

Analyse de l'étude d'impact

M. Boris VALLAUD - rapporteur d'application pour la Commission des Affaires Sociales sur le projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social

Au titre des droits de l'opposition et à notre demande, la Commission des Affaires sociales le mardi 04 juillet 2017 nous a désigné rapporteur d'application du projet de loi d'habilitation. Les délais laissés à votre assemblée pour examiner le texte du projet de loi, pour déposer des amendements, comme pour analyser l'étude d'impact ont été excessivement courts. Ils n'auront pas permis à votre rapporteur d'application de réaliser l'analyse exhaustive et approfondie de l'étude d'impact, celle-ci ne saurait dès lors proposer autre chose qu'un regard partiel et non pas dans une démarche d'opposition mais bien, comme rapporteur d'application, pour contribuer à l'enrichissement des travaux de notre assemblée sur ce texte.

I. UNE PROCÉDURE QUI AUTORISE UNE ÉTUDE D'IMPACT ALLÉGÉE, INADAPTÉE À UNE MATIÈRE AUSSI SENSIBLE QUE LE DROIT DU TRAVAIL

Conformément à l'article 11 de la loi organique n°2009-403, les lois d'habilitation à légiférer par ordonnances sont dispensées de certaines obligations pesant sur les études d'impact des projets de loi ordinaires.

C'est ainsi que la présente étude d'impact portant sur plus de 50 sujets en matière de droit du travail est dispensée de l'évaluation des conséquences économiques, financières, sociales et environnementales, ainsi que des coûts et bénéfices financiers attendus des dispositions envisagées pour chaque catégorie d'administrations publiques et de personnes physiques et morales intéressées.

L'ampleur du texte soumis par le gouvernement à votre assemblée, sa complexité et la sensibilité d'une réforme qui, elle-même, engage la vie quotidienne des entreprises et des salariés, auraient mérité cette évaluation complète. Votre rapporteur ne peut que relever le caractère inapproprié de la procédure retenue par le gouvernement qui conduit à une information tronquée de la représentation nationale. Elle ne permet pas non plus l'élaboration d'une réforme juste et co-construite entre les parties prenantes.

II. CE QUE DEVRAIT CONTENIR, DÉMONTRER, JUSTIFIER, L'ÉTUDE D'IMPACT

II.1 L'URGENCE

Votre rapporteur d'application retient, conformément à la jurisprudence du conseil constitutionnel (décision n° 76-72 DC du 12 janvier 1977, décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999), la nécessité de justifier le recours à cette procédure spéciale par l'urgence.

a) L'urgence d'un calendrier de plus de dix huit mois ?

Dans son préambule l'étude d'impact présente un calendrier prévisionnel de six grands chantiers devant se répartir sur dix huit mois. Comment justifier dans ces conditions l'extrême urgence de procéder par ordonnance sur le premier de ces chantiers ?

Votre rapporteur partage avec le Conseil d'Etat les inquiétudes formulées dans l'avis N°393.357 remis au gouvernement sur la cohérence du calendrier global et la réalité de la rapidité de la procédure choisie pour répondre à une hypothétique nécessité d'urgence. Il constate, en effet, 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."

b) L'urgence comme gage de stabilité ?

Toujours dans son préambule, l'étude d'impact indique que "le recours aux ordonnances permet de répondre à la nécessité d'agir rapidement pour poser un nouveau cadre juridique stable." Votre rapporteur n'est pas en mesure d'établir un lien cohérent entre la nécessité d'établir un cadre juridique stable et l'urgence. En l'espèce le projet venant modifier des lois récentes dont la mise en œuvre n'est pas même achevée et dont l'évaluation n'a pas été faite, l'urgence à légiférer apparaît au contraire comme un élément d'instabilité juridique potentiellement préjudiciables aux entreprises comme aux salariés.

Cette analyse est confortée par l'avis N°393.357 du Conseil d'État sur le projet de loi lequel souligne les risques d'inflation législative et d'instabilité du droit du travail à l'inverse des objectifs affichés par le gouvernement : "Le Conseil d'État constate que ce projet de loi contient plusieurs habilitations visant, selon les cas, à confirmer,

infirmes ou encadrer des jurisprudences récentes des juges judiciaires et administratifs. 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."

