



Paris, le 15 septembre 2017

## **PROJETS D'ORDONNANCES RELATIVES AU "RENFORCEMENT DU DIALOGUE SOCIAL" du 31 AOÛT 2017**

### **ENCORE PLUS DE LIBERTÉS ET DE SÉCURITÉ POUR LES ENTREPRISES ENCORE MOINS DE DROITS ET D'ACCÈS AU JUGE POUR LES SALARIÉS**

Les ordonnances réformant le Code du travail s'inscrivent dans la droite ligne des quatre Lois promulguées en la matière par le précédent gouvernement. Elles les parachèvent en allant beaucoup plus loin dans la remise en cause des droits des salariés.

On y relève un décalage frappant entre le discours du gouvernement, les ambitions affichées (Dossier de presse notamment) et le contenu de ces ordonnances ; Certaines dispositions constituent l'exact contraire des objectifs annoncés

Le gouvernement pensait-il possible que les français se contenteraient de prendre pour acquis ses discours et ne vérifieraient pas si le contenu des textes correspondait aux effets d'annonce ?

Ces vérifications ont été effectuées par un collectif d'avocats du Syndicat des avocats de France, praticiens du droit social engagés dans la défense des salariés.

#### **Les conclusions sont évidentes :**

Loin de constituer un arsenal destiné à "résorber" le chômage, cette nouvelle réforme préparée à nouveau dans la précipitation (comme en témoignent les multiples renvois erronés aux articles du code du travail) et sans considération des réalités du monde du travail, ne favorisera pas la reprise de l'économie et de l'emploi.

Loin d'être en faveur des TPE/ PME, elle bénéficiera surtout aux grandes entreprises et grands groupes.

Loin de favoriser le dialogue social, elle privera dans les faits les instances représentatives du personnel de moyens et limitera le champ et la qualité de leurs interventions et prérogatives.

Loin de créer de nouveaux droits pour les salariés, elle anéantira des jurisprudences qui leur étaient favorables tout en consacrant et généralisant des jurisprudences favorables aux entreprises.

En limitant l'accès au juge s'agissant des salariés et leurs représentants, il est à craindre que cette réforme ne conduise à des manifestations de violences au sein de l'entreprise et dans la société plus généralement.

Certaines dispositions sont potentiellement contraires aux principes constitutionnels, aux traités internationaux et européens signés par la France, ce qui démontre encore une fois, qu'elles ont été élaborées dans la précipitation et sans examen préalable de conformité avec ces normes supérieures.

Partant des objectifs affichés par le Gouvernement, le Syndicat des avocats de France propose ci-après une **analyse non exhaustive** des principales atteintes portées aux droits des salariés, relève des erreurs matérielles et explique en quoi certaines dispositions pourraient être regardées comme contraires aux principes constitutionnels, et au droit international et communautaire.

## ORDONNANCE 1 :

### RELATIVE AU RENFORCEMENT DE LA NÉGOCIATION COLLECTIVE OU RELATIVE AU RENFORCEMENT DU POUVOIR DE L'EMPLOYEUR ?

---

#### Titre 1 : Chapitres 1 et 2 : le rapport loi / accord de branche / accord d'entreprise

---

**« De nouvelles compétences pour les branches professionnelles permettant d'assurer davantage d'équité entre salariés d'un même secteur »** telle est l'ambition affichée par le Gouvernement sur ce point.

**FAUX** : Loin de réguler la concurrence et de protéger les salariés d'un même secteur d'activité, ce qui était initialement la finalité de la négociation de branche, **le système mis en place favorisera encore les grandes entreprises et ne pourra conduire qu'au développement d'un dumping social généralisé**

Pendant longtemps, le Droit du travail français était soumis à une hiérarchie des normes fondée sur le principe de faveur.

Ainsi, l'accord d'entreprise ne pouvait être que plus favorable au salarié que l'accord de branche, lequel ne pouvait être que plus favorable que la Loi. En cas de « concurrence » entre plusieurs textes relevant du même champ d'application, était appliquée la norme la plus favorable au salarié.

Ce principe de faveur a été affaibli au fil du temps, étape par étape, avec l'introduction progressive des accords dérogatoires.

Dans un premier temps, seuls les accords de branche pouvaient déroger défavorablement à la loi et ce, uniquement si celle-ci le prévoyait. Puis, il a été rendu possible dans certains domaines limités que l'accord d'entreprise puisse déroger à l'accord de branche, si celui-ci le prévoyait. Puis il a été admis, dans certains domaines, que l'accord d'entreprise puisse déroger à l'accord de branche si celui-ci ne l'interdisait pas (c'est ce qui a été communément appelé « l'inversion de la hiérarchie des normes »).

La loi du 8 août 2016 a établi, en matière de durée du travail et congés, un système en trois « blocs » : ordre public / champ de la négociation collective / dispositions supplétives (normes applicables en l'absence d'accord collectif).

Cette loi donnait également déjà la primauté aux accords d'entreprise sur les accords de branche, puisque dans de nombreux textes, dans la partie relative au champ de la négociation collective, était indiqué : « *une convention ou un accord d'entreprise ou, à défaut, une convention ou un accord de branche détermine...* ».

Elle organisait la répartition entre négociation de branche et négociation d'entreprise de la manière suivante (article L.2232-5-1 du Code du travail) :

- Dans 6 thèmes énumérés par la loi, la branche définissait les garanties applicables aux salariés relevant de son champ d'application,
- Dans tous les autres domaines, la branche pouvait définir les thèmes sur lesquels les accords d'entreprise ne peuvent être moins favorables que l'accord de branche, sauf lorsque la loi prévoit expressément la primauté de l'accord d'entreprise (c'est-à-dire les domaines relatifs à la durée du travail et au congés prévus comme tels comme évoqué ci-dessus).

**En synthèse, les partenaires sociaux de la branche déterminaient librement les domaines où ils souhaitaient bloquer la négociation d'entreprise.**

L'ordonnance va encore beaucoup plus loin :

- Les 6 thèmes dans lesquels l'accord d'entreprise ne peut être moins favorable que l'accord de branche sont portés à 11, mais en réalité, en énumérant ces thèmes :
  - Le Gouvernement ouvre à la branche la possibilité de modifier des règles **qui auparavant relevaient strictement du domaine législatif** : pour la première fois, la négociation collective (de branche) permettra par exemple de modifier la durée ou le nombre de renouvellement des contrats à durée déterminée ou pourra autoriser l'employeur à recourir au contrat de chantier,

**C'est donc plus le rapport entre accord de branche et loi qui est modifié ici et non le rapport entre accord de branche et accord d'entreprise ;**

- De plus, la négociation sur la pénibilité ne figure plus dans ces thèmes où l'accord de branche constitue nécessairement un socle auquel l'accord d'entreprise ne peut déroger dans un sens moins favorable
- Pire : l'ordonnance permet tout de même à l'accord d'entreprise de déroger dans les 11 domaines à l'accord de branche, à condition qu'il assure « des garanties au moins équivalentes », mais il n'est pas précisé ce que signifie l'expression « des garanties équivalentes », il n'est pas précisé non plus si cette condition sera appréciée davantage par avantage ou globalement au regard de l'accord considéré ;
- Les thèmes sur lesquels la branche peut limiter la possibilité de déroger dans un sens moins favorable (on parle de clauses de « verrouillage ») sont désormais limités à 4 (dont la pénibilité) alors qu'auparavant, la branche pouvait librement en décider ;
- Dans tous les autres domaines donc, désormais, l'accord d'entreprise primera sur l'accord de branche et sur la loi, sauf dispositions d'ordre public (exemple : les primes, les indemnités de licenciement etc.).

A noter de plus que les clauses de “verrouillage” déjà prévues dans des accords antérieurs devront pour perdurer être confirmées avant le 1<sup>er</sup> janvier 2019 et à défaut cesseront d'être applicables et ce, y compris pour les accords de branches conclus avant la loi de 2004, qui étaient automatiquement « verrouillés ».

Il est fort à craindre que, dans les faits, la partie patronale s'oppose à cette confirmation puisque les organisations syndicales n'ont rien à donner « en échange » contrairement à ce qui s'était passé au moment de la négociation de l'accord d'origine.

En clair, l'ordonnance vise à permettre aux accords d'entreprise de déroger, dans presque tous les domaines, à la loi et aux accords de branche.

Ceci est d'autant plus grave que les conditions de négociation et de validité des accords (cf. commentaires sur le Titre II Chapitre 1 de l'Ordonnance) et les conditions de contestation des accords renforcent le pouvoir et sécurisent grandement l'employeur, que par ailleurs, les conditions d'accès des salariés à l'information – indispensable pour permettre des négociations loyales - et les pouvoirs des représentants du personnel sont affaiblis (cf. commentaires sur l'Ordonnance 2) et enfin que les effets de l'accord d'entreprise sur le contrat de travail prive le salarié de tout pouvoir d'y résister individuellement (cf. analyse sur la fin de la primauté du contrat de travail, Ordonnance 1 article 3).

Ainsi, tout est fait pour que l'employeur puisse obtenir par la “négociation” ce qu'il ne peut décider unilatéralement, les salariés étant privés de tout moyen, de tout levier et de tout recours et ne disposant même plus dans la plupart des domaines du plancher de la loi ou de l'accord de branche pour défendre leurs droits.

Loin de réguler la concurrence et de protéger les salariés d'un même secteur d'activité, ce qui était initialement la finalité de la négociation de branche, le système mis en place favorisera encore les grandes entreprises et ne pourra conduire qu'au développement d'un dumping social généralisé.

**Mesures transitoires :**

- ***Clauses de verrouillage des conventions de branche (article 14):*** Dans les nouvelles matières où la branche peut interdire aux accords d'entreprises conclus postérieurement de déroger dans un sens moins favorable (prévention des risques professionnels, emploi des travailleurs handicapés etc.), si la branche a, avant la publication de l'ordonnance, déjà verrouillé certaines matières, **elle devra confirmer ce verrouillage avant le 1<sup>er</sup> janvier 2019.**
- ***Matières où l'accord d'entreprise prévaut toujours sur l'accord de branche sans possibilité de verrouillage (nouvel article 2253-3 – page 3) :*** Peu importe les dates de conclusion de l'accord d'entreprise et de l'accord de branche : les clauses de l'accord d'entreprise ayant le même objet que celles de la branche primeront dès la publication de l'ordonnance.

**« De nouveaux droits et de nouvelles protections pour les salariés »** tel est l'objectif affiché par le Gouvernement.

**FAUX** : Les nouveaux accords d'entreprise en cas de simples nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise pourront modifier les contrats de travail. En cas de refus, le salarié est « licencié pour cause réelle et sérieuse ».

**Des nouveaux droits ? des protections ? quid ?**

La Loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 avait introduit la possibilité pour l'employeur en cas de "graves difficultés conjoncturelles" de proposer aux organisations syndicales de signer un "accord de maintien de l'emploi" (articles L.5125-1 et suivants du Code du travail), permettant de modifier la durée du travail ou la rémunération des salariés.

En cas de refus par un ou plusieurs salariés de se voir appliqués les termes de l'accord à leur contrat de travail, le texte prévoyait que leur licenciement reposait sur un motif économique, prononcé selon les modalités d'un licenciement individuel pour motif économique et ouvrant droit à des mesures d'accompagnement que devait prévoir l'accord. L'obligation de reclassement devait être respectée.

La loi Macron du 6 août 2015 avait précisé qu'un tel licenciement " repose sur une cause réelle et sérieuse. L'employeur n'est pas tenu aux obligations d'adaptation et de reclassement prévues aux articles L. 1233-4 et L. 1233-4-1. Le salarié bénéficie soit du congé de reclassement prévu à l'article L. 1233-71, soit du contrat de sécurisation professionnelle prévu à l'article L. 1233-66."

Ainsi, le salarié licencié pour avoir refusé une baisse de rémunération ou une modification de sa durée du travail était licencié et privé de tout recours.

D'autres accords de même nature ont aussi été prévu dans la loi, notamment les accords de mobilité et les accords de préservation et de maintien de l'emploi

**L'article 3 du Chapitre 3 de l'Ordonnance** abroge tous les textes antérieurs relatifs à ces accords et crée un cadre juridique unique s'agissant des accords s'imposant au salarié.

Ainsi, désormais au seul motif de vouloir "**répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou en vue de préserver, ou de développer l'emploi**", l'employeur pourra proposer un accord d'entreprise visant à :

- Aménager la durée du travail, ses modalités d'organisation et de répartition ;
- Aménager la rémunération au sens de l'article L.3221-3 (à savoir "le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum et tous les autres avantages et accessoires payés, directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au salarié en raison de l'emploi de ce dernier")
- Déterminer les conditions de la mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise.

Les stipulations de l'accord se substituent de plein droit aux clauses contraires "ou incompatibles " (quid ?) du contrat de travail.

Si le salarié "peut" (une chance...) refuser la modification de son contrat de travail, le texte ne prévoit pas l'application de l'article L.1222-6 du Code du travail relatif aux modalités de proposition d'une modification pour motif économique : ici il n'est pas précisé que l'employeur aurait l'obligation d'adresser au salarié une proposition écrite par lettre recommandée AR, mais seulement que le salarié "dispose" d'un délai d'un mois pour faire connaître son refus par écrit à l'employeur "à compter de la date à laquelle ce dernier a communiqué dans l'entreprise sur l'existence et le contenu de l'accord" !

Quid s'agissant du salarié qui n'aurait pas eu l'information ? Ou qui était absent ?

Et l'ordonnance va encore plus loin que les lois Macron et El Khomri puisque cette fois, il est indiqué que le licenciement du salarié refusant la modification de son contrat de travail "*ne constitue pas un licenciement pour motif économique et repose sur une cause réelle et sérieuse.*"

Seule la **procédure** du licenciement individuel pour motif économique reste applicable (articles L.1233-11 à L.1233-15 du Code du travail).

En outre, il n'est pas prévu que le salarié licencié dans ce cadre puisse bénéficier d'un congé de reclassement ou d'un contrat de sécurisation professionnelle comme c'était le cas auparavant avec les accords de maintien de l'emploi par exemple. Il est simplement prévu que le salarié licencié peut s'inscrire comme demandeur d'emploi et être indemnisé et que l'employeur abondera son compte personnel de formation dans des conditions fixées par décret.

Il faut également souligner aujourd'hui le recul considérable en matière de droits des salariés de disposer d'informations justifiant la mise en œuvre d'accords de cette nature ; auparavant, et malgré des reculs, les dispositions législatives relatives aux accords de maintien de l'emploi prévoyaient :

- L'obligation de transmettre aux organisations syndicales toutes les informations nécessaires à l'établissement d'un diagnostic partagé entre l'employeur et elles sur les graves difficultés conjoncturelles de l'entreprise,
- La possibilité pour les représentants du personnel d'être accompagnés par un expert-comptable mandaté par le CE (L.5125-1),
- L'obligation de faire figurer en préambule les objectifs de l'accord sous peine de nullité de l'accord.

Aucune de ces obligations d'information n'a été reprise dans l'ordonnance publiée.

Précisons que l'affirmation par avance du caractère réel et sérieux du licenciement, qui empêche de facto au salarié de contester son licenciement, nous paraît non seulement contraire à l'article 4 de la Convention 158 de l'OIT, mais également directement contraire à la Charte Européenne des Droits sociaux.

Rappelons que la France a signé, puis ratifié la Charte le 07/05/1999, qui est donc applicable en France depuis cette date en son intégralité.

L'article 24 de la charte sociale européenne dispose :

*« En vue **d'assurer l'exercice effectif du droit à la protection en cas de licenciement**, les Parties s'engagent à reconnaître : / a. le droit des travailleurs à ne pas être licenciés sans motif valable lié à leur aptitude ou conduite, ou fondé sur les nécessités de fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service ; / b. le droit des travailleurs licenciés sans motif valable à une indemnité adéquate ou à une autre réparation appropriée. / A cette fin les Parties s'engagent à assurer qu'un travailleur qui estime avoir fait l'objet d'une mesure de licenciement sans motif valable ait **un droit de recours contre cette mesure** devant un organe impartial »*

Il semble manifeste que toutes les dispositions des ordonnances aboutissant à ce que le travailleur n'ait aucun droit de recours pour contester son licenciement devant un organisme impartial sont directement contraires à l'article 24 de la Charte.

Cette disposition européenne peut être directement invoquée devant les tribunaux nationaux d'autant que le Conseil d'Etat a indiqué dans un arrêt récent, que l'article 24 était d'application directe devant nos tribunaux et s'imposait au juge national :

*« que ces stipulations ( article 24 invoqué), dont l'objet n'est pas de régir exclusivement les relations entre les Etats et qui ne requièrent l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers, peuvent être invoquées utilement par M. B...pour contester la légalité des articles 7 et 15 de la décision contestée »* (Conseil d'Etat 10 février 2014 n° 359892 publié au Recueil Lebon)

Comme pour le barème (voir commentaires qui suivent sur l'ordonnance 3) invoquer ce texte européen doit permettre d'écarter l'application de la cause réelle et sérieuse par avance constatée par le législateur.

