

ARTICLE

ORDONNANCES MACRON : RÉGRESSION OU ÉVOLUTION ?

Droit du travail et de la protection sociale | 08/09/17 | Emmanuelle Barbara Marie-Hélène Bensadoun
Diane Reboursier

Brouhaha médiatique et polémiques plus ou moins virulentes entourent le débat public depuis que, le 31 août dernier, Edouard Philippe et Muriel Pénicaud ont présenté au cours d'une conférence de presse remarquée le contenu de cinq projets d'ordonnances destinées à réformer le Code du travail.

Les réactions sont contrastées. Ceux qui s'érigent comme les défenseurs du *modèle social* dénoncent une atteinte portée au Code du travail compris comme une digue immuable face aux « abus patronaux ». Les autres accusent les premiers de passéisme et d'œuvrer pour le maintien d'un empilement de contraintes rédhitoires à l'activité économique et à l'attractivité de la France.

Les ordonnances sont-elles une *loi El Khomri XXL* dans laquelle les licenciements sont facilités ? Cette avancée vers plus de flexibilité pour les entreprises ruine-t-elle la dimension protectrice du droit du travail à l'égard des salariés ?

Soulignons à titre principal que la présente réforme ne peut être comprise sans tenir compte des propositions concernant les travailleurs indépendants déjà publiées à ce jour et des trois autres thèmes de transformation à venir : assurance chômage, formation professionnelle, retraite.

Il s'agit d'une réforme systémique concernant les actifs.

Dans l'attente de la version définitive des textes, nous avons sélectionné quelques mesures phares de cette future réforme afin de démêler le vrai du faux et de comprendre ce qu'elle va concrètement changer dans la vie des entreprises et des personnes.

1. Les ordonnances viennent révolutionner la hiérarchie des normes en donnant les pleins pouvoirs à l'accord d'entreprise. PLUTOT VRAI

Précisons que si la hiérarchie des normes n'est pas touchée, le **principe de faveur** selon lequel la norme inférieure doit être plus favorable que la norme supérieure, est considérablement réduit en ce qui concerne le rapport convention de branche/accord d'entreprise.

En effet, l'affirmation de principe figurant à l'article 1^{er} de la loi d'habilitation consiste à donner « *une place centrale à la négociation collective, notamment à la négociation d'entreprise* », ce que l'ordonnance concernée déploie. Voilà une invitation faite aux partenaires sociaux de terrain de s'emparer d'une démarche de co-construction du droit applicable à l'entreprise, dans une proportion jamais égalée.


On doit cependant nuancer l'étendue de la liberté consentie aux négociateurs des accords d'entreprise. Sujet très discuté depuis la loi El Khomri[1], le projet d'ordonnance n°1 relative au renforcement de la négociation collective renforce la place de l'accord d'entreprise tout en réservant à la branche un champ de compétences qui lui reste propre.

La réforme ne fait pas table rase du passé puisque le renforcement de l'accord d'entreprise par rapport à l'accord de branche (faculté de déroger à l'accord de branche par accord d'entreprise, même dans un sens moins favorable, puis application des dispositions de l'accord de branche à titre subsidiaire, en l'absence d'accord d'entreprise) est le fruit d'une logique initiée par la loi du 4 mai 2004[2], poursuivie par la loi du 20 août 2008[3], complétée par la loi du 8 août 2016[4] et parachevée par le présent projet d'ordonnance.

Cette nouvelle articulation s'organise en trois blocs :

Un **premier bloc** comportera les sujets pour lesquels la branche a une compétence exclusive. Dans ces matières, l'accord de branche prévaudra sur l'accord d'entreprise, sauf si l'accord d'entreprise assure des garanties au moins équivalentes. Il s'agit des onze matières listées à l'article L. 2253-1 du Code du travail dans sa réaction issue du projet d'ordonnance. Certaines de ces matières figurent déjà dans les textes actuels[5].

Un **second bloc** sera constitué de quatre thèmes pour lesquels l'accord de branche peut rendre ses dispositions impératives par l'insertion d'une clause de verrouillage[6]. Il s'agit de la prévention des effets de l'exposition aux facteurs de risques professionnels, l'insertion professionnelle et le maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés, l'effectif à partir duquel les délégués syndicaux peuvent être désignés, leur nombre et la valorisation de leur parcours syndical, et enfin les primes pour travaux dangereux et insalubres. La faculté donnée par les textes actuels à l'accord de branche de s'opposer à une dérogation par accord d'entreprise est donc supprimée dans toutes les autres matières, ce qui constitue la véritable nouveauté de l'ordonnance.



