ASSURANCE CHÔMAGE. Suite à l'annulation par le Conseil d'État des dispositions relatives au dispositif de *bonus-malus* sur les contributions patronales d'assurance chômage prévues par le décret du 26 juillet 2019, le gouvernement planche déjà sur un projet de décret qui les rétablit avec davantage de précision cette fois. Un texte aux zones d'ombre multiples et à l'opportunité contestée qui augure, selon le cabinet Factorhy Avocats, une nouvelle bataille judiciaire.

Le « bonus-malus » sur les contributions patronales d'assurance chômage est mort ! Vive le « bonus-malus » !

Benjamin Desaint, Avocat associé, cabinet Factorhy Avocats et **Christophe Leite Da Silva,** Avocat, cabinet Factorhy Avocats

Le 25 novembre 2020[1], le Conseil d'État s'est prononcé sur les différents recours en annulation pour excès de pouvoir formés contre le décret du 26 juillet 2019[2] et a notamment annulé ses dispositions relatives à la modulation de la contribution à l'assurance chômage. Un projet de décret fixe au 1er janvier 2021, la date d'entrée en vigueur des nouvelles dispositions relatives au *bonus-malus*. Selon la notice, concernant le *bonus-malus* sur les contributions patronales d'assurance chômage, le présent décret rétablit les dispositions annulées par le Conseil d'État en les régularisant ; La première modulation sera applicable à compter du 1er mars 2022. À quoi bon s'acharner sur un dispositif dont l'opportunité est plus que contestable ?

L'ORIGINE : LE DÉCRET DU 26 JUILLET 2019 RELATIF AU RÉGIME D'ASSURANCE CHÔMAGE

Le 28 juillet 2019, en effet, est publié au *Journal officiel*, un décret concrétisant notamment, la volonté du gouvernement, de faire participer les entreprises au régime d'assurance chômage, au travers d'un système de *bonus-malus* fondé sur le nombre de ruptures des contrats de travail.

Rappelons que les employeurs participent au financement de l'assurance chômage, par le biais de contributions assises sur les rémunérations brutes versées aux salariés[3].

Abandonnant un principe de contribution patronale strictement égalitaire (sans distinction selon les entreprises et les contrats de travail concernés), la loi du 14 juin 2013 introduit pour la première fois, une faculté de modulation du taux de contribution patronale *« en fonction de la nature du contrat de travail, de sa durée, du motif de recours, de l'âge du salarié ou de la taille de l'entreprise »*[4]. Une telle modulation pouvant intervenir, selon le texte, par accord conclu entre les organisations représentatives d'employeurs et de salariés ou à défaut, par décret en Conseil d'État.

Les partenaires sociaux ont d'abord timidement joué le jeu de la modulation avec de légères majorations des taux de contribution, sans pour autant parvenir à inciter les entreprises à modifier leurs pratiques, puis finalement abandonné toute modulation le 14 avril 2017 dans le cadre d'une révision de la convention d'assurance chômage.

Reprenant la main sur le sujet, le législateur a, peu de temps après cet échec, réécrit l'article L. 5422-12 du Code du travail dans le cadre de la loi du 5 septembre 2018[5], dans le but de refondre le système de modulation insuffisamment exploité par les partenaires sociaux.

Le nouvel article L. 5422-12 du Code du travail étend considérablement les critères de modulation, puisqu'au-delà de la nature du contrat, sa durée et la taille de l'entreprise, la modulation pourra désormais se fonder sur de nouveaux critères tels que le taux de fins de contrat (donnant lieu à une inscription sur la liste des demandeurs d'emploi), mais également le secteur d'activité auquel appartient l'entreprise.

Suite à ces révisions législatives, les partenaires sociaux ont été invités par le gouvernement à renégocier la convention d'assurance-chômage dans un délai de quatre mois, en application des nouvelles dispositions.

C'est à l'appui de constat d'échec (presque annoncé) des négociations, que le Premier ministre a établi un nouveau règlement d'assurance chômage, par décret en Conseil d'État le 26 juillet 2019.

Les articles 50-2 à 50-15 du nouveau règlement définissent les conditions de modulation du taux de contribution des entreprises.