Le fait que la rupture du contrat résulte du refus par le salarié de voir modifier son contrat de travail par un accord collectif ne saurait suffire à justifier cette atteinte au droit fondamental de contester son licenciement : les signataires des accords collectifs, même s'ils sont représentatifs n'ont pas le mandat de représenter individuellement les salariés (c'est la différence entre représentativité et représentation). Une décision collective ne peut priver un salarié des droits individuels qu'il tient de son contrat de travail qui tient lieu de Loi avec son employeur.

En clair, ces nouvelles dispositions mettent fin à la primauté du contrat de travail sur les accords collectifs et consacrent dans la loi les licenciements intervenus dans ce cadre comme ayant une cause réelle et sérieuse réduisant ainsi considérablement la place et le rôle d'appréciation par le juge de leur bien-fondé.

**“De nouveaux droits et de nouvelles protections pour les salariés” tel est l’objectif affiché par le Gouvernement.**

**FAUX : Les nouvelles règles de contestation des accords feront que des accords illicites (mais non contestés dans les deux mois) s’imposeront définitivement aux salariés.**

### **De quels nouveaux “ droits” parle-t-on ?**

L’article 4 de l’ordonnance 1 prévoit que les nouveaux accords sont “présumés négociés et conclus conformément à la Loi, il appartient à celui qui conteste sa validité d’apporter la preuve qu’il n’a pas été négocié ou conclu conformément à la Loi (article L 2262-13 nouveau).

Non seulement, il sera plus difficile pour un syndicat ou un salarié de contester la validité d’un accord - il s’agit là d’une consécration et d’une généralisation de jurisprudences rendues en 2015 et 2016 selon lesquelles des accords catégoriels ou d’établissements seraient présumés conformes au principe d’égalité -, mais quand bien même l’accord comporterait une illégalité flagrante, le projet d’ordonnance ajoute un nouveau délai de contestation de deux mois, à l’issue duquel l’accord devient inattaquable puisque ce délai doit être respecté, à peine d’irrecevabilité.

Les “accords” sont désormais présumés avoir été négociés conformément à la Loi. Ce, alors qu’ils peuvent avoir été validés sans aucune négociation par la validation d’une décision unilatérale par référendum.

Ils sont définitivement applicables, s’ils ne sont pas attaqués dans un délai de deux mois.

**Passé ce court délai, des accords illégaux, voire contraires aux conventions internationales, pourront survivre et continuer de s’imposer aux salariés et modifier leurs contrats de travail.**

Curieusement, ce délai de deux mois court à compter de la publicité de l’accord, alors que les salariés peuvent ignorer que l’accord modifiera leur contrat de travail. Les accords illégaux s’imposeront aux salariés, sans que les salariés ne puissent invoquer leur illégalité.

L’accord d’entreprise devient plus inattaquable qu’un règlement ou qu’une loi, qui peuvent être contestés sans limitation de délai.

Les modalités restreintes de contestation des accords permettront la vie dans les entreprises de normes illégales.

Et quand bien même un syndicat ou un salarié parviendrait à faire reconnaître la nullité de tout ou partie d’un accord, l’Ordonnance précise que le juge pourra limiter les effets de cette annulation en cas, selon le texte, de “*conséquences manifestement excessives*”, par exemple en précisant que cette annulation ne produira ses effets que pour l’avenir. Il s’agit là à l’évidence d’une réaction directe aux décisions ayant conduit à l’annulation de clauses de forfaits jours et aux nombreuses demandes de régularisation d’heures supplémentaires qui ont suivi. L’objectif du Gouvernement est donc ici de sécuriser les entreprises, même lorsque la loi a été violée et que les droits des salariés ont été bafoués.

A l’issue du nouveau délai très court de contestation de deux mois, l’accord, même illégal, est présumé valable et devient inattaquable puisque ce délai doit être respecté, à peine d’irrecevabilité.

### **Mesures transitoires :**

- **Prescription de 2 mois pour agir en annulation d’une convention ou d’un accord collectifs (article 13) :** La prescription nouvelle est applicable aux accords conclus postérieurement à l’ordonnance. Le texte ajoute que les actions en justice engagées avant l’entrée en vigueur de l’ordonnance restent soumises à la loi ancienne, ce qui semble redondant puisque, par définition, ces actions portent sur des accords collectifs conclus antérieurement à l’ordonnance.

**“ Permettre très rapidement, aux acteurs du dialogue social et économique d'avoir tous les leviers pour négocier des règles qui prennent mieux en compte les attentes des salariés comme les besoins des entreprises “ ; tel est l'ambition affichée par le Gouvernement sur ce point.**

**FAUX** : Les “acteurs” du “dialogue” côté salariés n'auront certainement pas tous les leviers pour négocier les accords d'entreprises comme le prétend le Gouvernement.

**Les nouvelles dispositions consacrent même la possibilité de conclure des accords d'entreprises sans réelle négociation préalable.**

Le Gouvernement se prévaut d'une simplification de la négociation en entreprise en permettant à l'employeur de « négocier » sur tous les thèmes prévus au Code du travail et ce, même sans élu ou salarié mandaté dans les TPE de moins de 20 salariés. En réalité :

- Il institue des accords conclus sans aucun pourparlers préalables **dans les entreprises jusqu'à 20 salariés (A)**,
- Et sans pourparlers équitables **dans les entreprises de plus de 20 et moins de 50 salariés (B)**
- L'employeur d'une entreprise de moins de 50 salariés n'aura plus l'obligation d'informer les organisations syndicales représentatives de la branche de la négociation en cours. (Abrogation de la version actuelle de l'article L.2232-21 du code du travail).
- **Dans les entreprises de plus de 50 salariés**, pour “faire passer” un projet d'accord rejeté par la majorité des organisations syndicales représentatives, l'employeur peut désormais recourir au référendum (Article 10 I modifiant l'article L.2232-12 du Code du travail) **(C)**

**Plus l'entreprise est petite et plus la « négociation » est aisée pour l'employeur**

#### **A. Dans les entreprises de moins de 20 salariés**

- Dans les entreprises comptant jusqu'à 20 salariés (nouveaux articles L.2232-21 L. 2232-22 et L. 2232-23), l'employeur peut conclure un « accord » sans discussion sur le contenu avec aucun interlocuteur, si son projet est approuvé par la majorité des 2/3 du personnel.
- L'employeur peut consulter son personnel par référendum (des 2/3) sans être tenu de fournir la moindre information ou documentation, les salariés sont consultés sans ressource de vérification sur les motifs de l'accord par exemple.
- L'employeur n'aura plus dans cette situation à "négocier" avec les salariés dès la présentation du projet de l'accord au personnel, la consultation peut être organisée (article L.2232-21 et L.2232-23 nouveaux) sans que les salariés n'aient toujours eu le temps et la possibilité d'être accompagnés et conseillés par les OS :
- L'employeur pourrait renouveler sa consultation autant de fois qu'il le souhaite, en cas d'échec des précédentes à réunir une majorité des deux tiers du personnel ;
- La conclusion d'accord collectif par référendum devient possible selon la lettre de l'ordonnance pour *“tous les thèmes ouverts à la négociation collective par le présent code”*. Le périmètre de modification des avantages collectifs de la branche par référendum est **sans limite, excepté ce que la loi fixe sans dérogation possible.**

L'acte juridique créé sans négociation n'est pas un accord au sens d'accord négocié comme s'en vante le gouvernement. C'est une décision unilatérale de l'employeur postérieurement validée. La manipulation langagière de la promotion du dialogue social est évidente. Pour qu'il y ait dialogue, il faut des discussions sur le contenu du texte et donc de véritables négociations. Ce recours au référendum est d'abord contraire à l'article 8 du préambule de la Constitution « tout salarié participe par l'intermédiaire de ses délégués à la détermination de ses conditions de travail » ce qui suppose des délégués participant à la négociation.

L'appartenance ou le mandat syndical garantit l'indépendance du négociateur vis-à-vis de l'employeur, comme l'élection l'oblige à rendre des comptes à sa base électorale. Cette indépendance et l'obligation de rendre des comptes sont le gage d'une négociation loyale et d'une véritable démocratie sociale.

Sans indépendance, sans la représentation de l'intérêt collectif, toutes les pressions sont permises, possibles et donc à craindre.

### **B- Dans les entreprises de plus de 20 salariés et moins de 50, aucune facilité nouvelle n'est accordée aux salariés élus ou leurs représentants pour négocier ; l'asymétrie est patente :**

- Chaque élu négociateur, ou salarié mandaté à cette fin, ne disposera que de 10 heures par mois pour "négocier" quand l'employeur pourra y consacrer le temps qu'il juge nécessaire (Art. L. 2232-27 nouveau) ;
- Aucun budget n'est alloué à l'élu pour soutenir ses vérifications et travaux, à la différence de l'employeur qui a pu confier la préparation de l'accord à son comptable ou à son avocat sur le budget de l'entreprise ;
- Dans cette durée de 10 heures mensuelles, l'élu du personnel ou le salarié mandaté devra d'abord constituer sa documentation sur l'entreprise et le projet de l'employeur afin de pouvoir négocier en connaissance de cause. Aucune liste de pièces comptables, ou autres, n'est prévue par l'ordonnance, cette liste est laissée à l'appréciation de l'élu ou salarié mandaté et devra être négociée avec l'employeur !
- Dans cette durée de 10 heures mensuelles, l'élu ou salarié mandaté devra encore lire cette documentation et éventuellement préparer une contre-proposition à l'employeur ;
- Dans cette durée il devra aussi caler une information aux autres salariés, avant le vote sur le projet final,
- L'accord est conclu à la **majorité des suffrages exprimés** et non à la majorité des  $\frac{2}{3}$  du *personnel*, ce qui pourrait se traduire par la validation d'un " accord" par une infime minorité du personnel en cas d'abstention massive ou de vote nul. A dessein, le gouvernement n'a pas choisi de valider ces accords par une véritable majorité du personnel.

**Le Gouvernement organise donc une négociation factice dans les entreprises de moins de 50 salariés et leurre l'opinion quand il affiche pour ambition de développer le dialogue social.**

**C- Dans les entreprises de plus de 50 salariés, l'employeur peut désormais recourir au référendum pour faire valider par une majorité de votants, sans condition de participation minimale, un projet d'accord rejeté par les organisations syndicales majoritaires :**

**Selon le Gouvernement :**

**“ Pour la première fois, une réforme du Code du travail qui donne la priorité aux TPE et aux PME”.**

**FAUX :** Les grandes entreprises sont, encore, les grandes bénéficiaires de ces nouvelles règles.

**“ De nouvelles garanties pour les syndicats et les élus du personnel qui s'engagent dans le dialogue social”** affirme le gouvernement !

**FAUX :** Le recours au référendum en cas de rejet par les organisations syndicales majoritaires est contraire au principe de liberté syndicale, mais également au dialogue social.

En effet, si par exemple le projet d'accord n'est signé que par des Organisations syndicales représentant seulement 30% des suffrages exprimés (donc non signé par les Organisations Syndicales représentant 70 % des suffrages), l'employeur peut recourir au référendum, y compris par voie électronique, pour valider son projet d'accord.

**Ce projet d'accord devient applicable si les salariés ratifient le projet à la majorité de suffrages exprimés, ce même si plus de 50% des inscrits n'ont pas voté** (article 10 modifiant l'article L 2232-12 du code du travail).

Il suffit que les organisations minoritaires ne s'y opposent pas (les mêmes qui ont signé).

Concrètement, dans une entreprise de 1000 salariés, en cas de projet d'accord non signé par les organisations syndicales représentant 70 % de suffrages, l'employeur pourra faire voter (même par voie électronique) les salariés. Si seulement 200 salariés votent, (les autres s'abstenant) et que 101 salariés s'expriment en faveur de l'acte, celui-ci devient un accord d'entreprise pouvant modifier les contrats de travail de l'ensemble des salariés.

C'est le parachèvement de la Loi El Khomri qui prévoyait déjà que dans le cas d'un accord minoritaire signé par 30 % des Organisations syndicales représentatives, celles-ci puissent avoir recours au référendum. **A la différence essentielle que l'employeur peut désormais y recourir aussi.**

En outre, cette technique de recours au référendum, en cas de refus des Organisations syndicales majoritaires de signer, est contraire au principe de liberté syndicale, consacré par la Constitution et la Convention 87 de l'OIT ; l'employeur ne doit rien faire qui porte atteinte à cette liberté. Il ne peut négocier avec des élus que si cela « *n'a ni pour objet ni pour effet de faire obstacle à l'action des organisations syndicales représentatives* » (décision du Conseil constitutionnel 96-383 DC 6 novembre 1996).

A fortiori, le recours au référendum par l'employeur en présence du refus des organisations syndicales majoritaires porte ainsi directement atteinte à l'action syndicale majoritaire et à la liberté syndicale.

Dans les entreprises de plus de 50 salariés, l'employeur pourra faire valider par une minorité de salariés un accord contraire ou défavorable aux clauses individuelles du contrat, et ce même en présence d'une opposition des organisations syndicales représentatives majoritaires et sans dialogue social.

Pour les sous-traitants sommés de satisfaire les donneurs d'ordre, l'argument des avantages conventionnels non-susceptibles de dérogations est tombé : la concurrence entre entreprises de la branche par le coût du travail est libérée voire exacerbée et entraînera nécessairement un nivellement par le bas des conditions de travail des salariés.

## ORDONNANCE 2

**RELATIVE A LA NOUVELLE ORGANISATION DU DIALOGUE SOCIAL ET ÉCONOMIQUE DANS L'ENTREPRISE ET FAVORISANT L'EXERCICE ET LA VALORISATION DES RESPONSABILITÉS SYNDICALES OU REDUCTION DES MOYENS ET AFFAIBLISSEMENT ET DILUTION DES PREROGATIVES DES INSTITUTIONS REPRESENTATIVES DU PERSONNEL ?**

---

### **2.1. Article 1 du Titre 1<sup>er</sup>: La fusion des institutions représentatives du personnel :**

---

#### **2.1.1. DP + CE+ CHSCT = CSE unique.**

##### **Remarques générales sur les conséquences néfastes de la fusion**

**“ De nouvelles garanties pour les syndicats et les élus du personnel qui s'engagent dans le dialogue social” affirme le Gouvernement.**

**Faux : C'est l'inverse : le nouveau système affaiblit le pouvoir des instances.**

Le projet phare de l'Ordonnance n°2 est la fusion des délégués du personnel (DP), du Comité d'entreprise (CE) et du Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) en un seul Comité social et économique (CSE).

Là où la fusion sous la forme de délégation unique du personnel (DUP) était possible « à la carte » elle devient obligatoire.

Curieuse volonté de promouvoir la négociation puisque là où la loi prévoyait la nécessité d'un accord d'entreprise négocié avec les organisations syndicales pour la fusion (entreprise de + de 300 salariés) les ordonnances la rendent obligatoire, quelle que soit la taille de l'entreprise.

A noter que les mesures transitoires prévoient même que les mandats prennent fin au plus tard le 31 décembre 2019 afin de permettre une mise en œuvre rapide de la nouvelle instance fusionnée.

Même la dénomination rappelle celle des organismes paritaires (CESER) qui sont consultés de façon purement formelle et sans impact sur les décisions qui leur sont soumises.

La nouvelle appellation (CSE) efface surtout toute référence aux notions de santé et de conditions de travail

Ce regroupement a en réalité pour objectif « d'institutionnaliser » le dialogue social en l'éloignant des acteurs et en prétendant gommer les conflits inhérents aux relations de travail.

#### **A – L'éloignement ou la disparition des « représentants du personnel »**

Les notions et attributions des délégués du personnel, des membres du CHSCT et des membres du Comité d'Entreprise sont par nature différentes et c'est la raison pour laquelle la notion même d'établissement est différente pour les délégués du personnel, le CHSCT et le Comité d'Établissement ou d'Entreprise. Ce qui permet une représentation du personnel adaptée aux attributions de chaque instance.

La fusion des IRP en un seul CSE interdit de facto cette adaptation et privilégie bien évidemment une notion d'établissement distinct restrictive, centrée sur l'autonomie de gestion du responsable de l'établissement, afin d'éloigner les élus du terrain. (Article L. 2313-4 nouveau p. 28)

Les prérogatives et attributions des DP et membres du CHSCT qui devaient être élus au plus proche des sites de travail, cultivaient la proximité, et la connaissance des problèmes des salariés au quotidien vont se retrouver diluées au sein du CSE. Le pouvoir unilatéral de l'employeur s'en retrouvera renforcé.

## **B – La primauté à « l'économie » :**

Confirmant les évolutions amorcées depuis 2013 et les accentuant, la création du CSE a pour objectif, sous une prétendue association des représentants du personnel, de leur faire partager, mais surtout accepter ou intégrer, la vision économique et stratégique de l'employeur et de faire passer au second plan la défense des intérêts des salariés.

Tout doit être analysé de façon « collective » non au sens du collectif des salariés mais d'un agrégat de l'entreprise dans laquelle le collectif des salariés constitue un élément parmi d'autres.

Cette structure conduit à supprimer les « revendications et réclamations » des salariés dans leur unité de travail ou pris individuellement, de supprimer la valeur contractuelle des engagements de l'employeur repris dans le cadre du contrat de travail au profit d'une vision désincarnée des composantes de l'entreprise.

## **C – La négation de l'humain :**

Jusqu'en 1982, les problèmes de santé et de sécurité au travail étaient confiés à une commission du Comité d'Entreprise.