Dans l'ensemble des autres matières relevant de la négociation collective et qui ne seraient pas comprises dans les deux premiers blocs, c'est l'accord d'entreprise qui primera, qu'il soit conclu antérieurement ou postérieurement à la date d'entrée en vigueur de l'accord de branche. En l'absence d'accord d'entreprise, l'accord de branche s'appliquera[7].

L'enjeu consiste désormais à réussir à conclure des accords d'entreprises, notamment dans les PME /TPE, grâce aux nouveaux dispositifs de négociation.

2. Les ordonnances bouleversent l'architecture des institutions représentatives du personnel. VRAI

Un des apports majeurs du projet d'ordonnance n°2 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales est la reconfiguration des institutions représentatives du personnel. Délégués du personnel (DP), comité d'entreprise (CE) et comité d'hygiène, de la sécurité et des conditions de travail (CHSCT) seront en effet fusionnés dans une nouvelle instance unique : le **comité social et économique (CSE)**.

Ce nouveau comité social et économique sera obligatoirement mis en place dans les entreprises d'au moins onze salariés[8]. Dans les entreprises de 11 à 49 salariés, le CSE exercera des attributions proches de celles des actuels DP, légèrement remaniées afin de prendre en compte la petite taille des entreprises concernées. Dans les entreprises de 50 salariés et plus, le CSE reprendra l'essentiel des attributions du CE et du CHSCT et sera doté de la personnalité morale[9].

L'ordonnance prévoit également la création de commissions au sein du CSE. Ces commissions doivent être mises en place par accord d'entreprise majoritaire (50%). Seule la commission santé, sécurité et conditions de travail est prévue comme une disposition d'ordre public (obligatoire dans les entreprises et établissements d'au moins 300 salariés), la mise en œuvre des autres commissions par accord étant facultative. Toutefois, si aucun accord d'entreprise majoritaire n'est conclu, l'ordonnance impose la mise en place de commissions additionnelles en fonction de seuils : 3 commissions additionnelles pour les entreprises d'au moins 300 salariés (commission de la formation, commission d'aide au logement et commission de l'égalité professionnelle), 4 commissions pour les entreprises de plus de 1.000 salariés (commission économique) et 5 pour les grandes entreprises, dans des seuils à définir par décret (commission des marchés). A nouveau, tout est fait pour inciter les entreprises à négocier un accord sur ces sujets afin de définir avec les partenaires sociaux les contours et le fonctionnement du CSE et de ses commissions.

Dans les entreprises de 50 à 2.000 salariés, la **subvention de fonctionnement** au CSE sera identique à celle aujourd'hui versée au CE (0,20% de la masse salariale brute). En revanche, cette subvention passera à 0,22% de la masse salariale brute dans les entreprises de plus de 2.000 salariés. Comme par le passé, cette somme s'ajoutera à la subvention destinée aux activités sociales et culturelles, sauf si l'employeur fait déjà bénéficier le comité d'une somme ou de moyens en personnel équivalents à 0,22% de la masse salariale brute. L'ordonnance définit enfin la référence pour le calcul de ces budgets sur la base de l'ensemble des gains et rémunérations soumis à cotisations de sécurité sociale, ce qui clôtura enfin le débat jurisprudentiel sur ce point.

Enfin, le CSE sera tenu de financer 20 % des frais de la plupart des **expertises**, notamment celle relative à la consultation sur les orientations stratégiques. Seuls 4 types d'expertise seront intégralement prises en charge par l'employeur et notamment celle en cas de licenciement collectif pour motif économique[10].

Le projet d'ordonnance prévoit également la possibilité de mettre en place par accord un **conseil d'entreprise** qui, outre les attributions du CSE, sera également compétent pour négocier, conclure et réviser certains accords d'entreprise ou d'établissement. Les accords soumis à des règles spécifiques de validité, tels que les accords portant sur un PSE ou les accords portant sur les élections professionnelles, ne relèveraient cependant pas sa compétence[11]. Ainsi, dans les entreprises dotées d'un conseil d'entreprise, les délégués syndicaux continueront à jouer un rôle important en matière de négociation collective.

