

CONSEIL D'ÉTAT

Section sociale
Section des finances

N° 393.357

Assemblée générale du jeudi 22 juin 2017

*EXTRAIT DU REGISTRE DES
DÉLIBÉRATIONS*

AVIS SUR UN PROJET DE LOI

d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour la rénovation sociale

1. Le Conseil d'Etat a été saisi le 13 juin 2017 d'un projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour la rénovation sociale. Il comporte neuf articles, dont l'objet principal est d'habiliter le Gouvernement à définir la nouvelle articulation de l'accord d'entreprise et de l'accord de branche et à élargir le champ de la négociation collective, de réorganiser les institutions représentatives du personnel au sein de l'entreprise et de rendre plus prévisibles les règles régissant la relation de travail. L'un des ces articles permet par ailleurs au Gouvernement de décaler d'un an, au 1^{er} janvier 2019, l'entrée en vigueur du prélèvement à la source et d'aménager en conséquence les années de référence des mesures transitoires et de reporter également d'un an l'entrée en vigueur de l'acompte de crédit d'impôt pour emploi d'un salarié à domicile ou pour garde d'enfants de moins de six ans.

I. Sur les dispositions du projet relatif à la rénovation sociale

2. Le Conseil d'État rappelle qu'un projet de loi d'habilitation n'est pas soumis aux obligations de consultation qui normalement s'imposent aux projets de loi. En effet, le seul effet d'une loi d'habilitation est, pendant un délai limité, d'étendre provisoirement le domaine du règlement par rapport à celui de la loi, sans édicter de règle de fond (voir rapport public du Conseil d'Etat 2014, p. 221).

Toutefois, aux termes de l'article L. 1 du code du travail : « *Tout projet de réforme envisagé par le Gouvernement qui porte sur les relations individuelles et collectives du travail, l'emploi et la formation professionnelle et qui relève du champ de la négociation nationale et interprofessionnelle fait l'objet d'une concertation préalable avec les organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel en vue de l'ouverture éventuelle d'une telle négociation. /A cet effet, le Gouvernement leur communique un document d'orientation présentant des éléments de diagnostic, les objectifs poursuivis et les principales options. /Lorsqu'elles font connaître leur intention d'engager une telle négociation, les organisations indiquent également au Gouvernement le délai qu'elles estiment nécessaire pour conduire la négociation (...)*».

Si cet article ne prévoit pas un encadrement de la procédure législative, qui ne peut relever que d'une norme de niveau constitutionnel, et s'il ne crée pas non plus une obligation de consultation sur un projet de texte, il impose la communication d'un document d'orientation aux partenaires sociaux lorsque le Gouvernement envisage un projet de réforme dans le

domaine qu'il fixe. Le Conseil d'Etat estime, par conséquent, que l'article L. 1 du code du travail est applicable à un projet de réforme mentionné à cet article, même s'il s'inscrit dans un projet de loi d'habilitation. Dans une telle hypothèse, les obligations du Gouvernement sont adaptées à la spécificité d'un projet de loi de cette nature : le Gouvernement doit avoir, en amont de l'adoption du projet de loi par le Conseil des ministres, transmis aux partenaires sociaux un document d'orientation, le respect des autres étapes prévues par l'article L. 1 devant être apprécié au stade ultérieur des ordonnances. En l'espèce, le projet de loi d'habilitation soumis au Conseil d'Etat contient de nombreuses dispositions qui constituent des projets de réforme au sens de l'article L. 1 du code du travail. Le Conseil d'Etat constate que la ministre chargée du travail a, par lettres en date du 6 juin, transmis aux organisations d'employeurs et de salariés représentatives au niveau national et interprofessionnel un document d'orientation. Tenant compte au surplus de ce qu'une concertation avec ces organisations est en cours, il admet, en conséquence, que les dispositions de l'article L.1 ont été respectées au stade du projet de loi d'habilitation.

3. Le Conseil d'Etat constate que ce projet de loi contient plusieurs habilitations visant, selon les cas, à confirmer, infirmer ou encadrer des jurisprudences récentes des juges judiciaire et administratif. Il appelle l'attention du Gouvernement sur la circonstance que cette succession rapide de jurisprudences, de normes législatives elles-mêmes potentiellement suivies de nouvelles décisions de justice, qui correspond à une pratique de plus en plus fréquente, est un facteur d'inflation législative et d'instabilité du droit du travail auxquelles le projet a précisément pour ambition de remédier.