Votre rapporteur d'application partage l'objectif de stabilité légale et réglementaire nécessaire aux entreprises comme aux salariés. Force est cependant de constater que ce projet de loi vient bouleverser un ordre législatif récent et dont la mise en œuvre est encore en cours. En considérant le délai de trois ans prévu pour l'évaluation d'une loi, la présente loi d'habilitation vient modifier la loi du 20 janvier 2014 garantissant l'avenir et la justice du système de retraites dont l'évaluation pourrait débiter, la loi du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, la loi du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, ainsi que la loi du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, qui n'ont pas encore atteint l'ancienneté nécessaire à une correcte évaluation. Ce constat demeurerait vrai même dans l'hypothèse d'un abaissement à deux ans du seuil d'enclenchement des évaluations suggéré par le Président de la République dans son discours au congrès le lundi 03 juillet 2017.

Ainsi l'objectif de stabilité normative affiché par l'étude d'impact et partagé par votre rapporteur d'application est contredit par la volonté de modifier un certain nombre de dispositions récentes. Votre rapporteur se limitera à en donner trois illustrations :

1) La réforme des obligations d'information et de consultation dans l'entreprise :

Le rôle vital des représentants du personnel dans l'entreprise, et en particulier du comité d'entreprise au regard de ses attributions dans le champ économique, a fait l'objet d'un renforcement et d'une amélioration de son efficacité avec la loi de sécurisation de l'emploi de juin 2013 et la loi sur le dialogue social de 2015.

Ces dispositions ont procédé il y a à peine deux ans à un changement majeur en réunissant l'ensemble des informations et consultations annuelles du comité d'entreprise, au nombre de dix-sept, au sein de trois grandes consultations annuelles.

2) Le recours à la consultation des salariés dans l'entreprise

La loi relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels a tranché ce débat dans son article 10 en généralisant le principe de l'accord majoritaire au niveau de l'entreprise et en introduisant la possibilité de consulter directement les salariés pour valider cet accord, lorsque celui-ci n'a pas recueilli l'aval d'une majorité de syndicats représentatifs dans l'entreprise. La généralisation des nouvelles règles de validité des accords d'entreprise s'applique :

- ✓ déjà aux accords de préservation ou de développement de l'emploi ;
- ✓ depuis le 1er janvier 2017 aux accords collectifs qui portent sur la durée du travail, les repos et les congés ;
- ✓ à compter du 1er septembre 2019 pour l'ensemble des autres accords collectifs.

Il a été demandé au Gouvernement de remettre au Parlement, au plus tard le 31 décembre 2018, un rapport faisant le bilan de la mise en œuvre de ces nouvelles règles de validité des accords conclus au niveau de l'entreprise.

3) La généralisation du recours à une instance fusionnée des Instances représentatives du personnel

Pour justifier une généralisation de l'instance fusionnée, l'étude d'impact indique « aussi longtemps que l'instance fusionnée restera une possibilité, le processus de fusion des instances n'évolue qu'avec lenteur, privant les entreprises d'un outil de simplification et de dynamisation du dialogue social ».

Cette assertion est contredite par les faits. Depuis sa création, en effet, la délégation unique du personnel (DUP) est un réel succès.

Dans les entreprises de plus de 300 salariés, un accord collectif majoritaire peut déjà procéder au regroupement des instances représentatives du personnel. L'instance ainsi créée exerce l'ensemble des attributions des institutions qu'elle regroupe en leur lieu et place.

Dans les entreprises de moins de 300 salariés, il est désormais possible de mettre en place une DUP en y intégrant le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT). Il s'agit d'un regroupement et en aucun cas d'une fusion. Au sein de la DUP, chaque institution – délégués du personnel, comité d'entreprise et CHSCT – conserve ses attributions.

II.2 L'ARTICULATION AVEC LE DROIT EUROPÉEN

À la lecture de l'étude d'impact, les enjeux de l'articulation du projet de loi avec le droit européen en vigueur ou en cours d'élaboration, et son impact sur l'ordre juridique interne, apparaissent peu traités. Sur plusieurs articles l'étude d'impact est totalement silencieuse sur ces sujets.