Cela permet de mesurer le modernisme de la fusion en sein du CSE !!...

Si le CHSCT a été créé en 1982 c'est sur la base d'une analyse, tenant compte de l'expérience et de l'insuffisance des moyens d'actions des représentants du personnel sur l'amiante par exemple, d'un conflit potentiel entre deux valeurs essentielles.

Le droit du travail est un droit inégalitaire au motif que l'employeur est le représentant du propriétaire de l'entreprise.

C'est ce droit de propriété privé, considéré comme constitutionnel, qui permet à l'employeur d'exercer ce pouvoir de subordination, et cette relation déséquilibrée.

Face à ce pouvoir « exorbitant », le CHSCT a été doté d'un contre-pouvoir réel, le seul existant dans l'entreprise, lui aussi exorbitant, en raison de ses compétences en matière de protection de la santé.

Indépendamment de toutes considérations économiques, parce que la seule valeur en principe supérieure à la propriété privée c'est la vie et donc la santé, le CHSCT a la possibilité d'agir en amont mais aussi en aval au plus près des salariés, à travers la suppression ou suspension du pouvoir de subordination (droit d'alerte, droit de retrait) ou de créer des obligations de faire (expertise, plan de prévention, obligation de résultats ou de moyens renforcés).

En éloignant les membres du CHSCT du terrain, en les déspecialisant au profit d'une vision globale de l'entreprise et des choix économiques qu'elle fait, le message est clair « la santé passe après les profits ».

La création de commissions « conditions de travail » au sein des CSE pour les entreprises comptant au moins 300 salariés, ou la possibilité de décentralisation « *des représentants du personnel* », soumises au bon vouloir de l'employeur, ne constitue qu'une tentative d'enfumage.

De plus, il sera beaucoup plus difficile pour les élus en charge de la santé et la sécurité des salariés, s'ils ne sont plus qu'une commission, d'obtenir qu'une décision soit prise (par exemple pour voter une expertise en cas de projet important) puisqu'il leur faudra obtenir le vote d'une majorité des titulaires y compris ceux qui ne font pas partie de la commission, là où le CHSCT prenait ses décisions de manière autonome.

## **D – La diminution des moyens et de l'autonomie :**

La fusion des DP (qui assurent la défense quotidienne des salariés), du CE (spécialisé sur les questions économiques), et du CHSCT (spécialisé sur les problématiques liées à la santé et à la sécurité), entraînera sans aucun doute une perte significative des compétences.

Ce d'autant plus qu'elle conduira corrélativement d'une part à une diminution du nombre d'élus (et donc du nombre d'opinions, de discussions et de débats) et d'autre part à une augmentation de la charge de travail, qui ne sera, bien entendu, pas compensée par un accroissement des heures de délégation, mais au contraire assortie d'une baisse de celles-ci.

A cela s'ajoute une diminution du nombre de réunions, dans les entreprises de plus de 300 salariés, puisque l'on passe d'un minimum légal de 12 réunions du CE (une par mois) et 4 réunions du CHSCT (une par trimestre) à 12 réunions du CSE dont 4 consacrées aux matières de l'ancien CHSCT, soit de 16 réunions annuelles à 12 réunions annuelles (article L 2315-27 nouveau de l'ordonnance 2). Étant précisé que ces réunions pourront se dérouler par visioconférence (article L. 2315-4 nouveau).

La charge de travail sera aussi aggravée par le texte de l'ordonnance 2 qui dispose que « *le suppléant assiste aux réunions en l'absence du titulaire* » (article L. 2314-1 alinéa 2 nouveau). Ce qui signifie à contrario, qu'en présence du titulaire, le suppléant n'assistera pas aux réunions du nouveau CSE, soit une délégation du personnel divisée par deux. Cette disposition permet également d'empêcher les suppléants d'accéder au même niveau d'information et d'expérience que les titulaires et donc d'être réactifs et efficaces lorsqu'ils remplacent ces derniers ponctuellement.

Dans le même temps (et pourquoi s'en priver ?), cette Ordonnance prévoit une compression des heures de formation, puisque par exemple le renouvellement de la formation économique des élus à chaque mandature disparaît.

Bien évidemment, cette réforme n'ayant pas vocation à porter atteinte à la toute-puissance patronale, cette fusion s'accompagnera d'une réduction de facto des moyens financiers des IRP afin qu'il leur soit plus difficile de recourir à une aide extérieure via des experts. **(cf. 2.1.5)**

Ainsi, dans l'hypothèse où le présent projet d'Ordonnance serait publié, étant donné le temps et le budget limités alloués aux élus du CSE, ces derniers seront sans aucun doute amenés à devoir faire un choix périlleux entre la défense individuelle des salariés, la défense sociale et économique de la collectivité de travail et la défense de la santé des travailleurs.

Enfin, les commissions du CSE, qui sont des lieux de travail et de réflexion des représentants du personnel pour s'approprier les dossiers, préparer les discussions avec l'employeur seront désormais automatiquement présidées par le représentant de l'employeur qui aura donc en conséquence, seul le pouvoir d'organisation des réunions et ce que l'on appelle « *la police* » de la réunion encadrant ainsi le travail et la liberté des représentants du personnel.

« *Le dialogue social* », « *la valorisation des responsabilités syndicales* », tant de formules mensongères utilisées par le Gouvernement dans l'unique but de cacher que cette ordonnance favorise l'opacité sur la transparence, les pleins pouvoirs à l'employeur sur les droits des salariés.

C'est ce qui ressort manifestement de l'analyse des nouveaux articles issus du projet d'Ordonnance ci-après sélectionnés pour leur particulière dangerosité.

### **2.1.2. Un durcissement des seuils déterminant la mise en place et les attributions des institutions représentatives du personnel** (Chapitre I et Chapitre II Section 1 du Titre I du Livre III de la 2<sup>ème</sup> Partie du Code du travail)

Selon la rédaction actuelle du code du travail, les seuils de mise en place des IRP sont atteints si l'effectif de l'entreprise compte au moins 11 salariés (pour les DP) ou au moins 50 salariés (pour le CE et le CHSCT) « *pendant 12 mois, consécutifs ou non, au cours des 3 années précédentes* ».

Aux termes de la nouvelle rédaction de l'article L. 2311-2 du code du travail, concernant la mise en place du CSE à compter de 11 salariés et de l'article L. 2312-2 concernant les attributions du CSE dans les entreprises d'au moins 50 salariés, le franchissement de ces seuils sera apprécié sur une période de « *12 mois consécutifs* ».

S'il y a simplification, c'est au détriment de la représentation des salariés en ce qu'elle complique particulièrement le franchissement des seuils. Par exemple, une entreprise saisonnière qui serait aujourd'hui obligée de mettre en place des IRP en cas de franchissement des seuils sur 12 mois non consécutifs au cours d'une période de 3 ans serait aujourd'hui dispensée d'une telle obligation si ces effectifs pendant la basse saison sont inférieurs auxdits seuils.

De manière générale des entreprises qui auraient été dans l'obligation de mettre en place des DP avant cette ordonnance, vont rester sans représentation du personnel ou avec une instance aux attributions restreintes. Cette mesure est d'autant plus préjudiciable qu'aux termes de l'Ordonnance n°1, il sera désormais possible, dans ces entreprises de moins de 11 salariés, de signer des accords d'entreprise sur des thèmes aussi importants que le temps de travail ou le salaire, directement avec les salariés alors même que ceux-ci n'ont aucune formation juridique, aucun soutien syndical, mais surtout aucune protection contre le licenciement, ce qui facilite beaucoup la négociation... pour l'employeur.

Pire, ce nouveau mode de calcul facilite le contournement par l'employeur de la mise en place du CSE puisqu'il suffira d'une baisse d'effectifs durant un seul et unique mois pour remettre à zéro le décompte du franchissement des seuils. Loin d'atténuer l'effet de seuil tant décrié par ses auteurs, cette ordonnance l'aggrave en ce qu'il permet aux employeurs désireux d'éviter la mise en place d'un contre-pouvoir au sein de leur entreprise, d'y parvenir plus facilement.

Par ailleurs, en cas de franchissement du seuil de 50 salariés, l'employeur disposera d'un délai d'un an à compter de celui-ci pour se conformer à l'intégralité de ses obligations récurrentes d'information/consultation. Un aménagement bienvenu pour l'employeur au détriment cette fois de l'information de la collectivité de travail.

Loin de renforcer le dialogue social, l'Ordonnance n°2 porte atteinte, subrepticement, aux droits des salariés à la détermination collective des conditions de travail et à la gestion de l'entreprise par l'intermédiaire de leurs représentants (article 8 du Préambule de la Constitution de 1946).

### **2.1.3. La disparition du droit d'alerte DP dans les entreprises de moins de 50 salariés** (Chapitre II Section 2 du Titre I du Livre III de la 2<sup>ème</sup> Partie du Code du travail)

Il n'y a aucune raison pour que les salariés de petites entreprises soient privés de la protection de leurs droits et libertés fondamentaux, tels que la liberté d'expression, la liberté religieuse ou le droit à la santé et au repos, le droit à une vie privée et familiale ou le droit à la non-discrimination.

Pourtant, dans cette ordonnance, ce droit d'alerte n'apparaît pas dans les attributions du CSE au sein des entreprises de moins de 50 salariés. Si l'on en croit la rédaction du projet d'ordonnance, il devrait être purement et simplement supprimé.

Comment une telle suppression peut-elle se justifier ? Ce d'autant plus que l'actuel article L. 2313-2 affiche pour priorité le « *dialogue social* », si cher en apparence au gouvernement, en ce qu'il prévoit tout d'abord une enquête conjointe de l'employeur et du délégué du personnel.

Loin de favoriser le dialogue, cette disparition contribuera à isoler, encore un peu plus, les salariés des petites entreprises.

### **2.1.4. Droit d'alerte économique** (Chapitre II Sous-Section V Paragraphe 4 du Titre I du Livre III de la 2<sup>ème</sup> Partie du Code du travail)

Le droit à expertise en cas d'exercice du droit d'alerte économique du comité économique et sociale lorsqu'il « *a connaissance de faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de l'entreprise* » n'est plus financé entièrement par l'employeur.

En effet, aux termes de l'Ordonnance, l'article L.2312-64 est rédigé de la façon suivante : « *Le comité social et économique ou la commission économique peut se faire assister, une fois par exercice comptable, de l'expert-comptable prévu à l'article L. 2313-121 [référence erronée dans le texte] convoquer le commissaire aux comptes et s'adjoindre avec voix consultative deux salariés de l'entreprise choisis pour leur compétence et en dehors du comité social et économique. Ces salariés disposent de cinq heures chacun pour assister le comité ou la commission économique en vue de l'établissement du rapport prévu à l'article L. 2312-79. Ce temps est rémunéré comme temps de travail.* »

Or, l'article L.2315-75 qui traite du financement de l'expert par l'employeur ne fait pas référence au droit d'alerte économique du comité social et économique : « *Lorsque le comité social et économique décide du recours à l'expertise, les frais d'expertise sont pris en charge :*

- *Par l'employeur concernant les consultations prévues par les articles L. 2315-86, L. 2315-88, au 3° de l'article L. 2315-89 et au 1° de l'article L.2315-93 ;*

- *Par le comité, sur son budget de fonctionnement, à hauteur de 20%, et par l'employeur, à hauteur de 80%, dans les autres cas, notamment concernant la 59 consultation prévue à l'article L. 2312-85 et les consultations ponctuelles hors celles visées au précédent alinéa ».*

L'article L.2313-121 auquel fait référence l'ordonnance pour l'expertise dans le cadre du droit d'alerte économique reste d'ailleurs introuvable, et la numérotation étonnante. Il reste donc une forte incertitude sur le financement de cette expertise. Espérons une erreur de « plume ».

La suppression ou la diminution du financement de l'expertise du droit d'alerte du comité économique et social ruinerait dans les faits les possibilités d'exercer ce droit car le budget du comité économique et social ne sera pas augmenté (cf. 2.1.7 ci-après relatif à l'asphyxie financière des instances).

**Ce droit d'alerte est pourtant essentiel car il contribue à la prévention en amont des problèmes économiques et des licenciements.**

### **2.1.5. Election du CSE** (*Chapitre IV Section 2 du Titre I du Livre III de la 2<sup>ème</sup> Partie du Code du travail*)

Remarque générale : Dans le dossier de presse, aucune information sur les élections professionnelles.

Cette partie contient néanmoins elle aussi des détails qui satisferont les employeurs, par exemple :

- Dans les entreprises entre 11 et 20 salariés, il faut qu'un salarié se soit porté candidat par lettre recommandée avec AR, alors que l'employeur peut informer « par tout moyen » les syndicats de l'organisation de l'élection. A contrario, les syndicats ne sont-ils plus obligatoirement informés ? cela constitue une atteinte au principe de participation et à la liberté syndicale.
- Le protocole d'accord préélectoral, qui comme son nom l'indique devrait ne porter que sur les élections, pourra désormais également "*modifier le volume des heures individuelles de délégation*" (Article L 2314-7 nouveau)
- Désormais, quand un procès-verbal de carence est établi, les organisations syndicales ou les salariés ne pourront demander l'organisation de nouvelles élections avant l'expiration d'un délai de six mois.
- Sur les collèges électoraux, en l'absence d'organisation syndicale représentative lors de la négociation du protocole, l'employeur pourra décider seul de la répartition du personnel et des sièges dans les collèges...
- L'organisation d'un vote électronique sera désormais possible sur simple décision de l'employeur (avant un accord collectif était nécessaire), malgré les dangers d'atteinte aux principes généraux du droit électoral et à la sincérité du scrutin (notamment quand le vote est organisé par des entreprises tierces qui n'ont de comptes à rendre qu'à leur cliente, l'entreprise).

### **2.1.6. Un nombre limité de mandats successifs au CSE : vers une perte de compétence des élus et une carence de candidats** (*Chapitre IV Section 3 du Titre I du Livre III de la 2<sup>ème</sup> Partie du Code du travail*)

L'article L. 2314-33 nouveau du code du travail, dans sa version issue du projet d'ordonnance, **limite à trois le nombre de mandats successifs au CSE pouvant être brigués par un même salarié, excepté dans les entreprises de moins de 50 salariés et sauf accord plus favorable.**

Cette mesure n'aura d'autre conséquence que d'affaiblir le futur CSE en le privant des compétences de ses membres les plus rompus à l'exercice du dialogue social, en tarissant les vocations à l'engagement syndical et en les exposant à l'issue de trois mandats successifs à d'éventuelles mesures de rétorsion.

A l'instar de la fusion des instances, jusqu'alors spécialisées, la limitation du nombre de mandats conduira inévitablement à une perte des compétences qui, faute de revalorisation des moyens de formation des élus, s'acquiert principalement par l'expérience.

Pire, cette mesure entraînera sans aucun doute un découragement à l'action syndicale, en ce que, dépourvu de protection après 12 années consacrées à la représentation du personnel, le salarié impliqué syndicalement se verra privé de protection. Il y a fort à parier qu'entreprendre le temps d'accompagner voire de former à nouveau le salarié qui pendant 12 années consécutives a

représenté un obstacle à la toute-puissance patronale ou s'en séparer, le choix sera vite fait pour de nombreux employeurs.

Non seulement cette mesure affaiblira la représentation du personnel, mais elle portera également un coup dur aux organisations syndicales en ce qu'elle fragilisera leur implantation dans les entreprises.

En définitive, cet article permettra à l'employeur de faire pression sur les élus CSE et sur les futurs candidats et représentants du personnel avec le chantage suivant : Si l'élu ne fait pas le jeu de la Direction, non seulement il pourra dire adieu à un accord collectif augmentant le nombre des mandats successifs, mais il prendra surtout le risque de représailles, sous forme de mise au placard ou de licenciement, une fois sa protection disparue.

Les nouveaux élus, sans expérience, n'auront qu'à filer droit.

Cet article loin de moraliser la démocratie d'entreprise pourrait bien être une arme efficace à disposition de l'employeur pour éradiquer tout contre-pouvoir.

En affaiblissant ainsi le futur CSE, l'Ordonnance n°2 nuit gravement au dialogue social et porte atteinte au droit à l'information et à la consultation.

Cet article porte directement atteinte à la liberté syndicale en restreignant le droit d'un Syndicat de choisir les candidats présentés sur sa liste. La liberté syndicale est protégée par la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales et par la Convention 87 de l'Organisation internationale du travail.

**Article 3 :** *Les organisations de travailleurs et d'employeurs ont le droit d'élaborer leurs statuts et règlements administratifs, **d'élire librement leurs représentants**, d'organiser leur gestion et leur activité, et de formuler leur programme d'action. Les autorités publiques doivent s'abstenir de toute intervention de nature à limiter ce droit ou à en entraver l'exercice légal. (Convention n° 87 de l'OIT).*

### **2.1.7 L'asphyxie financière des instances et de leurs experts** (Chapitre V Section 3, Sous-section 8 et Sous-section 11 §1 sous-§ 2 et sous-§ 3 du Titre I du Livre III de la 2<sup>me</sup> Partie du Code du travail)

Le Comité d'entreprise dispose depuis 1982 d'un budget de fonctionnement, d'un montant annuel correspondant à 0,20% de la masse salariale (article L.2325-43 du Code du travail) et dont la finalité était initialement uniquement de permettre au comité de faire face aux dépenses liées à son fonctionnement interne et se rattachant à ses attributions économiques et professionnelles.