1. *CE, 25 nov. 2020, nos 434920, 434921, 434943, 434943, 434944, 434960.*
2. *D. n° 2019-797, 26 juill. 2019 relatif au régime d'assurance chômage.*
3. *C. trav., art. L. 5422-9.*
4. *C. trav., art. L. 5422-12, issu de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013.*
5. *L. n° 2018-771, 5 sept. 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel.*

19341935.indd 4 16/12/2020 11:37:44

Mais contre toute attente, cette modulation n'est pas applicable à toutes les entreprises.

Seules sont soumises au dispositif de *bonus-malus*, les entreprises de 11 salariés et plus. Par ailleurs, le décret prévoit que seuls certains secteurs d'activité, désignés par la ministre du Travail, seront soumis au dispositif de modulation. Aux termes de son décret, le Premier ministre a confié au ministère chargé de l'Emploi, le soin de définir notamment sur une période de trois ans, les secteurs d'activité concernés par le dispositif de modulation (dont le taux de séparation serait supérieur à un seuil fixé par le même ministère), ainsi que les plafonds et planchers du taux de contribution patronale.

Conformément à cette habilitation du Premier ministre, le 4 décembre 2019[6], était publié au *Journal officiel*, un arrêté de la ministre du Travail du 27 novembre 2019, lequel exploitait pleinement cette habilitation et désignait notamment les sept secteurs d'activité soumis au *bonus-malus*[7].

C'est dans ce contexte qu'une dizaine de fédérations et unions patronales ont saisi le Conseil d'État, d'abord d'un recours en annulation pour excès de pouvoir du décret du 26 juillet 2019 puis, de l'arrêté de la ministre du Travail du 27 novembre 2019.

LES CONTESTATIONS : LES REQUÊTES EN ANNULATION POUR EXCÈS DE POUVOIR DEVANT LE CONSEIL D'ÉTAT

Au soutien de leurs requêtes en annulation du décret du 26 juillet 2019, les requérantes ont fait valoir de nombreux griefs devant le Conseil d'État.

En premier lieu, il a été fait valoir auprès du Conseil d'État que le gouvernement a excédé les pouvoirs qui lui ont été confiées par le législateur, entachant ainsi son décret d'incompétence et de méconnaissance de la loi.

En effet, si le gouvernement, grâce à l'article L. 5422-12 du Code du travail, était habilité à moduler *« pour chaque employeur »*, le taux de contribution en fonction des critères légaux, il n'était pas autorisé à limiter le régime de modulation à certains secteurs uniquement, et encore moins de façon expérimentale. Ce faisant, le gouvernement a utilisé le critère des secteurs d'activité, pour restreindre le champ d'application du dispositif de *bonus-malus*, alors que le législateur avait fait de ce critère, un outil de modulation du taux de contribution et non de soumission/ou d'exclusion des entreprises au dispositif.

Or, la nuance est fondamentale. Dans un cas, le législateur avait prévu de prendre en compte les particularités de chaque secteur d'activité pour en moduler le taux (en prenant en compte notamment les secteurs qui, compte tenu des contraintes et particularités de leur activité, ont recours massivement aux contrats courts[8]). Dans l'autre cas, le Premier ministre, en limitant le dispositif à certains secteurs d'activité, vient stigmatiser ces derniers et indirectement les sanctionner.

Au-delà, aucune disposition législative n'autorisait le gouvernement à mettre en œuvre un dispositif à titre purement expérimental comme l'a fait le Premier ministre aux termes du décret attaqué. Or, la jurisprudence administrative considère que seule la loi peut décider que sa mise en œuvre se fera de façon expérimentale et non le pouvoir réglementaire[9].

En second lieu, les requérants soutenaient que le décret méconnaît le principe d'égalité devant la loi et les charges publiques.

Seuls des critères objectifs, pertinents et rationnels justifient une rupture d'égalité devant les charges publiques. Or, en excluant les entreprises de moins de 11 salariés du dispositif, ainsi que tous les secteurs d'activité sauf les sept listés ci-avant, le Premier ministre a créé une rupture d'égalité qui ne repose ni sur des critères objectifs (les définitions de la notion de secteur d'activité étant multiples, une entreprise pouvant appartenir à plusieurs secteurs d'activité, etc.), ni sur des critères pertinents (une entreprise qui recourt de façon massive et injustifiée à des contrats courts pourrait échapper au malus du seul fait qu'elle n'appartient pas à l'un des sept secteurs d'activité visés par le gouvernement).

