démarche administrative manquante, par exemple le renouvellement tardif de la carte Activa, pour que le juge soit tenu de confirmer la décision du bureau de chômage.

Cependant, une seconde tendance se dessine de plus en plus nettement. Elle consiste à examiner comment le facilitateur a évalué le respect du contrat. Le raisonnement part d'un constat: le facilitateur dispose d'une marge de manœuvre. Des décisions récentes des cours du travail de Liège et Mons citent un passage du "vademecum" du facilitateur: "Le facilitateur prendra aussi en compte les éventuelles actions réalisées par le chômeur mais qui n'étaient pas prévues au contrat. Il se base à cette fin sur les informations dont il dispose et sur les obligations communiquées par le chômeur. Ainsi, par exemple, le fait que le chômeur ait repris le travail pendant une certaine période peut compenser le fait qu'il n'ait pas réalisé toutes les actions auxquelles il s'était engagé. Il y a lieu de faire preuve de bon sens à cet égard. Une ou plusieurs périodes de travail valent plus que quelques sollicitations spontanées. Dans le même ordre d'idée, le facilitateur tiendra compte du fait que dans certains cas le non-respect de certaines actions peut s'expliquer par le fait que le chômeur a, sur les conseils du service régional de l'emploi, mené d'autres actions intensives (par exemple le suivi d'une formation professionnelle ou un parcours d'insertion intensif) qui l'ont empêché de mener à bien toutes les actions prévues au contrat." Ces décisions récentes rappellent un principe consacré de longue date: tout ce qui relève du pouvoir d'appréciation de l'ONEm est soumis au contrôle du juge. Si le facilitateur dispose du pouvoir de prendre en considération des actions non prévues, pour compenser des lacunes dans l'exécution du contrat, alors le juge doit également pouvoir le faire. Un

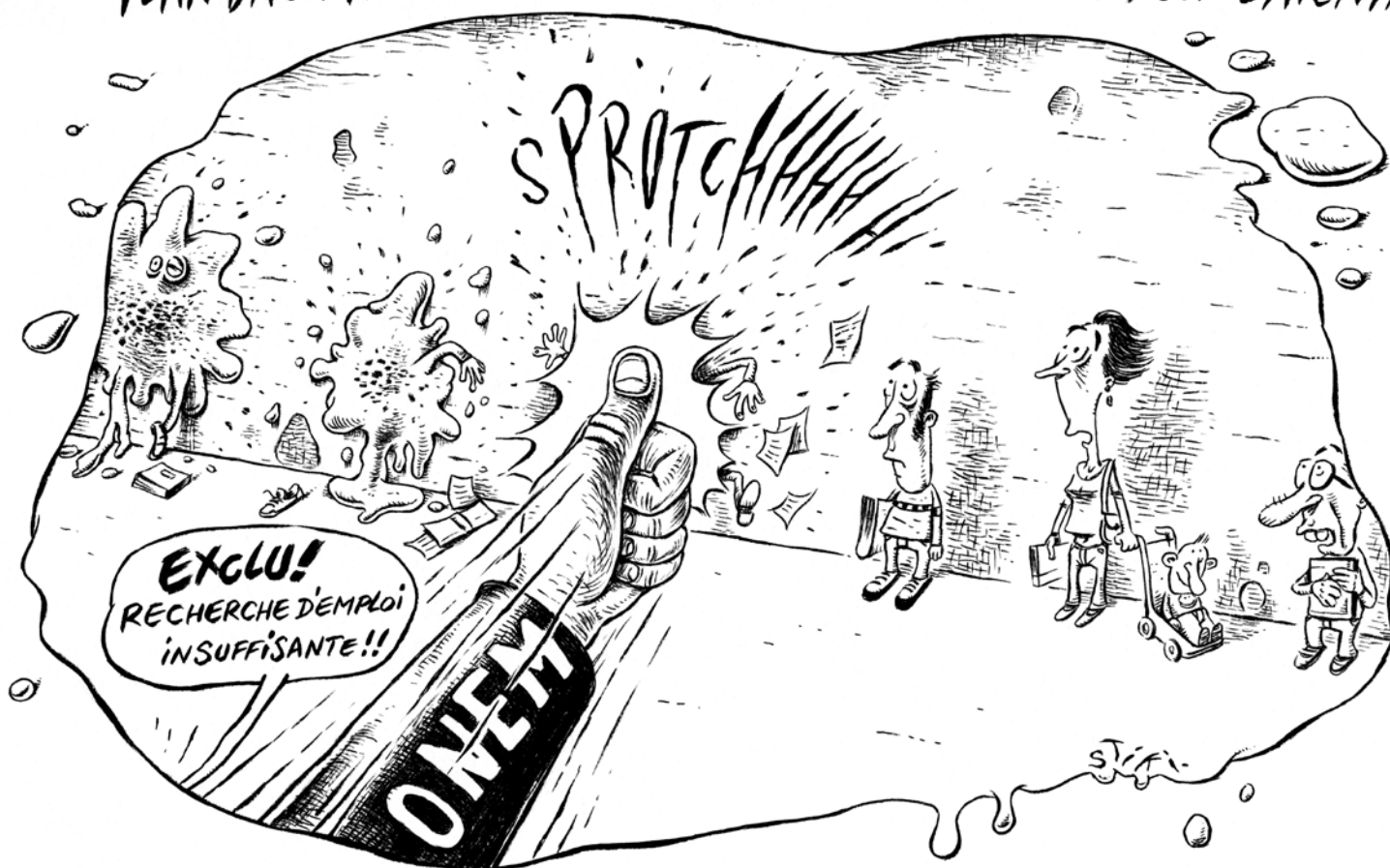
exemple emblématique est celui de ce chômeur dont le seul tort était de ne pas avoir sollicité la carte Activa, mais qui avait entrepris certains mois six recherches d'emploi là où le contrat n'en exigeait que deux et qui avait en outre travaillé quelques mois au cours de la période évaluée. Pour l'ONEm, le contrat n'était pas respecté. La cour du travail de Liège, heureusement, n'a pas été du même avis: "La non-demande de la carte Activa est compensée par le fait que [le chômeur] a trouvé de sa propre initiative un emploi à durée indéterminée (même si ce dernier fut rompu après six mois juste avant la fin de la période d'essai)."