Or, même si le Conseil constitutionnel a indiqué que l'exigence de procéder à une étude ne s'impose que pour les rubriques pertinentes au regard de l'objet du texte, le rapport d'information n°2094 fait au nom du Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques sur les critères de contrôle des études d'impact accompagnant les projets de loi indiquait que " Dans cette hypothèse, (...) il est souhaitable que le Gouvernement l'indique et le justifie expressément plutôt que de traiter la question par le silence."

Votre rapporteur d'application a bien noté la mention favorable rendu par le Conseil d'État dans son avis N°393.357 sur l'étude d'impact, après avoir demandé des compléments. Cependant, au regard des observations précédentes, votre rapporteur d'application porte un jugement réservé sur la qualité de la présente étude d'impact s'agissant de l'analyse de l'articulation du projet de loi avec le droit européen en vigueur et très négatif sur l'analyse du droit européen en cours d'élaboration.

II.3 ÉTAT DU DROIT & NÉCESSITÉ À LEGIFÉRER / ÉTAT DE L'APPLICATION DU DROIT

L'étude d'impact confond la présentation (parfois très rapide), article par article, de « l'état du droit », avec l'analyse de « l'état d'application du droit » requise par la loi pour une étude d'impact.

Cette notion d'état d'application du droit peut s'entendre selon les sujets comme une démarche d'évaluation. Or, comme nous l'avons signalé précédemment, une part importante des dispositions législatives qui seraient modifiées par les ordonnances prises sur le fondement de ce projet d'habilitation ne sont même pas encore évaluables au regard des délais ordinaires. Votre rapporteur ne peut que constater que les éléments relatifs à « l'état d'application du droit » sont très parcellaires.

Votre rapporteur doute, par exemple, de pouvoir considérer comme relevant d'une démarche sérieuse d'évaluation l'affirmation selon laquelle "Un certain nombre de litiges sont directement liés au sentiment du salarié que les griefs invoqués par la lettre de licenciement sont trop peu expliqués et détaillés. Il résulte en effet d'une étude sur une centaine de décisions récentes que l'insuffisance de motivation de la lettre de licenciement est un motif très souvent mis en avant par les salariés dans les griefs justifiant la procédure contentieuse, même si elle est rarement retenue par la juridiction." (p. 39 de l'étude d'impact). Nous n'avons aucune information sur la source de cette "étude" et nous doutons de la représentativité de celle-ci, portant sur une centaine de décisions.

Certes l'étude d'impact présente article par article, non seulement un "état du droit", mais également la "nécessité à légiférer". Mais sous ce titre nous trouvons des analyses très disparates et pas toujours très convaincantes qui relèvent parfois de la pétition de principe.

Ainsi à la page 32 l'affirmation selon laquelle "La refonte du dialogue social à travers la réorganisation des institutions représentatives du personnel est une réforme structurelle susceptible de produire des effets à long terme sur la qualité et l'efficacité du dialogue social en entreprise." nous apparaît proche de la pétition de principe.

Par ailleurs, plusieurs dispositions nous interrogent sur la réalité de cette "nécessité à légiférer" :

a) Seuil de déclenchement des plans sociaux

Le gouvernement envisage de passer le seuil de déclenchement d'un plan de sauvegarde de l'emploi (PSE) de 10 à 30 salariés. En dessous de ce seuil, il s'agirait donc de licenciement économique individuel. L'étude d'impact justifie cette disposition au nom de la directive du Conseil du 20 juillet 1998 (n° 98/59/CE) concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives aux licenciements collectifs.

Or, ce seuil est inscrit dans notre droit du travail depuis près de 30 ans et n'a jamais été contesté. Il est une garantie importante en termes de dialogue social, mais également en termes de perspectives de retour à l'emploi.

b) La réforme du travail de nuit

Les dispositions relatives au travail de nuit n'ont pas une nécessité démontrée. Plusieurs rapports récents, notamment de l'ANSES, ont montré que le travail de nuit avait des conséquences lourdes sur la santé des salariés. Il ne s'agit pas de remettre en cause la nécessité du travail de nuit dans certains métiers, mais faut-il chercher à développer le travail de nuit pour autant ?

II.4 LA PRÉCISION

S'agissant de la nécessaire précision, elle n'est pas spécifique aux études d'impact des projets de loi d'habilitation à prendre des ordonnances, comme le rappelle le rapport d'information n°2094 fait pour le Comité d'Évaluation et de Contrôle des Politiques Publiques : "L'exigence de « *précision* » résulte des termes mêmes de la loi organique (article 8, alinéa 3). Elle s'applique à chacun des items qui figurent aux alinéas 4 à 11 de cet article 8."