Cette subvention se distingue de la contribution destinée aux activités sociales et culturelles, prévue quant à elle dès 1945, dont le montant diffère selon les entreprises, puisque la règle énoncée par l'article L.2323-86, est que cette contribution « *ne peut, en aucun cas, être inférieure au total le plus élevé des sommes affectées aux dépenses sociales de l'entreprise atteint au cours des trois dernières années* ».

La subvention de fonctionnement avait donc vocation à financer exclusivement des dépenses permettant de faciliter l'exercice par le comité de ses attributions économiques et professionnelles, telles que de la documentation, l'aide de personnel de sténotypie pour les réunions si ces dépenses n'étaient pas directement prises en charge par l'employeur, le recours à des expertises libres au titre de l'article L.2325-41 du Code du travail (dont les avocats apportant un conseil juridique aux élus), la formation des élus titulaires du comité.

Jusqu'à présent, il était en outre jugé que toute utilisation de la subvention de fonctionnement pour les activités sociales et culturelles, ou l'inverse, était illicite.

L'employeur prenait par ailleurs en charge toutes les missions confiées par le comité d'entreprise à un expert-comptable en application d'une disposition légale (en particulier le droit d'alerte, les missions liées à un Plan de sauvegarde de l'emploi, les missions récurrentes liées à la situation économique et sociale de l'entreprise, les missions relatives à l'accompagnement à la négociation des organisations syndicales).

Par ailleurs, le CHSCT ne disposant pas de budget, l'article L.4614-9 du Code du travail prévoyait que l'employeur devait lui fournir « les moyens nécessaires à la préparation et à l'organisation des réunions et aux déplacements imposés par les enquêtes ou inspections ».

La jurisprudence en déduisait notamment que l'employeur devait prendre en charge les honoraires de l'avocat du CHSCT en cas de litige (par exemple sur les questions relatives à l'information et

consultation du CHSCT ou les litiges relatifs aux expertises), y compris lorsque le CHSCT était débouté de ses demandes.

De même, selon la jurisprudence, l'employeur devait régler à l'expert les prestations effectuées, y compris lorsqu'une expertise votée par le CHSCT avait par la suite été annulée par un juge.

Ces moyens financiers des instances représentatives du personnel ont été régulièrement « attaqués » depuis la Loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013.

En effet, premier « cheval de Troyes », cette loi a prévu que la nouvelle expertise sur les orientations stratégiques de l'entreprise devait être prise en charge à hauteur de 20% par le comité d'entreprise, dans la limite d'un tiers de son budget de fonctionnement (article L.2323-10 du Code du travail).

Les nouvelles règles de contrôles des comptes du comité d'entreprise instaurées par la Loi du 5 mars 2014 ont contraint de nombreux comités d'entreprise à faire appel à un expert-comptable pour les aider à préparer ou régulariser leurs comptes, donc en assumer le coût.

Puis la Loi du 8 août 2015 a donné la possibilité au comité d'entreprise de financer avec son budget de fonctionnement la formation des délégués du personnel et des délégués syndicaux.

Ensuite, la Loi du 8 août 2016 a modifié l'article L.4614-13 du Code du travail relatif à la prise en charge par l'employeur des expertises à la suite d'une décision du Conseil constitutionnel du 25 novembre 2016 ayant jugé cet article non conforme à la Constitution en précisant :

*« Les frais d'expertise sont à la charge de l'employeur. Toutefois, en cas d'annulation définitive par le juge de la décision du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail ou de l'instance de coordination, les sommes perçues par l'expert sont remboursées par ce dernier à l'employeur. Le comité d'entreprise peut, à tout moment, décider de les prendre en charge dans les conditions prévues à l'article L. 2325-41-1. ».*

Il résulte de cette modification légale trois situations possibles :

- Soit les experts refusent de travailler dans l'attente d'une décision judiciaire définitive (au risque que la santé et la sécurité des salariés soient mises en danger, qu'il s'agisse d'une expertise risque grave ou d'une expertise projet important),
- Soit ils acceptent de travailler sans attendre une décision judiciaire définitive, en prenant le risque de ne jamais être rémunérés pour leurs prestations (ce qui revient pour eux à mettre en danger la survie de leurs cabinets),
- Soit le comité d'entreprise décide de prendre en charge les honoraires en cas d'annulation de la délibération du CHSCT désignant l'expert.

Enfin, la Cour de cassation a décidé par un arrêt du 22 février 2017 (n° 15-10548)

*« qu'en cas de contestation, il incombe au juge de fixer le montant des frais et honoraires d'avocat, exposés par le CHSCT, qui seront mis à la charge de l'employeur en application de l'article L. 4614-13 du code du travail, au regard des diligences accomplies ».*

A noter que l'avocat de l'employeur quant à lui n'est pas soumis à ce couperet du juge judiciaire. En cas de contestation de ses honoraires, c'est le Bâtonnier qui traite de cette question et il peut être faire appel de ses décisions devant la Cour d'appel, ce qui n'est pas le cas pour l'avocat du CHSCT puisque les contestations d'expertises sont fixées en premier et dernier ressort. Et surtout, l'avocat de l'employeur se garde bien de fournir au Tribunal à titre de comparaison le montant de ses propres honoraires afin que puissent être équitablement fixés les honoraires de l'avocat du CHSCT...

## **Que vont changer les sous-sections 8 et 11 §1 sous-§ 2 et sous-§ 3 de la troisième ordonnance ?**

Le premier de ces textes autorise le comité social et économique à « *transférer tout ou partie du montant de l'excédent annuel du budget de fonctionnement à la subvention destinée aux activités sociales et culturelles* » ce qui peut être tentant pour des représentants du personnel à des fins électorales, les salariés étant parfois plus sensibles à l'annonce d'un supplément de chèques vacances qu'à l'exercice par les élus de leurs attributions économiques ou sociales ou désormais, celles relatives à la santé des salariés dont les effets sont moins directement perceptibles pour les salariés.

La portée du second texte est encore plus grave, puisqu'il prévoit que désormais le comité social et économique prendra en charge, à hauteur de 20% de son budget (et la limitation à un tiers de son budget a disparu...), une partie non négligeable des expertises, à savoir : toujours la mission sur les orientations stratégiques de l'entreprise, mais aussi la mission de droit d'alerte économique, la mission liée aux opérations de concentration, la mission liée aux offres publiques d'acquisition, les missions d'assistance à la négociation pour les organisations syndicales et les missions relatives à la santé, la sécurité et les conditions de travail en cas de projet important.

Les élus vont donc devoir opérer des choix notamment entre se faire assister afin de mener correctement leurs attributions économiques ou se faire assister pour leurs attributions en matière de santé, sécurité et conditions de travail.

Par ailleurs, il va de soi que toutes les jurisprudences liées à l'absence de budget du CHSCT vont être remises en cause, si bien que la prise en charge des frais d'expertise ou des frais d'avocats en cas d'échec du CHSCT dans le cadre d'une action en justice (en demande ou en défense) reviendra sans doute au comité social et économique.

Ceci est d'autant plus grave que, compte tenu des délais préfix introduits par la Loi de sécurisation de l'emploi en matière d'information et consultation des instances et de la nécessité pour les élus de saisir le juge de manière extrêmement diligente voire systématique pour éviter d'être forclos, puisqu'il a été jugé que le juge ne peut prolonger ces délais qu'à condition qu'il statue avant leur expiration,

A noter que dans les entreprises dont les effectifs sont inférieurs à 2000 salariés, la subvention de fonctionnement reste limitée à 0,2% de la masse salariale. Quant à celles dont l'effectif dépasse ce seuil, la subvention est augmentée... de 0,02% !

En clair, cette ordonnance va donc tout simplement finir d'asphyxier financièrement les instances désormais fusionnées ainsi que leurs experts.

Elles pourraient même aussi avoir un effet du type « *diviser pour mieux régner* » : les experts-comptables, les experts agréés pour les CHSCT et les avocats ayant des compétences complémentaires, ils avaient tout intérêt à travailler « *main dans la main* » et donc à conseiller chacun à leurs clients de faire appel aux autres afin de leur permettre de disposer d'un appui global plus solide, définir le cas échéant une stratégie cohérente etc.

Demain, n'auront-ils pas intérêt plutôt à se garder chacun au maximum le budget du Conseil social et économique ? Le Gouvernement aurait ainsi réussi l'exploit de mettre en concurrence des professions dont les missions et les compétences ne sont pas comparables et ainsi de priver les représentants du personnel d'un appui solide.

Y a-t-il plus grande hypocrisie que d'annoncer partout que ces ordonnances visent à un « *renforcement du dialogue social* » et priver en même temps les instances de moyens financiers pour pouvoir exercer leurs prérogatives et participer utilement à ce dialogue ?

Comment les salariés pourraient-ils dans ces conditions faire valoir leur droit constitutionnel de « *participer par l'intermédiaire de leurs délégués à la détermination collective de leurs conditions de travail et à la gestion de l'entreprise* » (article 8 du Préambule de 1946) ?

## **Application dans le temps :**

**Principe général :** l'ordonnance entre en vigueur à la date de publication des **décrets pris pour son application**, et au plus tard le 1<sup>er</sup> janvier 2018.

- **Mise en place du CSE et loi applicable aux mandats en cours :** si des instances (DP, CE, CHSCT= DUP) existent au jour de la publication de l'ordonnance :
  - Le CSE est mis en place à l'expiration des mandats de ces élus et au plus tard le 31 décembre 2019. Les mandats des élus cessent au plus tard à cette date ;
  - La loi ancienne est applicable pendant la période transitoire de maintien des mandats (fonctionnement, attributions, moyens des DP, CE et CHSCT).
- **Prorogation des mandats des élus expirant avant le 31 décembre 2017 :** L'employeur peut proroger les mandats des élus (DP, CE, CHSCT, DUP) s'ils expirent entre la publication de l'ordonnance et le 31 décembre 2017. Cette prorogation ne peut excéder un an. Dans ce cas, l'ancienne loi est applicable pendant la durée de la prorogation.
- **Protection des représentants du personnel :** les dispositions anciennes relatives à la protection des salariés mandatés demeurent applicables si les instances ont été mises en place avant le 31 décembre 2017.
- **Fonction publique hospitalière :** les dispositions actuelles relatives au CHSCT (mise en place, attributions, fonctionnement) sont maintenues sans limitation de durée.

### **2.1.8 Le Conseil d'entreprise (L.2320-1 et suivants nouveaux)**

L'Ordonnance permet ici, par accord d'entreprise ou par accord de branche étendu, de transférer à l'instance « fusionnée » les missions de négociation et de signature des accords, missions réservées jusqu'à présent aux organisations syndicales représentatives dans l'entreprise, le cas échéant.

On pourrait penser qu'il s'agit d'une suppression des délégués syndicaux.

Néanmoins le texte exclut certains accords de la compétence du Conseil d'entreprise. Il semble donc que les délégués syndicaux puissent subsister en parallèle du Conseil d'entreprise.

En tout état de cause, la mise en place du Conseil d'entreprise traduit une mise en concurrence entre élus et délégués syndicaux, voire une atteinte au monopole syndical de négociation.

Le texte, extrêmement imprécis à ce stade, correspond à une revendication désormais ancienne du MEDEF et montre à quel point la prétendue volonté du Gouvernement de favoriser le dialogue social correspond en réalité essentiellement à une volonté de permettre à l'employeur, par tout moyen, d'obtenir la signature d'accords renforçant la flexibilité dans l'entreprise, au besoin en contournant les organisations syndicales.

## ORDONNANCE 3 :

### ORDONNANCE RELATIVE A LA PREVISIBILITE ET A LA SECURISATION DES RELATIONS DE TRAVAIL OU SECURISATION DE L'EMPLOYEUR ?

---

#### Titre I chapitre 2 : dispositions relatives à la réparation du licenciement irrégulier ou sans cause réelle et sérieuse

---

**“ Les droits des salariés seront entièrement préservés ”** affirme le Gouvernement en ce qui concerne la réforme des règles de licenciement

**Faux :** Aucune disposition n'est prévue en faveur de la préservation des droits des salariés, seuls les employeurs obtiennent des avantages

#### Le plafonnement des indemnités :

Il sera désormais légalement admis qu'un employeur qui licencie un salarié de façon abusive sera certes condamné mais de façon limitée dans le cadre d'un barème.

Le gouvernement permet ainsi désormais aux employeurs de pouvoir violer la Loi impunément !

Car c'est de cela dont il est question. L'employeur peut prévoir le coût des ruptures et donc le coût de la violation de la Loi ! C'est choquant.

Imaginons un salarié travaillant dans une entreprise de moins de 11 salariés, âgé de 55 ans et cumulant 6 années d'ancienneté. Imaginons qu'il a rejoint les effectifs de cette société après avoir été démarché et en démissionnant de son précédent emploi dans lequel il cumulait une importante ancienneté et donc une garantie d'emploi.

Agé de 55 ans, il lui sera très difficile pour ne pas dire impossible de retrouver un emploi.

Or, le Juge qui constatera que le licenciement du salarié est abusif sera limité dans la réparation du préjudice par un plancher et un plafond.

Il ne pourra condamner l'employeur qu'à hauteur de 6 mois de salaire, maximum, alors que pour réparer l'intégralité du préjudice, le montant des dommages et intérêts pourrait être largement supérieur, en l'absence d'un barème.

Qu'advient-il des salariés handicapés, des foyers monoparentaux avec plusieurs enfants... ?

Autant de situations qui nécessitent que le juge apprécie au cas par cas l'étendue du préjudice sans se contenter d'appliquer un barème qui n'a aucun sens sauf celui de sécuriser l'employeur !

Faut-il rappeler que pour être condamné, l'employeur doit avoir commis un manquement au Code du travail ?

Il n'est donc pas farfelu qu'un employeur soit condamné dès lors qu'il licencie abusivement un salarié.

Laissons au Juge le soin de chiffrer le préjudice.

Pour parer l'argument, le Gouvernement se targue d'avoir prévu une augmentation de l'indemnité légale dans un décret à intervenir prochainement.

Ce n'est qu'un leurre supplémentaire puisque ces deux indemnités ont une finalité différente : l'une répare la perte de l'emploi, l'autre la violation de la loi et la réparation des conséquences de la faute commise. Elles ne peuvent se « compenser ».

L'indemnité de licenciement est due pour tout licenciement ayant une cause réelle et sérieuse (sauf faute grave ou lourde), tandis que les dommages et intérêts plafonnés sont dus en cas de licenciement abusif.

**Donc en quelque sorte, cette compensation voulue par le Gouvernement conduira à ce que celui qui licencie “ à bon escient”, pour une cause réelle et sérieuse doive payer plus, alors que celui qui viole la loi paiera moins.**

En tout état de cause, il semble que le projet « d'augmentation » de l'indemnité légale conduise en réalité à une baisse de son montant pour les salariés bénéficiant d'une ancienneté supérieure à 15 ans.

C'est également un écran de fumée car les employeurs et les professionnels du droit savent que l'indemnité légale n'est due qu'à défaut de convention collective plus favorable.

Mais attention, l'indemnité conventionnelle de licenciement issue de la convention de branche n'est pas intangible. Parmi les domaines “réservés” à la négociation de Branche, ne figure pas le montant de l'indemnité de licenciement. Ce qui signifie que les employeurs pourront désormais diminuer l'indemnité de licenciement par simple accord d'entreprise.

Tout le monde ne bénéficiera pas de l'augmentation voire, il est probable que tout le monde verra une baisse de l'indemnité conventionnelle, mais absolument tout le monde subira le plafonnement !

Il est nécessaire de combattre ce barème spécifique et impératif car de plus, l'Ordonnance dans le cadre de la fixation du montant de l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse, indique que le Juge pourra tenir compte des indemnités de licenciement versées à l'occasion de la rupture, ce qui, jusqu'à présent, n'était pas le cas.

**Ce que le gouvernement « octroie » d'un côté, il le retire de l'autre.**

Mais il y a plus !

Jusqu'à présent, le salarié pouvait **cumuler diverses indemnités** sans limite (indemnités consécutives à un licenciement pour motif économique, celles pour non-respect de la priorité de réembauche, ou encore celles pour procédure irrégulière en cas d'absence de mise en place des représentants du personnel)

**Tel ne sera plus le cas demain !**

Cela signifie que l'employeur peut commettre, non pas une, mais des violations de la Loi, aussi nombreuses soient-elles et se verra pour autant sanctionné dans la limite du nouveau barème prévu à l'article L 1235-3.

Certes, le projet d'ordonnance prévoit toutefois l'octroi de certaines indemnités qui seraient de fait exclues du barème.

L'article L 1235-3-1 dispose que le barème n'est pas applicable lorsque le Juge constate que le licenciement est nul en application d'une disposition législative en vigueur ou qu'il est intervenu en violation d'une liberté fondamentale.

Gageons que le Juge soit appelé dans tous les contentieux à définir ce qu'est « *une liberté fondamentale* » à la lueur de la nouvelle Loi.

Le texte détaille les cas de nullité, sans pour autant viser les licenciements discriminatoires.