Cette avancée permet de venir nuancer l'arrêt de juin 2008 car elle permet au juge de revenir sur l'évaluation du premier contrat d'activation. Pourvu que la Cour de cassation ne mette pas un terme à ce courant, par exemple en considérant qu'un chômeur qui a signé un second contrat ne peut plus affirmer qu'il a respecté le premier...

LES DEUX VISAGES DE L'ÉTAT SOCIAL ACTIF...

L'État social actif et son corollaire actuel, le contrat d'activation, ont remis en question les principes de solidarité sur lesquels reposait la sécurité sociale telle qu'entendue dans l'État providence. La montée de l'individualisme et l'émergence d'une critique artiste **B** prônant l'autonomie des individus (et s'inscrivant dans la foulée de la révolution 68) ont probablement eu une influence dans cette évolution. En effet, selon les valeurs de la critique artiste, l'individu doit devenir autonome, créatif, entrepreneur de lui-même et, par extension, d'après nous, s'émanciper des règles trop strictes mises en place par l'État. On peut émettre l'hypothèse que l'État social actif amène dans ce cas, effectivement, l'individu à s'émanciper au travers de l'acquisition de compétences qui favorisent son "employabilité", plutôt que de s'en remettre à l'autorité protectrice de l'État. La force

PLAN D'ACTIVATION DES CHÔMEURS: UN COUP DE POUCE POUR L'AVENIR



de cette nouvelle conception serait de permettre aux individus de se développer par eux-mêmes, d'en faire des être foncièrement libres. Sa faiblesse réside sans doute dans un déficit de justice sociale.

Cette vision laisse certains dubitatifs. Non seulement, il est possible de se demander dans quelle mesure l'acquisition de ces compétences pourrait réellement rendre les individus plus "libres", mais par ailleurs on peut s'interroger également sur la volonté de l'État social actif, derrière le contrat d'activation, de tyranniser les individus par rapport à des responsabilités qu'ils n'auraient pas à supporter. À quoi bon exiger des individus qu'ils améliorent leur "employabilité", lorsque c'est l'emploi qui manque!

Indépendamment d'une critique radicale, il est également concevable de questionner la conformité du contrat d'activation, tel qu'actuellement appliqué, aux valeurs avancées par la critique artiste. C'est ce que nous avons fait. À cet égard, nous sommes proches du point de vue de Daniel Dumont. En décrivant les différentes concep-

tions de l'État social actif dégagées par les sociologues, celui-ci a écrit: "S'opposeraient ainsi pour faire bref un modèle autoritaire et un modèle négocié: comme Janus, l'État social actif aurait deux visages." On le constate, les deux visages du Janus se reflètent dans l'étude des décisions de justice.

En s'interdisant, chaque fois qu'un premier contrat a été signé, de contrôler les décisions prises par le facilitateur lors du premier entretien, les juges se sont enfermés dans une évaluation du comportement du chômeur selon des critères qui peuvent être déconnectés de sa réalité. Cette posture renforce le visage sanctionnant de l'État social actif. Exiger de l'individu qu'il accomplisse des démarches dépourvues de sens, voire le sanctionner lorsqu'il fait preuve de réflexivité, ne le mènera pas vers l'emploi. L'enjeu n'est plus alors la découverte d'un emploi, mais bien le maintien ou l'exclusion du chômage.

D'autres décisions, par ailleurs, s'engagent dans une voie plus progressiste. En tenant compte des efforts accomplis par le chô-

meur en marge du contrat signé, les juges s'autorisent à relativiser un carcan inadapté. Leur contrôle englobe alors l'ensemble des efforts accomplis par le chômeur et permet d'éviter de livrer l'individu à l'arbitraire qui a pu se manifester lors de l'entrevue asymétrique entre le chômeur et son facilitateur. Si un deuxième visage de l'État social actif subsiste, c'est cependant à la marge, et grâce à l'inventivité de juristes qui n'ont eu de cesse d'essayer de rendre possible l'existence d'un régime moins sanctionnant.

À l'issue de cette brève analyse, nous doutons que le "contrat d'activation" soit, dans sa forme actuelle, l'instrument idéal pour rendre le chômeur acteur de son intégration. Des catégorisations trop simplificatrices figent sa situation dans un espace-temps caricatural, et l'enferment dans un formalisme rigide. Le contrat d'activation ne permet pas de rendre justice à la complexité de chaque situation et l'individualisation du contrat, trop réductrice, aboutit rarement à la possibilité d'une réelle responsabilisation du chômeur. ■

④ Cf. les développements de Jean-François Neven, Dir. Jacques Clesse et Michel Dumont. *Actualités de droit social*.

⑤ Voir, L. Boltanski et E. Chiappello, *Le Nouvel Esprit du capitalisme*, 1999.