La méconnaissance de cette exigence de précision pourrait constituer selon votre rapporteur d'application une incompétence négative du législateur, en ce que celui-ci déléguerait sa compétence de législateur au gouvernement de manière trop imprécise, sans pouvoir évaluer ce qu'il délègue effectivement. Or, malgré cette exigence très forte qui pèse sur toutes les études d'impact, un parcours de celle-ci nous permet de relever un nombre important de sujets à nos yeux trop imprécis.

a) La négociation décentralisée des formes de contrats de travail

Le texte propose d'ouvrir la question des contrats précaires et notamment des CDD en permettant à l'accord de branche de modifier la durée, les motifs et le nombre de renouvellement des CDD et de l'intérim. On critique la dualité du marché du travail en France et le recours croissant dans notre pays à l'emploi précaire et en ouvrant à l'accord de branche la possibilité de déroger à la loi sur ce point, on encourage encore davantage à recourir à ces emplois, alors qu'un tiers des CDD de moins d'un mois en Europe sont en France.

Les mêmes interrogations existent quant au le contrat de chantier : ce contrat existe déjà pour le BTP. Pourquoi recourir davantage à ce contrat qui est davantage précaire qu'un CDD puisque son terme n'est pas connu et qu'il ne donne pas lieu au versement d'une indemnité de précarité.

b) La barémisation des dommages-intérêts en cas de licenciement injustifié avec des plafonds et des planchers

200 000 affaires par an traitées en 16 mois en moyenne dans 210 conseils des prud'hommes. Le problème majeur des prud'hommes est moins le plafonnement des indemnités que le raccourcissement des délais qui plongent dans l'incertitude l'employeur et le salarié. Aussi, si l'on veut une justice prud'homale qui fonctionne, il faut y mettre les moyens matériels et humains. Plus d'argent et renforcer le rôle des greffiers qui sont très bien formés. Votre rapporteur constate que ces questions essentielles ne sont pas évoquées dans la présente étude.

S'agissant de l'application d'un plancher et d'un plafond obligatoires, le Gouvernement semble avoir oublié le retoquage constitutionnel d'août 2015 : les critères retenus en 2015 (âge et ancienneté du salarié) ont été censurés.

c) La réforme du compte pénibilité

L'ambition d'une prévention individuelle et collective ne saurait nous détourner d'un constat alarmant : un ouvrier âgé de 35 ans a une espérance de vie inférieure de six ans à celle d'un cadre.

L'étude d'impact postule que la mise en œuvre du dispositif a soulevé des difficultés opérationnelles eu égard à la complexité du dispositif, notamment pour les TPE-PME qui exposeraient les entreprises à des risques juridiques nonobstant l'introduction de premières mesures de simplification.

Cette objection est un argument récurrent du patronat depuis le début des débats sur l'introduction voulue par les organisations syndicales de la prise en compte de la pénibilité dans la loi réformant notre système de retraites de 2013. Cette loi et les décrets d'application ont fait l'objet de deux rapports visant à améliorer la prise en charge, et ce dès la loi sur le dialogue social de 2015.

Les dispositions du projet de loi donnent plutôt le sentiment de poursuivre un tout autre objectif : préserver un compte pénibilité a minima au détriment des salariés concernés.

Comme l'indique l'étude d'impact, les dispositions proposées visent à la prévention des risques juridiques auxquels seraient exposées les entreprises plutôt qu'à la prise en compte de la pénibilité subie par les salariés.

CONCLUSION

Par ce rapide parcours de l'étude d'impact votre rapporteur d'application n'entendait pas poursuivre le débat sur le fond des articles, débat réservé à la commission et à la séance publique, mais ouvrir et nourrir une discussion sur le caractère plus ou moins éclairant de l'étude d'impact pour ce débat au fond.

Le temps imparti ainsi que la limitation du nombre de caractères imposée à cette contribution n'ont permis à votre rapporteur d'application que de vous proposer un regard partiel. Nos remarques ne doivent pas être entendues et perçues comme le signe d'une critique complète de ce document, qui est riche d'informations, mais il nous revenait de questionner sa capacité à éclairer complètement le travail du législateur.