On cherchera vainement la référence aux discriminations prévues au titre III du Livre 1<sup>er</sup> de la première partie du Code du Travail, notamment aux licenciements :

- fondés sur l'exercice normal du droit de grève (article L 1132-2),
- fondés sur le témoignage des salariés (article L 1132-3),
- pour avoir exercé des fonctions de juré ou d'assesseur (article L 1132-3-1),
- fondés sur le refus d'être muté dans un pays incriminant l'homosexualité (article L 1132-3-2),
- fondés sur les discriminations telles que prévues à l'article L 1132-3-3 du Code du Travail.

Est-ce une volonté politique inavouée de soumettre les licenciements discriminatoires au plafonnement ou doit-on considérer que ces principes de non-discrimination sont intrinsèquement rattachés à la « *liberté fondamentale* » telle que prévue à l'alinéa 2 de l'article L 1235-3-1 ?

Le texte est confus.

Par souci de cohérence, le gouvernement aurait dû le prévoir expressément.

Mais le gouvernement n'est pas à une confusion ou à une incohérence près. En témoigne d'ailleurs le texte relatif à la prise d'acte de rupture du contrat de travail ou à la résiliation judiciaire.

Il s'agit de l'article L 1235-3-2 du Code qui prévoit que dans de tels cas, le montant de l'indemnité octroyée est soumis au barème.

Que ce soit la prise d'acte ou la résiliation judiciaire du contrat de travail, nul n'ignore qu'elle peut produire les effets d'un licenciement nul, notamment si elle est fondée sur une discrimination...

Dans ce cadre, le salarié sera-t-il indemnisé en fonction du barème ? Par un tel silence des textes, n'est-ce pas là encore une volonté politique de soumettre ces ruptures de contrat au barème ?

Par cette réforme, le gouvernement voulait sécuriser l'employeur ; ce sera certainement une réussite, mais au détriment du salarié.

En outre, les rédacteurs des ordonnances n'ont soit, pas jugé utiles de contrôler la conformité des ordonnances aux textes européens que la France a ratifié, soit les ont délibérément ignorés.

De la même manière que dans le cadre de l'Ordonnance, un tel barème, plafonnant la réparation du préjudice des salariés licenciés à 24 mois maximum, avait été prévu par la loi finlandaise

Ce plafonnement a été jugé contraire à l'article 24 de la Charte Sociale Européenne Révisée consacrant le "*droit des travailleurs licenciés sans motif valable à une indemnité adéquate*" dans une décision du 8 septembre 2016 du CEDS, organe chargé de contrôler l'application de la Charte Sociale Européenne révisée (*CEDS, 8 septembre 2016 n° 106/2014, Finnish Society Social Rights C/ Finlande*).

Le Comité précise dans sa décision que "l'indemnité adéquate" au sens de l'article 24 correspond à "*des indemnités d'un montant suffisamment élevé pour dissuader l'employeur et pour compenser le préjudice subi par la victime*" (§ 45 de la décision). En conséquence, le plafonnement de l'indemnité à 24 mois de salaires ne suffit pas nécessairement à la réparation du préjudice subi par la victime car dans certaines hypothèses le préjudice sera plus élevé.

Le Comité en conclut que **la législation Finlandaise, en ce qu'elle instaure un plafonnement à 24 mois des indemnités de licenciement injustifié, est contraire à l'article 24 de la Charte.**

Le Conseil d'Etat a indiqué, dans un arrêt du 10 février 2014 à propos de l'article 24 de la Charte que :

*« ces stipulations, dont l'objet n'est pas de régir exclusivement les relations entre les Etats et qui ne requièrent l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers, peuvent être invoquées utilement »*

donc l'article 24 peut être invoqué directement devant nos tribunaux pour écarter une disposition législative contraire. (*CE 10 février 2014 n° 358992 FISCHER publié au Recueil LEBON*)

Les syndicats et les salariés individuellement pourraient faire juger que le nouveau plafonnement est contraire à la norme européenne précitée et doit par conséquent disparaître de notre droit, cela d'autant que le juge interne est normalement tenu d'appliquer une norme internationale à la lumière de l'interprétation qu'en donne l'organe international chargé de la contrôler.

Un recours pour excès de pouvoir (par exemple des organisations syndicales) devant le Conseil d'Etat sur l'absence de conformité du plafonnement à l'article 24 de la Charte européenne avant la ratification des ordonnances aurait des chances d'aboutir. Par la suite, il sera possible d'invoquer par voie d'exception la non-conformité de ce texte à la Charte européenne devant le juge judiciaire.

### Mesures transitoires :

**Barème des indemnités prud'homales** : Seront concernés par le barème les salariés **licenciés après la publication de l'ordonnance**.

L'application dans le temps du barème à la **résiliation judiciaire** ou à la **prise d'acte de la rupture** n'est pas traitée spécifiquement, mais on peut soutenir en l'état que :

- **Si une instance a été introduite avant la publication de l'ordonnance : le barème n'est pas applicable (action poursuivie et jugée conformément à la loi ancienne).**
- Si l'instance est introduite *après* la publication de l'ordonnance :
  - o **Pour la prise d'acte**, tout dépendra de la date de la lettre de prise d'acte. Si elle est postérieure à la publication de l'ordonnance, le barème s'appliquera.  
Si elle est antérieure, on pourrait soutenir, par analogie avec les licenciements notifiés antérieurement, que le barème n'est pas applicable mais aucune certitude sur ce point.
  - o **Pour la résiliation judiciaire** : la date de la rupture sera nécessairement postérieure à la publication de l'ordonnance et le barème s'appliquera donc sans aucun doute.

---

## **Titre I chapitre 3 : dispositions relatives aux règles de procédure et de motivation applicables aux décisions de licenciement et leurs conséquences**

---

- **L'article 4 renvoie à un décret la possibilité de fixer "les modèles que l'employeur peut utiliser pour procéder à la notification du licenciement"**.

Cette disposition est une aberration : outre qu'elle véhicule l'idée que le licenciement est un acte anodin qui pourrait se faire sur la seule base d'un formulaire, elle repose sur l'idée que les licenciements seraient standardisés.

Il n'existe pas deux situations identiques et la lettre de licenciement ne peut donc être modélisée.

Cette disposition est de plus dangereuse pour les PME qui vont croire qu'elles peuvent licencier, sans s'être préalablement renseignées juridiquement.

Cette disposition relève d'une idée trompeuse. Le licenciement n'est pas un acte administratif de la vie courante, il engage la vie du salarié et il reste soumis au droit du travail même après l'entrée en vigueur des ordonnances.

- **L'article 4 réforme également les dispositions régissant la motivation de la lettre de licenciement.**

**Selon le droit actuel, la lettre de licenciement "circonscrib le litige"** ce qui signifie que l'employeur ne peut invoquer des motifs autres que ceux mentionnés dans la lettre de licenciement.

Outre que ce principe permet de respecter le principe du contradictoire (le salarié est informé précisément des reproches qui lui sont faits), il vise à protéger le salarié d'une « évolution » des griefs.

Il serait aisé à un employeur qui dans le cadre des débats devant le juge, découvrirait que le motif qu'il a mentionné ne tient pas la route, de changer de grief : les griefs de licenciement pourraient relever d'une litanie sans fin, au fur et à mesure que le salarié se défendrait et ferait tomber, comme dans un jeu de domino, les reproches qui lui sont imputés.

Les modifications apportées à l'article L.1235-2 permettront désormais à l'employeur "après la notification du licenciement" de "préciser **ou compléter**" les griefs mentionnés dans la lettre de licenciement « dans des conditions fixées par un décret à venir en Conseil d'Etat".

Désormais, ce n'est plus la lettre de licenciement qui circonscrit le litige mais "**la lettre de licenciement, complétée le cas échéant par l'employeur**".

Il s'agit d'une grande régression dans la défense des droits des salariés puisque les nouvelles dispositions consacrent un droit à l'erreur de l'employeur dans les motifs de licenciement, alors que le salarié a, lui, été licencié.

- **L'article 4 prévoit également que l'insuffisance de motivation de la lettre de licenciement sera sanctionnée comme une simple irrégularité de procédure et non pas, comme auparavant, par l'absence de cause réelle et sérieuse, dès lors que le salarié n'aura pas demandé à l'employeur de compléter les griefs.**

L'article 4 énonce en effet qu'à défaut pour le salarié d'avoir écrit à l'employeur, postérieurement à la notification du licenciement, pour lui avoir demandé de "*préciser ou compléter*" (!!!) les motifs de la lettre de licenciement, "*l'irrégularité que constitue une insuffisance de motivation de la lettre de licenciement ne prive pas, à elle seule, le licenciement de cause réelle et sérieuse et ouvre droit à une indemnité qui ne peut excéder un mois de salaire*": en conséquence, si le salarié n'a pas interrogé l'employeur après réception de la lettre de licenciement, l'insuffisance de motivation n'est pas sanctionnée par l'absence de cause réelle et sérieuse de licenciement comme à ce jour mais uniquement par une indemnité pour irrégularité de procédure d'un mois de salaire.

**Il est donc demandé au salarié de pallier à l'insuffisance de motivation de la lettre de licenciement (en interrogeant l'employeur) : à défaut, c'est le salarié qui est sanctionné. !!!**

- **L'article 4 prévoit également que si un licenciement est notifié sans respect de la procédure conventionnelle de consultation préalable au licenciement, cette irrégularité n'est plus sanctionnée comme une absence de cause réelle et sérieuse de licenciement, comme actuellement, mais comme une irrégularité de procédure.**

Actuellement, les tribunaux jugent que le non-respect des procédures conventionnelles de licenciement (procédure de consultation, sur le licenciement, des instances élues ou de commissions disciplinaires spécifiques instaurées par des conventions collectives ou des accords d'entreprise) doit être sanctionné par l'absence de cause réelle et sérieuse car il prive le salarié d'une garantie de fond ; le droit d'être entendu par une commission qui peut le défendre et l'aider éventuellement à conserver son emploi.

Par l'ensemble de ces dispositions, le législateur transforme donc des irrégularités aujourd'hui sanctionnées par l'absence de cause réelle et sérieuse de licenciement (soit par les indemnités soumises à minima et plafonds dans les conditions du nouvel article L.1235-3) par une indemnité pour irrégularité de procédure plafonnée à un mois.

Or, la forme (indissociable du droit au respect des droits de la défense dans le cadre d'une procédure de licenciement) ne peut être dissociée du fond (le motif du licenciement) : il est donc essentiel que ces irrégularités continuent d'être sanctionnées par l'absence de cause réelle et sérieuse.

- **Dans le même esprit, le projet prévoit désormais que la non transmission du contrat de travail à durée déterminée ou du contrat de mission, dans les deux jours suivants l'embauche, n'est plus sanctionnée par la requalification en un contrat à durée indéterminée mais en une simple irrégularité de procédure plafonnée à un mois de salaire.**

Ces dispositions permettent donc à l'employeur de maintenir un salarié précaire dans une plus grande précarité, l'employeur pouvant retarder le moment de la remise du contrat (permettant ainsi à l'employeur de modifier unilatéralement les garanties, en termes de salaire et de durée du contrat notamment, qu'il aurait oralement données au salarié).

#### **Mesures transitoires :**

➤ **Motivation du licenciement** : Dès la **publication de l'ordonnance**, les employeurs pourront licencier les salariés avec une motivation succincte et bénéficier des allègements de procédure prévus par l'ordonnance.

**Avant** : jusqu'en 2008, il n'existait pas de délai de prescription spécifique au licenciement, c'est le délai de droit commun de 30 ans qui s'appliquait. En 2008, ce délai a été réduit à 5 ans. En 2013, il a été réduit à 2 ans. Pour les licenciements économiques, dans certains cas un délai encore plus réduit d'un an s'appliquait.

**Avec les Ordonnances** : lorsqu'un salarié est licencié, il ne dispose plus que d'un an pour contester son licenciement devant le Conseil de prud'hommes. Au-delà, son action est irrecevable, l'employeur échappera à toute condamnation même si le licenciement ne repose sur aucun motif.

Il s'agit d'un délai extrêmement court si l'on prend en compte les difficultés auxquelles fait face un salarié suite à une mesure aussi grave qu'un licenciement (choc psychologique empêchant certains salariés d'agir pendant de longues périodes, salariés mal conseillés ou mal orientés qui perdent un temps précieux...) et les délais nécessaires à la construction sérieuse d'un dossier de contestation et à son étude.

#### **Mesures transitoires :**

**Réduction du délai de prescription des contestations portant sur la rupture du contrat** : L'ancienne prescription de 2 ans n'est plus applicable, même pour les salariés licenciés avant la publication de l'ordonnance. Ceux-ci auront 1 an pour saisir le juge à compter de la publication de l'ordonnance.

---

#### **Titre I chapitre 5 : obligations de l'employeur en matière de reclassement pour inaptitude et contestation des avis, propositions conclusions écrites ou indications émis par le médecin du travail**

---

La loi EL KHOMRI avait déjà profondément modifié le régime de l'inaptitude médicale du salarié, en réduisant considérablement les obligations mises à la charge de l'employeur en matière de reclassement du salarié déclaré inapte à son poste par le médecin du travail, qui n'est pas cependant réduit à un seul poste, quoique voudrait penser certaine doctrine patronale.

L'ordonnance, en son article 8, insère pour la première fois dans le Code du travail des dispositions relatives au périmètre de l'obligation de reclassement de l'employeur (art 7).

La recherche de reclassement qui, selon la jurisprudence constante devait être recherchée non seulement dans l'entreprise mais également dans toutes les entreprises du groupe auquel appartient l'employeur dont les activités, l'organisation et le lieu d'exploitation permettent la permutation, sera désormais limitée à l'entreprise, et aux entreprises du groupe situées en France et dont l'organisation, les activités ou le lieu d'exploitation assurent la permutation de tout ou partie du personnel. Par ailleurs, l'article 7 de l'Ordonnance réduit encore davantage le périmètre du groupe de reclassement, puisqu'il précise que "le groupe" est défini conformément aux dispositions sur la constitution du Comité de groupe, donc réduit uniquement au groupe capitalistique.

Ceci, pour anéantir la jurisprudence de la Cour de cassation, réaffirmée encore en 2016 (cf développements infra sur le reclassement pour licenciement économique), qui indiquait en cas de reclassement (pour des raisons de recherche d'efficacité au reclassement), que le Groupe n'était pas réduit au Groupe "capitalistique" mais devait être étendu aux entreprises "partenaires" en cas de permutation possible.

L'Article 8 de l'ordonnance apporte par ailleurs des précisions quant aux dispositions de la loi EL KHOMRI qui avaient intégralement refondu la procédure de contestation de l'avis du médecin du travail (dispositions très mal rédigées, qui avaient suscité de nombreuses questions). Elles ne sont pas mieux rédigées, et comportent des incohérences flagrantes.

Avant l'entrée en vigueur de la loi EL KHOMRI, le salarié ou l'employeur désirant contester l'avis du médecin du travail saisissait l'inspecteur du travail, qui lui-même consultait le médecin inspecteur du travail régional pour obtenir son avis.

La loi du 8 août 2016 a prévu que la partie souhaitant contester le contenu de l'avis médical devait saisir le Conseil de prud'hommes en la forme des référés.

Le Conseil des prud'hommes désignait alors un expert médecin dont les honoraires étaient mis à la charge de l'une ou l'autre des parties.

La contestation devenait, de fait, difficile pour le salarié notamment en raison du coût financier de l'expertise.

L'ordonnance prévoit désormais que c'est la décision du Conseil de Prud'hommes qui se substituera à l'avis du médecin du travail ; le juge prud'homal est donc amené à rendre un avis médical ! Alors que les ordonnances retirent au juge une grande part de sa liberté d'appréciation (évaluation du préjudice par exemple en cas de licenciement abusif), on lui attribue parallèlement des compétences... dans le domaine médical !

Le Conseil de Prud'hommes peut toutefois confier « toute mesure d'instruction » au médecin inspecteur du travail. Le médecin inspecteur peut s'adjoindre le concours de tiers, et l'employeur peut, de son côté, mandater son propre médecin pour examiner le dossier médical du salarié.

Il est prévu que les frais liés à la mesure d'instruction sont mis à la charge de la partie perdante - sauf décision motivée du Conseil de Prud'hommes. Qu'en sera-t-il lorsque le médecin inspecteur aura saisi un « tiers » ou lorsque l'employeur aura mandaté son propre médecin : les honoraires de ces derniers seront-ils mis à la charge du salarié lorsqu'il est « partie perdante », alors même qu'il n'a ni mandaté ni choisi ces intervenants ?

Tel que le texte est rédigé, il est à craindre que ce soit ce qui devrait se passer ...

### **Mesures transitoires :**

***Périmètre national du reclassement en cas de licenciement pour inaptitude et de licenciement économique*** : La réduction du périmètre de reclassement ne sera pas applicable immédiatement mais à compter **de la publication des décrets d'application et, au plus tard, le 1<sup>er</sup> janvier 2018.**

---

### **Titre I Chapitre 7 article 11 de l'Ordonnance : Le congé de mobilité et les « ruptures conventionnelles collectives » ou de nouveaux moyens de contourner les règles du licenciement collectif pour motif économique**

---

L'ordonnance insère dans le Code du travail une section intitulée : « *rupture d'un commun accord dans le cadre d'accords collectifs* ».