4. Le Conseil d'Etat constate que le projet de loi contient un très grand nombre d'habilitations permettant au Gouvernement de prendre des ordonnances sur des sujets d'une portée et d'une complexité inégales. Il attire l'attention du Gouvernement sur les conséquences d'un tel choix, en termes de hiérarchie des priorités, de calendrier et de temps nécessaire à la préparation de ces différentes réformes.

5. L'étude d'impact du projet de loi, transmise au Conseil d'Etat le 15 juin 2017, répond, notamment en tenant compte des compléments demandés, aux exigences de l'article 8 de la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution, exigences qui sont, en vertu de la loi organique, adaptées pour les projets de loi d'habilitation.

6. Le projet de loi a fait l'objet d'un certain nombre d'améliorations rédactionnelles. Il appelle, par ailleurs, de la part du Conseil d'Etat, les observations suivantes.

Sur l'articulation des niveaux de négociation, notamment de l'accord d'entreprise et de l'accord de branche

7. Le projet habilite le Gouvernement à redéfinir l'articulation entre les accords de branche et les accords d'entreprise en prévoyant une logique de primauté par domaine : les domaines « obligatoires » dans lesquels les accords de branche ont la primauté ; les domaines « facultatifs » dans lesquels les accords de branche peuvent se reconnaître eux-mêmes une primauté ; l'ensemble des autres domaines, dans lesquels l'accord d'entreprise a la primauté. Le Conseil d'Etat attire l'attention du Gouvernement sur l'application des dispositions qui

seront prises sur ce sujet par ordonnance, particulièrement sur leurs conditions d'entrée en vigueur dans le temps et leur application aux accords en cours. Ces dispositions devront respecter le cadre défini par le Conseil constitutionnel, notamment par sa décision n°2008-568 DC du 7 août 2008 qui a précisé les conditions dans lesquelles il peut être porté atteinte aux contrats et accords en cours.

Sur l'articulation entre l'accord collectif et le contrat de travail

8. Le projet de loi habilite le Gouvernement à harmoniser le régime juridique de la rupture du contrat de travail en cas de refus par le salarié des modifications de son contrat issues d'un accord collectif, notamment d'un accord de réduction négociée du temps de travail, d'un accord d'aménagement du temps de travail, d'un accord de mobilité interne, d'un accord de maintien de l'emploi ou d'un accord en faveur de la préservation et du développement de l'emploi. Il appartiendra au Gouvernement de veiller, au stade de l'ordonnance, à ce que les dispositions prises sur le fondement de cette habilitation respectent les principes de valeur constitutionnelle et les conventions internationales applicables en la matière, notamment la convention n°158 de l'Organisation internationale du travail.

Sur l'intention du Gouvernement de faire bénéficier les accords collectifs d'une présomption de conformité à la loi

9. Le projet de loi habilite le Gouvernement à prendre, par ordonnance, des dispositions destinées à faire bénéficier les accords collectifs d'une présomption de conformité à la loi. Cette disposition s'inspire des arrêts rendus par la Cour de cassation le 27 janvier 2015 – puis les 8 juin 2016 et 3 novembre 2016 – en matière d'égalité de traitement, aux termes desquels les différences de traitement « opérées par voie de conventions ou d'accords collectifs, négociés et signés par des organisations syndicales représentatives, investies de la défense des droits et intérêts des salariés et à l'habilitation desquelles ces derniers participent directement par leur vote, sont présumées justifiées, de sorte qu'il appartient à celui qui les conteste de démontrer qu'elles sont étrangères à toute considération de nature professionnelle ». Le Conseil d'Etat, s'il approuve la logique du projet considère qu'une interprétation de cette jurisprudence comme une présomption de conformité à la loi des accords collectifs présenterait des risques, notamment constitutionnels, au regard du droit au recours, et qu'il est plus adapté de raisonner en termes de charge de la preuve. Le Conseil d'Etat propose de modifier, en conséquence, la rédaction du projet afin de permettre, par ordonnance, de préciser les conditions dans lesquelles il appartient à celui qui conteste un accord de démontrer qu'il n'est pas conforme aux conditions légales qui le régissent.

Sur la fusion des institutions représentatives du personnel au sein de l'entreprise

10. Le projet de loi habilite le Gouvernement à regrouper les institutions représentatives du personnel au sein de l'entreprise, à travers la mise en place d'une instance unique de représentation du personnel qui se substituerait aux délégués du personnel, au comité d'entreprise et au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail. Il prévoit également d'y adjoindre, selon des conditions à déterminer, une fonction de négociation des accords collectifs présentement exercée par les délégués syndicaux. Le Conseil d'Etat attire l'attention du Gouvernement sur la rédaction de l'habilitation, qui ne réserve pas la possibilité qu'un accord puisse maintenir plusieurs institutions représentatives au sein de l'entreprise. Il

estime par ailleurs que l'habilitation, notamment quant à la limitation du nombre de mandats successifs des membres de l'instance unique et quant à la compétence que cette instance pourrait exercer en matière de négociation des conventions et accords de groupe, d'entreprise ou d'établissement, ne comporte pas de disposition méconnaissant par elle-même ou par ses conséquences nécessaires des règles ou des principes de valeur constitutionnelle ou conventionnelle.