En troisième et dernier lieu, le décret a été attaqué par les organisations patronales pour subdélégation illégale et incompétence négative.

L'article L. 5422-12 du Code du travail offre la possibilité au Premier ministre, de déterminer par décret en Conseil d'État, les conditions de modulation de la contribution patronale.

Pourtant, il apparaît qu'aux termes du décret du 26 juillet 2019, le Premier ministre s'est contenté de subdéléguer cette prérogative à la ministre chargée de l'Emploi, dans une mesure tout à fait excessive puisque le décret offrait à la ministre du Travail, le soin de définir notamment par arrêté :

– le seuil de détermination des secteurs soumis au dispositif de *bonus-malus* ;

– les secteurs d'activité concernés ;

– la détermination pour chaque année du taux de séparation médian de chaque secteur ;

– les plafonds et planchers des taux de contribution pour chacun des secteurs d'activité…

Ainsi, loin de renvoyer au ministère du Travail le soin de définir uniquement des points accessoires et purement techniques, le décret abandonne totalement la prérogative qui lui a été confiée par le législateur, en renvoyant à un ministre, le soin de définir de façon totalement discrétionnaire et par arrêté des éléments essentiels du dispositif de *bonus-malus* (puisqu'aucun cadrage précis n'est réalisé par le décret du Premier ministre). ●●●

6. *Arr., 27 nov. 2019, NOR : MTRD1932518A, JO 4 déc. 2019.*

7. *Fabrication de denrées alimentaires, de boissons et de produits à base de tabac ; autres activités spécialisées, scientifiques et techniques ; production et distribution d'eau ; assainissement, gestion des déchets et dépollution ; hébergement et restauration ; transports et entreposage ; fabrication de produits en caoutchouc et en plastique ainsi que d'autres produits minéraux non métalliques ; travail du bois, industries du papier et imprimerie.*

8. *Cons. const., 4 sept. 2018, n° 2018-769 DC ; Observations du gouvernement sur la loi pour la liberté de choisir son avenir professionnel :* « Les données disponibles font en effet apparaître que les taux de rupture sont très différents d'un secteur à l'autre *[…]*. De toute évidence, de tels écarts ne renvoient pas à la variabilité des comportements individuels, mais aux différences qui existent dans les structures de marché de ces divers secteurs ; *[…]* La différenciation possible, selon les secteurs d'activité, de la modulation liée au taux de rupture pour la contribution des employeurs […] permettra ainsi de répondre, de manière proportionnée, à des différences de situation. »

9. *CE, 15 mars 2017, n° 391654.*

19341935.indd 5 16/12/2020 11:37:44

LA SANCTION : QUAND LE CONSEIL D'ÉTAT SANCTIONNE LA PRÉCIPITATION DU GOUVERNEMENT

Le 25 novembre 2020[10], le Conseil d'État s'est prononcé sur les différents recours en annulation pour excès de pouvoir formés contre le décret du 26 juillet 2019 et a notamment annulé ses dispositions relatives à la modulation de la contribution à l'assurance chômage.

Plusieurs griefs n'ont pourtant pas emporté la conviction de la Haute Cour administrative. S'agissant des griefs relatifs à la modulation de la contribution des employeurs à l'assurance chômage, le Conseil d'État a d'abord jugé que l'article L. 5422-12 permettait au Premier ministre de tenir compte des particularités de chaque secteur d'activité, sans exiger pour autant que cette modulation s'applique à toutes les entreprises. Le Conseil d'État considère ainsi que le décret du 26 juillet 2019 pouvait appliquer la modulation uniquement à certains secteurs d'activité.

Le Conseil d'État considère ensuite que le fait de limiter dans un premier temps le dispositif de modulation à certains secteurs, en laissant la possibilité de l'étendre dans un deuxième temps à d'autres, ne lui confère pas de caractère expérimental.

De plus, la Haute Cour administrative considère que la distinction établie entre les secteurs d'activité repose sur un critère objectif (application du dispositif de modulation aux secteurs qui présentent les taux de séparation les plus élevés et exclusion des entreprises de moins de 11 salariés au motif que leur taux de séparation est statistiquement peu significatif). Ce faisant, le Conseil d'État a rejeté le grief fondé sur la violation du principe d'égalité devant les charges publiques.