Deux sortes de ruptures d'un commun accord sont ainsi prévues :

- le « congé mobilité »,
- le départ volontaire.

Bien que le Ministère du travail ait baptisé dans ses communications ces formes de rupture : « rupture conventionnelle collective », ce terme n'apparaît pas expressément dans les textes de l'ordonnance. Cependant, il est vrai que les articles correspondants sont insérés juste après la section du Code du travail relative à la rupture conventionnelle.

Ces ruptures ne relèvent donc pas du régime du licenciement économique. Elles sont d'ailleurs expressément exclues du régime du licenciement pour motif économique (article 12 de l'Ordonnance 3) au même titre que la rupture conventionnelle individuelle.

Néanmoins, il est précisé que les indemnités de rupture prévues par l'accord « *ne peuvent être inférieures aux indemnités légales dues en cas de licenciement pour motif économique* »

Cette formulation est étonnante dans la mesure où, depuis 2008, les indemnités légales sont identiques, que le licenciement soit prononcé ou non pour motif économique...

### **Le congé de mobilité :**

Un accord peut être mis en place, selon le texte, dans les entreprises « visées à l'article L.2242-8 ayant conclu un accord relatif à la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences ».

La référence à l'article L.2242-8 du Code du travail pose question :

- Le texte en vigueur porte sur la négociation relative à l'égalité hommes-femmes
- Le texte modifié par l'Ordonnance 2 porte sur la négociation relative aux rémunérations, au temps de travail et au partage de la valeur ajoutée (participation et intéressement)...

S'agit-il encore d'une erreur liée à la rédaction précipitée des Ordonnances ?

Il ne faut pas confondre ce congé de mobilité avec la « mobilité volontaire sécurisée » mise en place dans le cadre de la Loi de sécurisation de l'emploi, qui ouvre droit au salarié à un congé de formation à l'issue duquel le salarié réintègre son poste ou un poste similaire, sauf s'il exprime lui-même le choix de quitter l'entreprise (il s'agit alors d'une démission sans préavis).

Il ne faut pas non plus confondre ces accords de congés mobilité avec les accords prévus à l'article 3 de l'Ordonnance 1, qui permettent à l'employeur d'imposer au salarié une mobilité géographique ou professionnelle interne à l'entreprise.

Ici, il s'agit de mobilité interne ou externe à l'entreprise, sur proposition de l'employeur et le contrat de travail est « rompu d'un commun accord des parties à l'issue du congé ».

La durée (maximum ?) du congé est fixée par l'accord.

Pendant le congé, le salarié perçoit une rémunération déterminée par l'accord collectif, qui pendant les douze premiers mois est soumise au même régime que l'allocation versée dans le cadre d'un congé de reclassement et dont le montant ne peut être inférieur à celle versée à l'allocation de conversion versée en application de l'article L.5123-2-3°.

En clair, il s'agit d'une sorte de congé de reclassement conventionnel, mais conduisant à une rupture d'un commun accord et non à un licenciement pour motif économique et donc sans nécessité aucune pour l'employeur de justifier d'un motif économique.

### **Le départ volontaire :**

La pratique des plans de départs volontaires s'est beaucoup développée ces dernières années.

Néanmoins, cette pratique recouvrait en réalité plusieurs situations différentes :

- Les « vrais » plans de départs volontaires : aucune suppression de poste n'est prévue de manière précise par l'employeur, qui annonce simplement vouloir réduire les effectifs ; soit le salarié souhaite partir, soit il reste à son poste (il est tout de même important de veiller à l'organisation et à la répartition de la charge de travail pour les salariés qui restent),
- Les départs volontaires intégrés dans un plan de sauvegarde de l'emploi : il s'agit alors d'une mesure permettant d'éviter les licenciements « secs » et les salariés bénéficient en général de toutes les mesures du plan,
- Les « faux » plans de départs volontaires : l'employeur annonce qu'il va supprimer des postes, mais sans licencier ; dans ce cas :

- Soit le salarié accepte une « réaffectation » ou un « repositionnement » décidé par l'employeur
- Soit le salarié se porte volontaire : il « s'auto-licencie » en quelque sorte

Il s'agit là d'un contournement des règles applicables en matière de licenciement économique, puisque la réaffectation ou le repositionnement constituent en réalité des solutions de reclassement, sauf que le salarié ne peut pas les refuser s'agissant ici de la simple mise en œuvre du pouvoir de décision de l'employeur (donc gare aux réaffectations forcées et aux graves effets possibles en termes de risques psycho-sociaux) et le volontariat résulte souvent d'un choix par défaut du salarié.

Ces méthodes sont dans tous les cas très intéressantes pour l'employeur, puisque :

- Son image est préservée puisqu'il ne prononce pas de licenciement,
- Selon la jurisprudence, il échappe à l'obligation de mettre en place un plan de reclassement (dans le premier et le troisième cas),
- Toujours selon la jurisprudence, dans tous les cas, le salarié ne peut pas contester le motif économique de son licenciement.

Le plan de départ volontaire, ou rupture conventionnelle collective, prévu par l'Ordonnance 3 risque de conduire à une généralisation des « faux » plans de départs volontaires, sans possibilité de recours pour les salariés.

Plus grave encore :

- L'employeur n'aura même plus à énoncer un motif économique,
- La procédure est simplifiée par rapport à celle applicable en matière de plan de sauvegarde de l'emploi (alors que jusqu'à présent elle la procédure des PSE était appliquée par les entreprises lorsqu'elles mettaient en place des plans de départs volontaires), que ce soit au titre du contrôle de la DIRECCTE ou du rôle des représentants du personnel : l'accord collectif « *fixe les modalités et conditions d'information du comité social et économique sur le projet envisagé* ».

Il n'est donc même pas prévu une consultation de l'instance, ni sur le plan économique, ni sur le plan de la sécurité, la santé et les conditions de travail, alors même que le projet peut conduire à modifier de manière très importante la situation. Là encore, lorsque l'on sait que par ailleurs il sera désormais possible de signer des accords avec des salariés ne bénéficiant d'aucun accompagnement syndical ou juridique...

Comme indiqué par le Gouvernement dans le dossier de presse publié le 31 août 2017, ces textes permettront aux entreprises d'anticiper et de s'adapter de façon simple, rapide et sécurisée et ce, au détriment des droits des salariés !

### **Mesures transitoires :**

➤ **PDV & Congés mobilité**, Dès la publication de l'ordonnance, les employeurs pourront contourner le droit du licenciement économique en concluant des accords collectifs pour mettre en place des ruptures amiables collectives.

**Selon le gouvernement :**

**“ Pour la première fois, une réforme du Code du travail qui donne la priorité aux TPE et aux PME”.**

**FAUX : Les grandes entreprises sont, encore, les grandes bénéficiaires des nouvelles règles notamment en cas de licenciement économique.**

---

## **Titre II : Chapitre 1 : Définition du périmètre d’appréciation de la cause économique**

---

L’article 18 de l’Ordonnance restreint le cadre d’appréciation des motifs économiques en définissant dans l’article 1233-3 du Code du Travail après l’alinéa 11 les notions de périmètre géographique, de groupe et de secteur d’activité.

### **A. Restriction du périmètre d’appréciation au niveau national**

Selon une jurisprudence constante « *Dans les groupes de sociétés, ces difficultés doivent être appréciées au niveau du secteur d’activité du groupe auquel appartient l’entreprise concernée* (Cass. soc. 5-4-1995 n° 93-42.690 : RJS 5/95 n° 497 ; 14-10-2015 n° 14-10.145 : RJS 1/16 n° 4) *sans qu’il y ait lieu de réduire le groupe aux entreprises situées sur le territoire national* (Cass. soc. 12-6-2001 n° 99-41.571 : RJS 8-9/01 n° 1001 ; 4-3-2009 n° 07-42.381 : RJS 5/09 n° 418).

Cette absence de délimitation géographique du secteur d’activité du groupe permettait de prendre en compte la réalité économique des entreprises multinationales qui poursuivent un même but économique à travers différentes filiales complémentaires.

Elle répondait également au souci d’éviter les manipulations comptables au niveau du groupe. Jusqu’à aujourd’hui, par exemple, une délocalisation n’était pas justifiée par un motif économique si le secteur d’activité dans lequel elle était entreprise se portait bien au niveau mondial.

Désormais, l’Ordonnance prévoit (article L.1233-3, après l’alinéa 11) :

*« Les difficultés économiques, les mutations technologiques ou la nécessité de sauvegarder la compétitivité de l’entreprise s’apprécient au niveau de cette entreprise si elle n’appartient pas à un groupe et dans le cas contraire, au niveau du secteur d’activité commun au sien et à celui des entreprises du groupe auquel elle appartient, établies sur le territoire national, sauf fraude. ».*

Ce texte autorise donc les multinationales à licencier en France alors qu’elles ne rencontrent pas de problèmes économiques au niveau mondial.

La seule limite est la fraude, qui n’est pas définie.

Selon le Gouvernement, le juge pourrait donc continuer à contrôler d’éventuels abus. Il convient d’abord de préciser que l’abus de droit et la fraude ne sont pas des notions similaires.

Ces deux notions sont- elles-mêmes différentes de celles de « légèreté blâmable » ou de la « faute de l’employeur » auxquelles se réfère la Cour de Cassation comme limites à des licenciements économiques intervenus suite à une cessation totale d’activité.

La notion de « fraude » retenue dans la rédaction du nouvel article L 1233-3 du Code du Travail constituera-t-elle véritablement un rempart contre les tentatives de création artificielle de difficultés économiques conduisant à des licenciements ?

Il y a toutes les raisons d’en douter !

La fraude « ...désigne une mise en scène tendant, dans un domaine de règles non supplétives, à obtenir, par le jeu des dispositions applicables à la situation ainsi construite, un résultat juridique que n’auraient pu assurer les dispositions compétentes en l’absence d’un tel montage, ou bien à se soustraire aux conséquences de droit qu’auraient dictées ces dernières... » A. JEAMMAUD, *Fraus omnia corrumpit*, D.1997.19.

### **Trois éléments constituent ainsi la fraude :**

- Un élément légal, à savoir l'existence d'une règle que l'une des parties entend contourner
- Un élément matériel consistant pour l'une des parties à utiliser un procédé licite mais en modifiant la réalité des choses pour s'installer artificiellement en dehors du cadre de la règle obligatoire.
- Et enfin et surtout, un élément intentionnel consistant en une intention de contourner la règle.

C'est donc partant de ces éléments qu'il conviendra demain de tenter d'établir devant le juge, l'existence d'une fraude et donc d'en solliciter la sanction ; ce ne sera ni évident ni chose aisée !

Par ailleurs, certaines situations tirées de notre pratique professionnelle nous conduisent à douter de l'efficacité réelle de la notion de fraude dont se prévaut le Gouvernement.

- Les difficultés économiques et financières rencontrées peuvent résulter d'une décision délibérée de ne plus investir sur un site situé en France, et ce, pendant plusieurs années ; si le procédé est condamnable « moralement », il ne peut forcément être regardé comme une fraude.
- Il peut tout à fait être considéré comme un acte, un choix de gestion de l'employeur qu'il n'appartient pas au juge d'apprécier (liberté d'entreprendre).
- Assèchement progressif et programmé de la trésorerie d'une entité située en France et conduisant à des difficultés : cette situation est fréquente dans le cadre de conventions établies entre les entités du Groupe (flux inter-entreprises) et qui ne sont absolument pas illégales ou non-conformes à la réglementation française.
- La décision prise au niveau d'un Groupe pour aboutir à la fermeture de ne plus allouer à un site situé en France le volume de production habituel ou un ou plusieurs produits à forte rentabilité ; l'objectif de fermeture ne sera bien sûr pas affiché ; Comment dans ce cas établir la fraude ?

Ces quelques exemples démontrent à l'évidence les limites et le peu d'efficacité de la notion de fraude présentée par les pouvoirs publics comme une protection au bénéfice des salariés en cas de difficultés économiques créées artificiellement.

La réduction des moyens financiers des instances représentatives du personnel rendra encore plus difficile qu'aujourd'hui le recours à un expert et donc l'accès aux informations qui pourraient permettre d'établir l'existence d'une fraude.

Dans son arrêt célèbre du 18 janvier 2011, la Cour de Cassation a rappelé que lorsque le licenciement ne résultait que d'un choix stratégique, il était nécessairement sans cause réelle et sérieuse. « (Cass. Soc 18 janvier 2011 n°09-69.199 (n°199 FS-PBR) Sté Jungheinrich c/ Delimoges RJS 2011 n°55 + pièce n°25).

Cette période semble révolue car sous couvert de délimitation géographique, puis de définition du secteur d'activité, l'ordonnance semble donner une autorisation de licencier à une multinationale qui aura stratégiquement décidé, sans rencontrer aucune difficulté au niveau mondial, de baisser son activité en France. Cette situation peut se rencontrer d'autant plus facilement que le nouvel article L 1233-3 du Code du Travail issu de la loi n°2016-1088 du 8 août 2016 et KHOMRI permet de licencier en cas de simple baisse de chiffre d'affaires.

### **B. Définition du groupe**

L'ordonnance prévoit que « *Le groupe est défini conformément au I de l'article L. 2331-1 du code du travail* » qui renvoie à une définition reposant sur la détention de capitaux.

Cette définition reprend celle récemment adoptée par la Cour de Cassation, pour la délimitation de la cause économique dans un arrêt du 16 novembre 2016 à la différence notable que la Cour avait précisé « *sans qu'il y ait lieu de réduire le groupe aux entreprises situées sur le territoire national* » (Cass. soc. 16 novembre 2016 n° 15-19.927 (n° 2047 FS PBRI), B. c/ Sté Laurent M. ès).

### **C. Restriction de la définition du secteur d'activité**

Le secteur d'activité était apprécié largement par la Cour de Cassation qui prenait en considération l'objet de l'activité économique du groupe, quelles que soient les différences tenant aux modes et aux caractéristiques des produits. (Cass. soc. 10-12-2014 n° 13-19.794 (n° 2222 F-D), Sté JTEKT automotive Dijon Saint-Etienne c/ R.). La spécialisation d'une entreprise au sein d'un groupe ne suffit pas à exclure son rattachement au secteur d'activité du groupe au niveau duquel doivent être appréciées les difficultés économiques. (Cass. soc. 8-7-2008 n° 06-45.934 (n° 1357 F-D), Q. c/ Sté Aro : RJS 10/08 n° 966).

L'Ordonnance prévoit que « *Le secteur d'activité permettant d'apprécier la cause économique du licenciement est caractérisé, notamment, par la nature des produits biens ou services délivrés, la clientèle ciblée, les réseaux et modes de distribution, se rapportant à un même marché.* »

Cette modification, comme la réduction du périmètre au niveau national, a pour objet de permettre de réduire le cadre d'appréciation des motifs économiques alors que le domaine d'activité de la Société peut dégager d'excellents résultats. Cela pourra correspondre tout à fait à une stratégie de groupe de délaisser un marché ou un produit plutôt qu'un autre alors qu'il ne rencontre aucun problème économique dans son domaine d'activité.

Sous couvert de définition des notions de périmètres géographique, du groupe et du secteur d'activité, le gouvernement autorise les licenciements de pure stratégie en France, règles qui profiteront surtout aux multinationales.

---

## **Titre II : Chapitre 2 : Obligations de reclassement en matière de licenciement pour motif économique**

---

### **A. Restriction du périmètre du groupe**

Dans son arrêt du 16 novembre 2016, la Cour de Cassation rappelait la distinction entre le « *groupe de reclassement* » issue de la jurisprudence d'une part et le groupe capitalistique défini par le Code du Travail d'autre part pour la cause économique et l'appréciation des moyens pour évaluer le PSE (Cass. Soc. 16 novembre 2016 N° de pourvoi : 15-15190).

Or, l'Ordonnance revient sur cette distinction en limitant la recherche de reclassement au groupe capitalistique défini par le Code du Travail. (Article 19)

L'Ordonnance précise que la recherche de reclassement doit s'opérer dans les entreprises « *dont l'organisation, les activités ou le lieu d'exploitation assurent la permutation de tout ou partie du personnel* », laissant penser que l'on garde la définition jurisprudentielle protectrice.

Néanmoins, la précision selon laquelle « *Le groupe est défini conformément au I de l'article L. 2331-1 du code du travail.* » renvoie directement au groupe capitalistique ayant un périmètre plus restreint.

Le gouvernement restreint le périmètre de reclassement limitant ainsi les possibilités d'un retour à l'emploi pour les salariés.

### **B. Fin de l'obligation d'offre de reclassement individualisé**

**« Des procédures de reclassement plus transparentes et plus équitables, grâce à l'accès à l'ensemble des emplois disponibles dans l'entreprise ».**

**FAUX : il s'agit là d'une grave remise en cause de la jurisprudence**

L'article L. 1233-4 alinéa 3 est ainsi rédigé « *Les offres de reclassement proposées au salarié sont écrites et précises* ».

La jurisprudence constante en déduisait que « *L'exécution de l'obligation de reclassement ne peut résulter de la seule communication aux intéressés d'une liste de postes disponibles dans le groupe* ». (Cass. soc. 23-4-2013 n° 12-15.221 (n° 761 FS-PB).