Sur les habilitations relatives au contrat de travail, notamment aux conditions et aux conséquences de sa rupture

11. Le projet de loi habilite le Gouvernement à instituer un référentiel obligatoire pour les dommages et intérêts prononcés par le juge en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse. Cette disposition ne soulève pas de difficulté juridique particulière dans son principe, comme l'a jugé le Conseil constitutionnel par sa décision n° 2015-715 DC du 5 août 2015 sur la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques. Le Conseil d'Etat propose de définir avec une précision suffisante les situations particulières dans lesquelles ce référentiel ne sera pas appliqué, sans descendre cependant dans un degré de détail excessivement contraignant.

12. Le projet de loi habilite le Gouvernement à favoriser et sécuriser les dispositifs de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences ainsi que les plans de départs volontaires. Le Conseil d'Etat souligne que ces deux séries de dispositifs ont été conçus et développés comme étant distincts les uns des autres et comme comportant des objectifs différents. Il propose, en conséquence, de modifier la rédaction du projet pour prévoir deux habilitations distinctes.

13. S'agissant des habilitations autorisant le Gouvernement à modifier les dispositions relatives au licenciement pour motif économique, certaines d'entre elles reprennent des dispositions figurant dans le projet de loi, dans sa rédaction examinée par le Conseil d'Etat en mars 2016, visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs. Dans son avis sur ce projet de loi (n°391197, point 26), le Conseil d'Etat avait notamment considéré que le complément de la définition du motif économique du licenciement par une disposition concernant le cas, qui ne procède ni de la fraude, ni d'une décision de gestion de l'entreprise, dans lequel cette dernière organise artificiellement une situation à la seule fin de pouvoir justifier des licenciements pour motif économique, se fondait sur un motif d'intérêt général tenant à la préservation de l'emploi sur le territoire national, sans pour autant porter une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre dans les conditions reconnues par le Conseil constitutionnel notamment dans sa décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002 relative à la loi de modernisation sociale. Dans ces conditions, le Conseil d'Etat avait estimé que cette disposition visant à régir des situations s'apparentant à un abus de droit ne se heurtait pas à des difficultés constitutionnelles. Ces habilitations n'appellent pas de nouvelles observations.

Sur l'habilitation à modifier le dispositif de prise en compte de la pénibilité

14. Le projet de loi habilite le Gouvernement à modifier le dispositif de prise en compte de la pénibilité au travail. Au vu des options de réformes envisagées, le Conseil d'Etat est d'avis de définir l'habilitation avec une précision suffisante, mais d'une manière assez ouverte pour ne pas être excessivement contraignante au stade de la rédaction de l'ordonnance. Il suggère

également de préciser la finalité des mesures envisagées (simplification et sécurisation juridique).

II. Sur les dispositions du projet relatif au décalage de l'entrée en vigueur de la mise en œuvre du prélèvement à la source de l'impôt sur le revenu

15. L'article 60 de la loi de finances pour 2017 prévoit la mise en œuvre du prélèvement à la source de l'impôt sur le revenu pour les revenus perçus ou réalisés à compter du 1^{er} janvier 2018. Ce prélèvement prendra la forme, pour les revenus imposés selon les règles applicables aux traitements et salaires, d'une retenue à la source effectuée lors du paiement des revenus et, pour les revenus imposés dans les catégories des BIC, BA, BNC et des revenus fonciers ainsi que pour certains revenus particuliers, d'un acompte prélevé par l'État sur le compte bancaire du contribuable. Les sommes ainsi prélevées seront imputées sur le montant d'impôt finalement dû calculé l'année suivante.

16. Le taux du prélèvement à la source, appliqué à une assiette constituée, pour les revenus soumis à une retenue à la source, par le montant net imposable et, pour les revenus soumis au paiement d'un acompte, par le dernier montant connu des bénéficiaires ou revenus imposés au barème progressif, correspondra au dernier taux moyen d'imposition des revenus imposés au barème progressif, hors prise en compte des réductions et crédits d'impôt. Les crédits et réductions d'impôt au titre d'une année seront imputés sur le solde d'impôt dû l'année suivante et donneront lieu, le cas échéant, à une restitution.