Toutefois, le Conseil d'État reconnaît que le Premier ministre, au travers du décret attaqué, n'a pas suffisamment encadré le contenu des arrêtés ministériels à qui il a renvoyé le soin de détailler certains points essentiels du dispositif de modulation. Plus précisément, les juges considèrent que le taux de séparation moyen au-delà duquel les secteurs d'activité seront soumis au *bonus-malus*, ainsi que les secteurs concernés par le dispositif, sont des éléments déterminants. Dès lors, le Premier ministre ne pouvait renvoyer à des arrêtés ministériels la responsabilité de fixer ces éléments essentiels, en précisant uniquement que le taux devrait être fixé en fonction de *« l'écart entre les taux de séparation moyens des secteurs d'activité »* et que ces secteurs devaient être identifiés par référence à la nomenclature des activités françaises.

Le Conseil d'État a ainsi reconnu que le décret attaqué procédait à une subdélégation illégale et par conséquent prononcé l'annulation à compter du 1er janvier 2021, de l'intégralité des dispositions relatives à la modulation de la contribution à l'assurance chômage *(articles 50-2 à 51 du règlement d'assurance chômage annexé au décret)*, au motif que ces dispositions forment un ensemble indivisible.

LA CRITIQUE D'UNE CENSURE TIMIDE DU CONSEIL D'ÉTAT

On peut d'abord se réjouir que le Conseil d'État ait rappelé au Premier ministre certaines règles de *« forme »*, par le biais de cette annulation, qui sanctionne finalement la précipitation du gouvernement dans la mise en place prématurée d'un dispositif de *bonus-malus* incertain et impraticable.

Ainsi, le Premier ministre ne pouvait se précipiter pour adopter un décret instituant un dispositif de modulation insuffisamment réfléchi, tout en renvoyant la balle à un autre ministre, qui se trouvait ainsi tenu de rattraper les maladresses d'un dispositif inachevé dans sa réflexion, et de compléter ledit dispositif sur des éléments essentiels à son fonctionnement.

On regrette néanmoins la timidité de la Haute Cour administrative, en ce qu'elle n'a pas retenu, la violation par le dispositif de modulation, de principes essentiels tel que le principe d'égalité.

Le Conseil d'État nous explique dans son arrêt qu'un traitement différent selon les secteurs d'activité n'est pas une violation illicite du principe d'égalité, au motif que chaque secteur présente des particularités qui justifient qu'ils soient intégrés ou exclus au dispositif de *bonus-malus*.

Mais qu'en est-il de la discrimination indirecte et injustifiée créée par le dispositif, entre des entreprises qui appartiennent (artificiellement ou pas d'ailleurs) à des secteurs d'activités différents ? Pourquoi une entreprise qui abuserait du recours et des ruptures des contrats courts pourrait agir impunément au motif qu'elle fait partie d'un secteur d'activité qui échappe au dispositif de modulation ? Pourquoi une entreprise qui raisonnablement aurait recours à des contrats courts du fait des particularités de son activité (et pas nécessairement de celle du *« secteur d'activité »* auquel elle appartient), serait sanctionnée car elle appartient à un des secteurs d'activité soumis au dispositif de modulation ? Et cette même entreprise ne serait-elle pas incitée à se réorganiser pour appartenir fictivement à un secteur d'activité épargné par le dispositif de modulation ?

La mise en œuvre du *bonus-malus* n'a pas fini de générer des difficultés techniques et juridiques.

LA RÉACTION DU PREMIER MINISTRE : ENTRE PRÉCIPITATION ET PRÉCIPITATION

« Échouer, c'est avoir la possibilité de recommencer de manière plus intelligente » disait Henry Ford. Il est regrettable que le Premier ministre n'ait pas songé à appliquer cet adage. Loin de tirer les leçons de la sanction du Conseil d'État justifiée par la précipitation du Premier ministre, une semaine après le prononcé de la décision de la Haute Cour, un nouveau projet de décret[11] *« portant diverses mesures relatives au régime d'assurance chômage »* était déjà présenté, annonçant notamment que *« concernant le* bonus-malus *sur les contributions patronales d'assurance chômage, le présent décret rétablit les dispositions annulées par le Conseil d'État en les régularisant »* et précise que *« la première modulation sera applicable à compter du 1er mars 2022 »*.