Or, l'Ordonnance prévoit désormais que le dernier alinéa de l'article L. 1233-4 du Code du Travail est remplacé par les mots : « *Les offres de reclassement sont : 1° Adressées directement par écrit au salarié, ou ; 2° Communiquées par tout moyen au salarié via une liste. Ces offres sont précises et concrètes.* ».

Ainsi, l'employeur n'aura plus l'obligation de réaliser une offre personnalisée de reclassement, alors que c'est lui qui connaît l'adéquation des compétences des salariés aux postes qu'il peut proposer.

Les salariés vont se trouver démunis face à une liste d'emplois dont ils ne savent pas s'ils sont en rapport avec leur compétences et qualifications

Par ailleurs, les ordonnances précisent que « *Les modalités d'application du présent article sont précisées par décret* » et abrogent l'article L 1233-4-1 qui encadrait les modalités de reclassement à l'international qui avaient déjà été modifiés au détriment des salariés par loi Travail n°2016-1088 du 8 août 2016 EL KHOMRI.

Il existe donc une immense incertitude sur le cadre de l'obligation de l'employeur de proposer, y compris par liste, de proposer les emplois situés en dehors du territoire national.

### **Mesures transitoires :**

➤ ***Périmètre national du reclassement en cas de licenciement pour inaptitude et de licenciement économique*** : La réduction du périmètre de reclassement ne sera pas applicable immédiatement mais à compter **de la publication des décrets d'application et, au plus tard, le 1<sup>er</sup> janvier 2018.**

---

## **Titre II : Chapitre 3 : Critères d'ordre des licenciements (article 21)**

---

### **A. Périmètre d'application**

Aux termes d'une jurisprudence constante « *Le cadre de l'ordre de licenciement est l'entreprise, sauf accord collectif conclu à ce niveau* » (Cass. soc. 17-2-2016 n° 14-23.963 (n° 384 FS-D) BS 5/16 inf. 409).

La loi n°2015-990 du 6 août 2015 avait déjà ouvert la possibilité aux employeurs de réduire unilatéralement le périmètre de l'entreprise jusqu'à la zone d'emploi en cas de plan de sauvegarde de l'emploi c'est-à-dire en cas de licenciement collectif pour motif économique dans une même période de 30 jours.

L'ordonnance élargit cette possibilité à l'article L.1233-5 du Code du Travail au licenciement collectif pour motif économique de moins de dix salariés dans une même période de trente jours.

Ainsi, excepté en cas de licenciement économique individuel, l'employeur aura la possibilité de choisir comme périmètre d'application la zone d'emploi qui correspond aux termes de l'article D 1233-2 du Code du travail, à celles référencées dans l'atlas des zones d'emploi établi par l'Insee et les services statistiques du ministère de l'emploi.

**En conclusion, l'employeur peut désormais plus facilement choisir, cibler les salariés à licencier en cas de licenciement collectif pour motif économique.**

---

## **Titre II : Chapitre 5 : Conséquences de la mise en place d'un CSE sur les dispositions relatives au licenciement économique**

---

### **A. Délai d'un mois pour rendre l'avis du comité dans les procédures de moins de 10 salariés sur 30 jours**

L'Ordonnance précise (L.1233-8 du Code du Travail) qu'en cas de licenciement économique de moins de 10 salariés pendant une période de 30 jours, le comité social et économique rend son avis dans un délai qui ne peut être supérieur à un mois, à compter de la date de sa première réunion au cours de laquelle il est consulté,

Ce délai est celui de droit commun depuis la loi n°2015-990 du 6 août 2015 excepté qu'il était possible de rallonger ce délai en cas de recours à un expert (deux mois) ou de consultation du CHSCT (3 mois).

L'ordonnance raccourcit donc les délais de procédure dans le cadre des procédures de licenciement économiques de moins de 10 salariés, ne donnant pas un temps suffisant au comité économique et sociale pour négocier les mesures sociales et de comprendre les conséquences sur les conditions de travail et la charge de travail des salariés qui restent.

### **B. Droit à expertise du comité d'entreprise (article 23)**

#### **L'objet de l'expertise**

L'ordonnance (article L. 1233-10) prévoit que l'employeur consulte le nouveau comité social et économique sur « *les conséquences de la réorganisation en matière de santé, de sécurité ou de conditions de travail.* » Ceci résulte de la fusion des institutions représentatives du personnel.

Néanmoins, s'agissant du droit à expertise du CSE en cas de licenciement économique de plus de 10 salariés, le projet de l'article L. 1233-34 prévoit que le comité social et économique peut recourir à une expertise pouvant porter sur les domaines économique et comptable ainsi que sur les effets potentiels du projet sur les conditions de travail.

Ainsi, les mots santé et sécurité ont disparu. Cette suppression est illogique dans la mesure où il est prévu expressément que l'employeur consulte le comité social et économique sur les domaines de la santé et la sécurité.

Les licenciements économiques ont de forts impacts psychologiques tant sur les salariés licenciés que sur ceux qui restent. Ces derniers peuvent faire face à de véritables difficultés sur le plan de la santé eu égard à une possible augmentation de la charge de travail.

Il est donc essentiel que l'expertise porte également sur les questions de santé et de sécurité, ce qui évitera (i) au comité de devoir prouver l'existence d'un projet important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail en application de l'article L 2315-93 du Code du Travail, et (ii) à l'employeur de financer une deuxième expertise.

---

## **Titre 1<sup>er</sup> Chapitre 2 : Sanctions du licenciement économique**

---

Aux termes de l'ordonnance, et du nouvel article L 1235-3-1 du Code du Travail : « L'article L. 1235-3 (relatif au barème) n'est pas applicable lorsque le juge constate que le licenciement est nul en application d'une disposition législative en vigueur ..... ».

Pourtant, la nullité du licenciement économique prévue par l'article L.1235-10 du Code du Travail en cas d'insuffisance ou d'absence du plan de sauvegarde de l'emploi n'est pas visée expressément par l'ordonnance.

En effet, l'ordonnance prévoit que « Les nullités mentionnées à l'alinéa précédent sont celles qui sont afférentes à la violation d'une liberté fondamentale, à des faits de harcèlement moral ou sexuel dans

*les conditions mentionnées aux articles L. 1152-3 et L. 1153-4, à un licenciement discriminatoire dans les conditions prévues à l'article L. 1134-4 ou consécutif à une action en justice en matière d'égalité professionnelle entre hommes et femmes dans les conditions mentionnées à l'article L. 1144-3 ou en matière de dénonciation de crimes et délits dans les conditions prévues à l'article L. 1232-3-3, ou de l'exercice d'un mandat par un salarié protégé mentionné au chapitre premier du titre premier du livre IV de la deuxième partie, ainsi que des protections dont bénéficient certains salariés en application des articles L 1225-71 et L 1226-13.*

Ainsi le barème de licenciement pourrait être applicable en cas d'absence ou d'insuffisance du PSE. Compte tenu des coûts des plans de sauvegarde de l'emploi, l'employeur aurait donc tout intérêt à ne pas mettre en place de plans de sauvegarde de l'emploi et attendre tranquillement une condamnation des années après qui lui coûtera moins cher que la mise en œuvre d'un plan de sauvegarde de l'emploi. Cela signerait la fin des mesures sociales pour les salariés.

L'Ordonnance raccourcit donc les délais de procédure dans le cadre des procédures de licenciement économiques de moins de 10 salariés, ne donnant pas un temps suffisant au comité économique et sociale pour négocier les mesures sociales et de comprendre les conséquences sur les conditions de travail et la charge de travail des salariés qui restent.

---

### **Titre III Chapitre 1 Article 24 : "Favoriser le télétravail"**

---

Pour mémoire, le régime actuel du télétravail trouve sa source dans :

- L'ANI du 19 juillet 2005
- La loi n° 2012-387 du 22 mars 2012

Ce que change l'ordonnance :

#### **A. La définition du télétravail :**

Le télétravail est jusqu'ici désigné comme : « *toute forme d'organisation du travail dans laquelle un travail qui aurait également pu être exécuté dans les locaux de l'employeur est effectué par un salarié hors de ces locaux de façon régulière et volontaire en utilisant les technologies de l'information et de la communication* »,

La suppression des mots « *régulière et* » offre ainsi la possibilité du recours au télétravail « ponctuel » dont on devine par avance qui en sera l'initiateur. .. Les autres modifications viendront confirmer cette première approche.

#### **B Le cadre juridique :**

Jusqu'ici, le télétravail devait s'organiser dans le cadre du contrat de travail ou d'un avenant.

Tel ne sera plus le cas puisque le recours au télétravail sera désormais encadré par l'accord collectif ou, à défaut vers une « charte élaborée par l'employeur après avis du comité social et économique, s'il existe ».

Cet accord ou cette charte déterminera :

- Les conditions de passage en télétravail et les conditions de retour à une exécution du contrat de travail sans télétravail
- Les modalités d'acceptation par le salarié des conditions de mise en œuvre du télétravail
- Les modalités de contrôle du temps de travail ou de régulation de la charge de travail.
- La détermination des plages horaires durant lesquelles l'employeur peut habituellement contacter le salarié en télétravail.
- Les modalités de contrôle du temps de travail.

Si le nouveau texte maintient le principe selon lequel le refus d'accepter un poste de télétravailleur n'est pas un motif de rupture du contrat de travail et introduit l'obligation pour l'employeur de motiver le refus du passage au télétravail et le caractère volontaire du télétravail, le passage du contrat à l'accord collectif modifie considérablement la philosophie de ce régime, telle qu'elle avait été dessinée par l'ANI de 2005 et la jurisprudence de la Cour de cassation.

En d'autres termes, le salarié n'a plus la main et le nouveau régime ouvre en grand la porte du télétravail en réalité imposé.

La Cour de cassation considère en effet que l'employeur ne peut pas remettre unilatéralement en cause le télétravail, lequel a pour effet de contractualiser le lieu de travail (Cass. soc., 31 mai 2006, n° 04-43.592 : 5). Dans le même esprit, elle juge que l'employeur ne peut supprimer unilatéralement la clause offrant la faculté au salarié de travailler exceptionnellement à son domicile avec l'autorisation de sa hiérarchie (Cass. soc., 4 avr. 2012, n° 11-10.628)

Toujours selon la jurisprudence le retour du salarié dans l'entreprise implique donc nécessairement l'accord des deux parties (Cass. soc., 13 févr. 2013, n° 11-22.360 Cass. soc., 12 févr. 2014, n° 12-23.051), sauf dans l'hypothèse où le passage au télétravail a été convenu pour une durée déterminée.

L'entrée (et la sortie) du télétravail seront donc désormais régis par l'accord d'entreprise ou même par une charte élaborée par l'employeur....

Cette forme de travail, un temps considéré comme une modalité offerte au salarié pour des motifs qui lui étaient propres, est réintégré dans la sphère du pouvoir de direction de l'employeur sous la seule condition d'un accord collectif ou d'une charte...Le salarié se trouve donc totalement dépossédé de la fixation des règles et il n'est plus question de faire du "sur mesure"...sauf pour l'employeur.

### **Mais ce n'est pas tout.**

#### **L'article 24 de l'ordonnance supprime une obligation qui pesait légalement jusqu'ici sur l'employeur.**

L'obligation faite à l'employeur de prendre en charge tous les coûts découlant directement de l'exercice du télétravail, notamment le coût des matériels, logiciels, abonnements, communications et outils ainsi que de la maintenance de ceux-ci est purement et simplement supprimée...

Cette obligation figurait également dans l'ANI de 2005.

Les promoteurs de l'ordonnance répondront sans doute que cela devra être traité par l'accord ou la charte, à ceci près que cette matière n'entre pas dans les matières obligatoirement traitées selon le nouveau texte de l'article L 1222-10.

Il reste à savoir si cette nouvelle orientation du législateur conduira la Cour de cassation à revenir sur sa jurisprudence selon laquelle le salarié peut prétendre à une indemnité au titre de l'occupation de son domicile à des fins professionnelles dès lors qu'un local professionnel n'est pas mis effectivement à sa disposition (Cass. soc., 12 déc. 2012, n° 11-20.502 ).

**En conclusion**, en admettant le télétravail ponctuel (en réalité à la demande de l'employeur), en transférant vers l'accord collectif ou, mieux encore, vers la charte unilatérale, ce qui devait faire auparavant l'objet du contrat ou d'un avenant, et en ménageant la possibilité de mobiliser le matériel personnel du salarié, cet article s'inscrit bien dans l'inspiration très patronale des ordonnances : celles et ceux qui envisageaient le télétravail comme une amélioration de leurs conditions de travail ou comme un mode de vie devront cesser de rêver. **Le télétravail se trouve ainsi entièrement colonisé par les besoins de l'entreprise.**

**“ Des règles encadrant les CDD correspondant à la spécificité des secteurs d'activité, négociées et mises en place par accord de branche, dans le cadre de la nouvelle compétence de branche sur la gestion et la qualité de l'emploi ».**

**Faux : Loin de permettre une adaptation aux spécificités de l'entreprise, les contrats précaires permettent simplement de bénéficier d'une main d'œuvre docile et renouvelable à merci**

Le gouvernement, probablement conscient de l'impopularité évidente de cette mesure, a préféré la passer sous silence, sans s'étendre sur le sujet. Il ne fait d'ailleurs aucune référence aux contrats de missions, applicables aux salariés intérimaires.

Depuis leur instauration dans leur forme actuelle, le CDD et le contrat de mission sont utilisés par toutes les entreprises, sans distinction d'activité. Que ce soit dans le secteur tertiaire, médical, industriel, ou dans le commerce, ces contrats servent, au mieux, de période d'essai aménagée, et bien souvent de substitut au Contrat à Durée Indéterminée.

Leur précarité évidente réside dans la soumission nécessaire du salarié au bon vouloir de son employeur, notamment en matière de travail du dimanche, de nuit, à temps partiel,...

En effet, n'ayant aucune certitude sur la pérennité de leur emploi, nombre de salariés préfèrent accepter l'inacceptable plutôt que de se retrouver privés de tout revenu.

Ce que le gouvernement ne précise pas, c'est qu'il ne s'agit pas de permettre aux branches de déterminer et de préciser le recours aux contrats précaires que sont les contrats à durée déterminée et les contrats d'intérim, mais bien d'augmenter les possibilités, pour les employeurs, d'y recourir.

Quel secteur d'activité n'a pas intérêt à bénéficier d'une main d'œuvre docile, puisque menacée en permanence du non renouvellement de son CDD ?

Actuellement, les recours aux CDD et contrats de mission sont encadrés par des règles strictes, qui connaissent des exceptions selon les motifs de recours à ces types de contrats mais qui demeurent, à ce jour, à la marge :

- Ils sont d'une durée maximale de 18 mois (incluant tous les renouvellements)
- Le nombre de renouvellement est limité à 2, ce qui empêche de poser, par exemple, des échéances tous les mois,

Lorsque le contrat se termine, l'employeur ne peut conclure un nouveau contrat précaire avec le salarié sans attendre l'expiration d'un délai de carence dissuasif, s'élevant au tiers ou la moitié de la durée du contrat. Cette mesure permet de limiter le recours aux contrats précaires comme substitut aux CDI.

Le projet d'ordonnance prévoit qu'un accord de branche peut définir la durée maximale d'un contrat précaire, le nombre maximal de renouvellements possibles, ainsi que la durée, voir l'absence du délai de carence applicable entre deux contrats précaires.

Les dispositions qui faisaient loi jusqu'à ce jour ne s'appliqueraient qu'à défaut de précision dans les accords de branche.

Cela implique qu'un accord de branche peut, sans aucune limite légale :

- augmenter la durée maximale d'un CDD ou d'un contrat de mission,
- augmenter le nombre de renouvellement de ce CDD ou de ce contrat de mission,
- supprimer ou réduire le délai de carence à l'expiration de la durée maximale du CDD ou du contrat de mission.

En pratique, cela permettra aux employeurs d'embaucher un salarié pour un CDD d'un mois, et de le renouveler de mois en mois, si le salarié le satisfait, pendant une durée que l'on peut imaginer extrêmement importante.

On peut imaginer, sans jouer les Cassandre, que cela permettra à l'employeur d'influer, notamment, sur les votes dans les fameux référendums sur les accords d'entreprise, ou encore d'obtenir des engagements de salariées à ne pas tomber enceintes...

L'accord de branche peut, au surplus, prévoir de supprimer ou de réduire à peau de chagrin le délai de carence entre deux CDD ou contrats de mission, une fois la durée maximale atteinte. Cela permettra aux employeurs, qui, par miracle, atteindraient la durée maximale par voie de renouvellements répétés, de simplement mettre fin au contrat de travail pour en conclure un nouveau, prévoyant peut-être une baisse de salaire, ou une augmentation du temps de travail.

Cette mesure permet aux accords de branches d'aménager, sans aucun garde-fou contrairement à ce que sous-entend le gouvernement dans ses apparitions médiatiques, les règles applicables aux contrats précaires, en supprimant ou tout comme l'ensemble des contraintes de durée, de nombre de renouvellement et de délai de carence.