17. Afin de réduire le coût en trésorerie lié au décalage entre le prélèvement à la source et le bénéfice des crédits d'impôt pour emploi d'un salarié à domicile ou pour garde d'enfants de moins de six ans, l'article 82 de la loi de finances pour 2017 prévoit que les contribuables percevront en mars de chaque année un acompte égal à 30% du montant des crédits d'impôt dont ils ont bénéficié au titre de l'avant-dernière année.

18. Par ailleurs, pour éviter de faire supporter aux contribuables soumis au prélèvement à la source un double paiement d'impôt en 2018, l'article 60 de la loi de finances pour 2017 prévoit que l'impôt sur le revenu afférent aux revenus non exceptionnels perçus en 2017 et inclus dans le champ d'application de la réforme sera effacé par l'intermédiaire d'un crédit d'impôt exceptionnel de modernisation du recouvrement (CIMR). Afin d'éviter des comportements d'optimisation, des modalités particulières de calcul du CIMR sont prévues en ce qui concerne les revenus des travailleurs indépendants, les salaires de certains dirigeants d'entreprise et les revenus fonciers.

Sur le recours à une ordonnance

19. Toute mesure relevant du domaine de la loi peut être adoptée par ordonnance, à l'exception des mesures que la Constitution réserve à la loi organique, aux lois de finances et aux lois de financement de la sécurité sociale. En vertu des articles 33 à 35 de la loi organique du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances, les mesures relatives à l'assiette ou aux modalités de recouvrement des impôts ne relèvent pas du domaine exclusif des lois de finances et peuvent par suite être édictées par voie d'ordonnance.

Sur les incidences du report d'un an du prélèvement à la source et des mesures transitoires

20. La perspective de l'effacement, par l'effet du CIMR, de l'impôt sur le revenu afférent aux revenus non exceptionnels perçus en 2017 et inclus dans le champ d'application de la réforme a pu influencer les décisions des contribuables en 2017. Certains d'entre eux ont ainsi pu décider de prolonger ou d'accroître leur activité professionnelle en 2017, dès lors que l'impôt résultant de cette prolongation ou de ce surcroît d'activité sera effacé. Le report d'un an de l'entrée en vigueur du prélèvement à la source ainsi que du CIMR ôte toute justification fiscale à ces décisions.

21. Le Conseil d'Etat estime toutefois que le report d'un an de l'entrée en vigueur du prélèvement à la source et du CIMR ne porte pas atteinte au principe constitutionnel de garantie des droits, proclamé par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, en vertu duquel le législateur ne saurait, sans motif d'intérêt général suffisant, porter atteinte aux situations légalement acquises ou remettre en cause les effets qui peuvent légitimement être attendus de telles situations. Il ne porte pas davantage atteinte au droit au respect des biens, protégé par l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

22. En effet, d'une part, le CIMR et l'acompte de crédit d'impôt pour emploi d'un salarié à domicile ou pour garde d'enfants de moins de six ans sont afférents à l'impôt sur le revenu de 2017, dont le fait générateur n'interviendra que le 31 décembre 2017 et qui sera dû en 2018.

23. D'autre part, le CIMR ne constitue pas un dispositif accordant aux contribuables un avantage sous réserve qu'ils remplissent certaines conditions. Il a été instauré, conformément au principe constitutionnel d'égalité devant les charges publiques, pour éviter une double contribution aux charges publiques l'année de l'entrée en vigueur du prélèvement à la source. Ainsi, l'article 60 de la loi de finances pour 2017 n'a pas créé un droit au bénéfice du CIMR en l'absence de mise en œuvre du prélèvement à la source, dont il est indissociable.

24. Au demeurant, le Premier ministre a annoncé le report d'un an de l'entrée en vigueur du prélèvement à la source et du CIMR dès le 7 juin 2017. Cette question avait d'ailleurs été précédemment évoquée au cours de la campagne électorale en vue de l'élection présidentielle. Ainsi, cette mesure n'était pas imprévisible.

25. En tout état de cause, la vérification de la robustesse de la réforme du recouvrement de l'impôt sur le revenu et la limitation des charges administratives résultant de la réforme pour les débiteurs de revenus, qui sont les motifs avancés par le Gouvernement pour justifier le report de l'entrée en vigueur du prélèvement à la source et du CIMR, constituent des motifs d'intérêt général suffisants au regard des conséquences limitées de ce report pour les contribuables qui ont décidé de tirer parti des effets du CIMR.

Cet avis a été délibéré et adopté par l'Assemblée générale du Conseil d'État dans sa séance du jeudi 22 juin 2017.