Le nouveau projet de décret fixe au 1er janvier 2021, la date d'entrée en vigueur des dispositions relatives au

10. *CE, 25 nov. 2020, précité.*
11. *Projet de décret portant diverses mesures relatives au régime d'assurance chômage, NOR : MTRD2031278D.*

19341935.indd 6 16/12/2020 11:37:45

bonus-malus qui concernent la période de référence des données prises en compte pour calculer le taux de contribution modulé. Le texte prévoit que la première modulation des contributions en mars 2022, sera calculée au regard du taux de séparation constaté en 2021.

Il est en premier lieu surprenant de retenir l'année 2021 comme année de référence, s'agissant d'une année qui sera nécessairement impactée par la crise sanitaire liée à la Covid-19, laquelle a bouleversé l'économie générale des entreprises françaises.

Le projet de décret définit le taux de séparation moyen, compte tenu de la censure du Conseil d'État, comme *« la moyenne, sur la période de référence, des quotients par exercice de référence du nombre de séparations de l'ensemble des entreprises de onze salariés et plus du secteur, par le total des effectifs de ces entreprises »*.

Concernant son champ d'application, le projet de décret prévoit que le dispositif de bonus-malus est applicable *« aux employeurs de onze salariés et plus des secteurs d'activité* ***dans lesquels le taux de séparation moyen est supérieur au seuil de 150 %****. Un arrêté du ministre chargé de l'emploi précise pour une période de trois ans les secteurs d'activité concernés par référence à la nomenclature d'activités française mentionnée à l'article 1 du décret n° 2007-1888 du 26 décembre 2007… »*.

Le projet de décret confirme par ailleurs que l'affectation d'un employeur dans l'un des 38 secteurs d'activité est effectuée *« en fonction de l'activité économique principale qu'il exerce ou, le cas échéant, de son objet social, et de la convention collective à laquelle il est rattaché, selon les modalités fixées par arrêté du ministre chargé de l'emploi »*.

Peut-on considérer que cette multitude de critères justifiant l'appartenance d'un employeur à un secteur d'activité, sans hiérarchie entre eux, est suffisamment précise, pour ne pas subdéléguer au ministre chargé de l'Emploi, le soin de déterminer un élément pourtant essentiel du dispositif : les conditions d'appartenance d'une entreprise à un secteur d'activité ? Rien n'est moins sûr.

Enfin, de façon surprenante, le projet de décret prévoit que, *« à titre transitoire »*, pour les secteurs d'activité qui seront désignés, de 2022 à 2024, la période de référence est fixée entre le 1er janvier 2016 et le 31 décembre 2018.

Pourquoi avoir fixé arbitrairement, s'agissant d'un dispositif destiné à entrer en vigueur en 2022, une telle période de référence (2016-2018) ?

LE BILAN

Entre précipitation confirmée et zones d'ombre multiples, le gouvernement semble s'orienter tout droit vers une nouvelle bataille judiciaire que le Conseil d'État aura probablement la lourde tâche de trancher.

À quoi bon s'acharner sur un dispositif dont l'opportunité est plus que contestable ? Rappelons que ce dispositif de modulation si cher au Premier ministre, sera sans impact en termes de recettes pour l'assurance chômage. En outre, il est fort à parier qu'il n'aura pas non plus d'effet positif ou dissuasif sur les pratiques des entreprises (s'agissant notamment du recours aux contrats courts), à l'image des différents systèmes de modulation qui ont été autrefois adoptés.

Dans le cadre du contentieux contre le décret du 26 juillet 2019, le rapporteur public avait d'ailleurs fait valoir, pour justifier l'absence d'atteinte au principe d'égalité, que le dispositif de modulation ne présentait qu'un caractère très limité.

A contrario, il est certain que le fonctionnement de ce système de *bonus-malus* aura un coût significatif pour l'assurance chômage (ex : personnel nécessaire) et sera à l'origine d'un contentieux abondant initié par les entreprises sur leur affectation aux secteurs d'activité ou encore sur leur tarification. ■

19341935.indd 7 16/12/2020 11:37:45