Si le gouvernement n'a pas permis aux dits accords de branche d'altérer le montant de la prime de précarité, c'est parce qu'il a préféré octroyer aux employeurs un nouvel outil, permettant de supprimer purement et simplement cette prime : les contrats de chantier, ou d'opération.

De même, compte-tenu de l'utilisation actuelle, avec l'aval toujours croissant de la jurisprudence, de ces contrats précaires pour pourvoir des emplois pourtant stables et durables, notamment dans la santé, le commerce ou l'industrie, était-il réellement utile de modifier les motifs de recours qui ne constituent déjà pas, à ce jour, une limite sérieuse pour les entreprises ?

Enfin, dans la mesure où le nombre de renouvellement peut être étendu autant que les accords de branche le souhaitent, quel intérêt subsiste-t-il à faciliter les ruptures anticipées de ces contrats précaires quand il suffit de leur fixer des termes très brefs, soumis éventuellement à renouvellement ?

Par ces mesures, le gouvernement continue d'élargir l'éventail de possibilités de maintenir un salarié dans la précarité à très long terme. Qu'en sera-t-il des dossiers de location d'appartement, des éventuelles demandes de crédits bancaires, ou encore de formation professionnelle en cours de carrière ? "

### **Application dans le temps :**

***Durée des CDD et contrats d'intérim*** : Dès la publication de l'ordonnance, les branches pourront augmenter la durée maximale des contrats précaires, augmenter le nombre de renouvellements et alléger les garanties relatives aux délais de carences entre deux contrats. Seront donc concernés les salariés embauchés ou renouvelés après la conclusion des accords de branche.

### **Titre III – Chapitre 3 : Le recours aux contrats à durée indéterminée de chantier ou d'opération**

Définition du contrat de chantier : contrat de travail par lequel un employeur engage un salarié en lui indiquant dès l'embauche que le contrat est exclusivement lié à la réalisation d'un chantier, mais dont la durée ne peut être préalablement définie avec certitude.

Le dossier de presse relatif à la présentation des ordonnances en application de la loi d'habilitation du 31 août 2017 mentionne un point n°18 intitulé « *La possibilité d'accéder à des contrats de chantier grâce à la négociation d'accord de branche fixant les règles permettant d'y recourir* ».

**Selon le gouvernement, « le contrat de chantier permet au salarié de disposer des mêmes droits et protections qu'un salarié en CDI, notamment en matière de formation »**

**FAUX : Ce faux CDI n'offre en aucun cas des garanties pour le salarié.**

Un contrat sans date de fin mais destiné à prendre fin dans un temps relativement court ne saurait être aussi protecteur qu'un contrat à durée indéterminée, qui, par définition, sauf motif survenant en cours de contrat (motif économique, faute, inaptitude, etc.), a vocation à durer.

Sur la formation en particulier, l'ordonnance n°3 ne prévoit aucun dispositif supplémentaire dans le cadre du contrat de chantier ou d'opération.

Pour rappel :

La participation obligatoire au financement de la formation professionnelle continue se calcule à partir des effectifs incluant les salariés en CDI comme les salariés en CDD.

Le salarié en CDD a aussi droit à bénéficier d'un congé individuel de formation.

Le salarié en CDD possède aussi un Compte Personnel de Formation qu'il alimente au cours de son contrat.

Il peut également solliciter un congé pour validation des acquis de l'expérience

**Ce faux CDI n'offre donc en aucun des garanties supplémentaires pour le salarié.**

#### **PIRE**

Dans les domaines où les salariés travaillent par mission et sont engagés en CDI, ils profitent en pratique des périodes d'inter contrat pour se former.

**Selon le gouvernement, il « offre une garantie d'emploi généralement plus longue que la durée maximum d'un CDD ».**

**FAUX : On ne peut préjuger de la durée des chantiers qui pourront donner lieu à de tels contrats.**

On verra plus loin que le dispositif instauré par l'ordonnance Macron ne précise en rien les caractéristiques que doivent offrir les missions pouvant donner lieu à un contrat de chantier ou d'opération : le champ de la négociation est illimité.

Conséquence : pourquoi donc à l'avenir, les employeurs utiliseraient ils le CDD puisque le CDI de chantier permet :

- de ne pas avoir à justifier d'un motif de CDD (restreints par la loi)
- de ne pas payer la prime de précarité et verser à la place une indemnité de licenciement beaucoup moins importantes !!!

Exemple :

Cas du CDI d'opération :

*Ancienneté au moment du licenciement : 1 an*

*Salaire brut : 2000 € / mois*

*Indemnité : Indemnité de licenciement égale à ¼ de mois de salaire par année d'ancienneté soit la somme de 500 € nette*

Cas du CDD :

*Ancienneté au moment du licenciement : 1 an*

*Salaire brut : 2000 € / mois*

*Indemnité : Indemnité de précarité égale à 10 % du salaire brute sur la totalité du contrat soit la somme de 2400 € brute (environ 30% de cotisations)*

**Selon le gouvernement, il garantit également pour les salariés « l'assurance de toucher des indemnités à la fin de sa mission. »**

**FAUX : C'est précisément le seul contrat qui n'ouvre pas droit à des indemnités de rupture**

Toute fin de contrat donne lieu à des indemnités :

- Allocations pôle emploi en cas de licenciement, fin de CDD ou rupture conventionnelle (si cotisations suffisantes)
- Indemnité de licenciement pour les CDI (sauf faute grave ou faute lourde)
- Prime de précarité pour les CDD

**Enfin, selon le gouvernement, « Le contrat de chantier offre par ailleurs le temps utile pour les entreprises pour investir sur leurs salariés qui, une fois le chantier achevé, pourront être attachés à la réalisation d'autres missions ou définitivement embauchés si les conditions économiques le permettent »**

**ENCORE FAUX ! Le CDI de chantier est en réalité un CDD déguisé sans la protection légale du CDD**

En effet, la généralisation du contrat de chantier ou d'opération c'est en réalité la possibilité pour les entreprises de s'affranchir des contraintes liées à l'embauche en CDD (prime de précarité, motif précis du CDD, etc.) sans être contraint par un CDI, beaucoup plus protecteur pour le salarié et plus contraignant pour l'employeur (afin de mettre fin au contrat, il faut un motif : ici, le motif de la fin du contrat est prévu dans le contrat).

**Si l'ordonnance entre en vigueur, il sera généralisé : plus de facilités pour l'employeur et moins de droits pour le salarié.**

## **POUR L'INSTANT :**

Le code du travail ne s'étend pas beaucoup sur les contrats de fin de chantier : il existe un article sur le licenciement pour fin de chantier mais c'est surtout la jurisprudence qui est venue étoffer et encadrer ce type de contrat.

A l'origine, ce contrat n'était autorisé que dans le secteur du BTP (Circulaire Boulin).

Par la suite, il a été généralisé, à une condition cependant :

Il ne peut être conclu que dans les secteurs d'activité où il est d'usage constant de recourir à un tel type de contrat (exemple le plus fréquent : secteur du BTP).

En effet, les licenciements de fin de chantier doivent « revêtir un caractère normal selon la pratique habituelle et l'exercice régulier de la profession considérée ».

A ce titre, ils échappent au droit du licenciement économique et revêtent les caractéristiques d'un licenciement pour motif personnel (article L1236-8 du Code du travail).

Pour cela, plusieurs conditions doivent être réunies et le licenciement doit :

- Être exclusivement justifié par la fin d'un chantier et donc ne pas être notifié avant la fin du chantier pour lequel le contrat avait été conclu et ne pas dissimuler de réels motifs économiques.
- Avoir un caractère normal : l'administration a défini ce qu'elle considérerait comme un licenciement normal :
  - Pas de réemploi possible à la fin de la mission
  - Refus par le salarié de l'offre faite par écrit d'être employée sur un autre chantier
- Être une pratique habituelle dans le secteur d'activité

Tous les secteurs d'activités peuvent être concernés.

En dehors du secteur du BTP, le juge doit être très vigilant pour vérifier la validité de ce licenciement et vérifier quelles sont les caractéristiques de la profession exercée par l'entreprise et si la rupture pour fin de chantier y est de pratique habituelle.

## **SI L'ORDONNANCE ENTRE EN VIGUEUR :**

Une section III intitulée « contrat à durée indéterminée de chantier ou d'opération » est créée dans le code du travail (*Première partie : Les relations individuelles de travail / Livre II : Le contrat de travail / Titre II : Formation et exécution du contrat de travail*).

Les articles L1223-8 et L1223-9 sont créés :

Le premier prévoit la possibilité pour une convention ou un accord collectif de branche étendu de définir les raisons permettant de recourir à un CDI conclu pour la durée d'un chantier ou d'une opération.

A défaut, le contrat pourra être conclu dans les secteurs où son usage est habituel et conforme à l'exercice régulier de la profession qui y recourt au 1<sup>er</sup> janvier 2017.

En conséquence : dorénavant, il n'est plus nécessaire de rechercher si le licenciement de fin de chantier revêt un caractère normal selon la pratique habituelle et l'exercice régulier de la profession considérée.

En effet, le contrat de chantier est ainsi généralisé, sans limite, et sans considération du secteur d'activité et de sa pratique habituelle.

L'article L1223-9 donne quant à lui des indices, en réalité des conseils aux partenaires sociaux :

Pourront définir la possibilité de mettre en place des contrats de chantier ou d'opération :

- la taille de l'entreprise concernée
- l'activité concernée
- les mesures d'information du salarié sur la nature de son contrat
- les contreparties en termes de rémunération et indemnité de licenciement

- les garanties en termes de rémunération.

Il n'y a aucune limite, ni aucune garantie minimale.

L'employeur qui, dans beaucoup de situations, n'aurait pu engager en CDD, faute de motif, pourra non seulement priver son salarié des garanties liées à un véritablement CDI mais également celles, pourtant déjà faibles, liées au CDD.

L'article L1236-8 du Code du travail est modifié (article 34 de l'ordonnance, p.29 et 30) :

- La fin du chantier ne donnera plus lieu à un licenciement pour motif personnel
  - La fin de chantier constituera un motif spécifique de rupture du contrat de travail
  - Ce licenciement sera réputé comme reposant sur une cause réelle et sérieuse
- La convention ou l'accord collectif de branche devra prévoir des modalités adaptées de rupture du contrat si le chantier ou l'opération n'a pas pu se réaliser (nouvel article L1236-9 du Code du travail)

En conclusion, le gouvernement prétend qu'il offre des garanties supplémentaires pour les salariés.

En réalité, il offre une plus grande latitude aux employeurs, sans toutefois offrir une protection accrue pour les salariés.

Au contraire, ce CDI de chantier ou d'opération est beaucoup moins protecteur que le CDI et offre également moins de garanties que le CDD.

La conséquence, c'est la précarité.

### **Application dans le temps :**

**CDI de chantier ou d'opération** : Dès la publication de l'ordonnance, les branches pourront permettre la conclusion de ces contrats.

### **Article 22 « Faciliter les reprises des entités économiques autonomes »**

La « *sécurisation des relations de travail* » est l'objectif affiché par le gouvernement concernant ces mesures.

**FAUX** : l'article 22 généralise une exception à l'obligation de maintien des contrats de travail en cas de reprise d'entreprise par application de l'article L. 1224-1 du Code du travail.

Le Gouvernement étend ici une exception créée par la loi EL KHOMRI, mais réservée jusque-là aux entreprises ou établissements d'au moins 1000 salariés.

Désormais, concernant toutes les entreprises mettant en œuvre un PSE, l'obligation pour le repreneur de maintenir les contrats de travail ne s'applique que dans la limite du nombre des emplois qui n'ont pas été supprimés par des licenciements économiques.

### **Article 37 « Sécuriser la poursuite des contrats de travail entre deux entreprises prestataires lorsqu'un accord de branche le prévoit »**

Une nouvelle fois, l'emploi par le Gouvernement du terme « sécuriser » signifie, en réalité, « rassurer » l'employeur.

Il est ainsi prévu que dans l'hypothèse où un accord de branche étendu prévoit la poursuite des contrats de travail en cas de succession d'entreprises dans l'exécution d'un marché, les salariés du nouveau prestataire ne pourront pas réclamer les avantages obtenus, avant le transfert, par les salariés de l'ancien prestataire.

**Cerise sur un gâteau déjà amer** : cette disposition s'appliquera sans délai à toutes les situations en cours, quelle que soit la date à laquelle les contrats de travail ont été poursuivis.

**Article 36 « Recours au prêt de main d'œuvre à but non lucratif »**

Le principe, prescrit par l'article L. 8241-1 du Code du travail, selon lequel « *toute opération à but lucratif ayant pour objet exclusif le prêt de main d'œuvre est interdite* » recule.

Le Gouvernement permettra ici la mise à disposition de salariés des grandes entreprises auprès de jeunes, de petites et moyennes entreprises dans un intérêt purement commercial.

Alors que le montant facturé à l'entreprise utilisatrice sera inférieur aux salaires, charges et frais professionnels remboursés à l'intéressé, le Gouvernement précise que ce prêt de main d'œuvre n'aura pas de... but lucratif.

## ORDONNANCE 4

### **ORDONNANCE RELATIVE A L'EXTENSION ET ELARGISSEMENT DES ACCORDS ET FONDS PARITAIRE DE FINANCEMENT**

#### **Sur l'extension des accords :**

Jusqu'ici, le texte de l'article L 2261-25 permettait au Ministre d'exclure de l'extension les clauses ne répondant pas à la situation de la branche ou des branches dans le champ d'application considéré. Le nouveau texte y ajoute les clauses « de nature à porter une atteinte excessive à la libre concurrence compte tenu des caractéristiques du marché concerné »

L'orientation est ainsi clairement donnée, qui fait prévaloir la libre concurrence sur les droits collectifs et individuels des salariés.

Pour l'extension des conventions de branches, il faut nécessairement qu'une convention de branche comporte des stipulations spécifiques pour les entreprises de - 50 salariés ou justifie des motifs pour lesquels ils ne comportent pas de telles stipulations. (Nouvel article L 2261-19 dernier alinéa de l'ordonnance n° 1 article 2 page 3)

Autre innovation, qui caractérise bien la prise en tenaille de l'accord de branche entre une loi qui se vide de sa substance et les accords d'entreprise que l'on entend privilégier : Le ministre est désormais autorisé à étendre les clauses incomplètes d'une convention de branche au regard des dispositions légales sous réserve que les compléments soient prévus par la convention d'entreprise dans l'hypothèse où la loi renvoie la mise en œuvre d'une disposition à la conclusion d'une convention de branche ou d'entreprise.

Enfin, le Ministre pourra désormais, de sa propre initiative ou à la demande d'une organisation syndicale ou d'une organisation d'employeur, saisir un groupe d'experts chargé d'apprécier les effets économiques et sociaux de l'extension. Les conditions de désignation de ce groupe seront fixées par décret. (Article L 2261-27-1 nouveau)

#### **Sur l'élargissement des accords :**

L'ordonnance étend les possibilités d'élargissement des accords. L'élargissement étant plutôt rare, un bref rappel : l'élargissement permet d'entendre à une autre branche, dépourvue de convention collective, l'application de la convention collective d'une branche voisine.

Ainsi le Ministre pourra désormais :

- Procéder à l'élargissement en cas d'absence ou de carence des organisations de salariés ou d'employeurs se traduisant par une impossibilité persistante de conclure dans une branche d'activité ou un secteur professionnel ou territorial déterminé un accord. (L 2261-17)
- Procéder à l'élargissement à un secteur professionnel de tout ou partie d'une convention ou d'un accord professionnel (L 2261-17)
- Procéder à l'élargissement des conventions et accords prévoyant des stipulations spécifiques pour les entreprises de moins de 50 salariés à un autre secteur professionnel ou territorial. (L 2261-17)

NB : la rédaction très particulière de l'ordonnance conduit à s'interroger sur le maintien ou la suppression de l'alinéa suivant de l'actuel article L 2261-17 selon lequel Le Ministre peut « *lorsque l'élargissement d'une convention ou d'un accord a été édicté conformément aux alinéas précédents, rendre obligatoires leurs avenants ou annexes ultérieurs eux-mêmes étendus dans le ou les secteurs visés par cet élargissement.* »

Le moins que l'on puisse en déduire est que les pouvoirs accrus en matière d'élargissement ne révèlent pas une grande confiance dans le devenir de la négociation de branche....

### **Sur le fonds paritaire de financement :**

Ce fonds est régi par l'article L 2135-11 du code du travail, très récemment modifié par la loi n°2016-1088 du 8 août 2016.

Pour mémoire, il a pour objet de financer activités, qui constituent des missions d'intérêt général pour les organisations syndicales de salariés et les organisations professionnelles d'employeurs concernées dans différents domaines listés par l'article susvisé.

Au nombre des conditions pour bénéficier de ce fonds figurait l'obligation de siéger dans les organismes paritaires collecteurs agréés. Cette condition est supprimée ;

Toutes les organisations représentatives pourront désormais en bénéficier et cela fait l'objet d'un ajout in fine de l'article L 2135-13.

Nous ne traitons pas ici de l'ordonnance 5.

Mais ce travail d'analyse encore une fois ne se veut pas exhaustif. Il ne s'agit par ailleurs que d'une étape. Le Syndicat des avocats de France restera vigilant sur l'évolution des textes (s'ils ne devaient pas être purement et simplement supprimés).