3. La lettre de licenciement n'aura plus besoin d'être motivée. FAUX

Le Code du travail prévoit actuellement que la lettre de licenciement comporte l'énoncé du ou des motifs invoqués par l'employeur[12]. La jurisprudence a donné une importance capitale à cette exigence en jugeant que le non-respect de l'obligation d'énoncer les motifs dans la lettre de licenciement rend le licenciement nécessairement sans cause réelle et sérieuse[13]. Dans une telle hypothèse, l'employeur n'a pas la possibilité d'apporter la preuve de la connaissance par le salarié des motifs du licenciement. La jurisprudence, particulièrement sévère, ajoute que l'absence de motif précis équivaut à une absence de motif[14]. Enfin, la lettre de licenciement fixe les limites du litige : les motifs non énoncés dans la lettre ne peuvent donc pas être examinés par le juge.

Cet état du droit est susceptible d'entraîner de fâcheuses conséquences pour l'employeur puisque certains licenciements parfaitement fondés peuvent ainsi être jugés sans cause réelle et sérieuse du simple fait d'une lettre mal rédigée.

L'exigence de motivation est maintenue tout comme le principe selon lequel la lettre de licenciement fixe les limites du litige. Cependant le projet d'ordonnance n°3 donne à l'employeur la **possibilité de préciser ou de compléter les motifs après la notification de la lettre de licenciement**, soit de sa propre initiative, soit à la demande du salarié,

dans des conditions devant être fixées par décret[15].

Si le salarié ne demande pas à l'employeur de préciser les motifs énoncés, une lettre de licenciement insuffisamment motivée ne privera plus à elle seule le licenciement de cause réelle et sérieuse et n'ouvrira droit qu'à une indemnité ne pouvant excéder un mois de salaire[16].

En pratique, cette évolution conduira certainement les salariés à systématiquement demander des précisions.

4. Les ordonnances sécurisent les contentieux. VRAI ET FAUX

En sus de la question de la motivation des lettres de licenciement décrite ci-dessus, le projet d'ordonnance prévoit indéniablement plusieurs mesures destinées à sécuriser les contentieux.

Le **barème impératif** en matière d'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse sera, après deux tentatives avortées (loi dite Macron puis loi dite El Khomri), finalement introduit dans le Code du travail. Ce barème fixera un plancher et un plafond indemnitaire variant en fonction de l'ancienneté du salarié[17]. On peut cependant s'interroger sur la portée pratique d'un tel barème. En effet, les salariés forment souvent de multiples demandes indemnitaires, et on imagine aisément que le juge pourra contourner le barème en augmentant artificiellement les dommages et intérêts alloués au salarié en réparation d'un autre chef de demande.

L'ordonnance n°3 unifie à un an à compter de la notification de la rupture le délai de **prescription** des actions portant sur la rupture du contrat de travail[18] quel que soit le motif.

Enfin, l'ordonnance programme l'élaboration de **modèles de lettre de licenciement**. Ces modèles, censés sécuriser le contentieux de licenciement, seront fixés par décret pour les licenciements pour motif personnel comme économique[19].

5. Les ordonnances sonnent le glas du compte pénibilité (C3P). VRAI ET FAUX

Le projet d'ordonnance n°5 vise à réformer le compte personnel de prévention de la pénibilité (C3P) qui deviendra le « **compte professionnel de prévention** » (C2P) dès le 1^{er} octobre 2017.

Soulignons que le terme absolument repoussoir de « pénibilité » a été heureusement omis.

La gestion de ce compte sera transférée de la CNAV à la CNAM[20].

La grande nouveauté du texte consiste à étendre, à compter du 1^{er} janvier 2019, l'obligation de mettre en place un C2P aux entreprises de 50 salariés ou plus dont la sinistralité au titre des accidents du travail et des maladies professionnelles sera supérieure à un seuil déterminé par décret.

Les sources de financement du futur C2P seront distinctes de celles du C3P puisque les droits acquis au titre du nouveau C2P seront financés dans le cadre de la branche accident du travail / maladie professionnelle. Pour rappel, le C3P est aujourd'hui financé par un fonds alimenté par une cotisation de base (0,01%) et une cotisation additionnelle (0,2% ou 0,4) payée par les entreprises ayant exposé au moins un de leurs salariés à un ou plusieurs facteurs de pénibilité au-delà des seuils légaux.

Pour le reste, et notamment la redéfinition des critères de pénibilité – qui devraient passer de 10 à 6[21] – et la simplification des démarches déclaratives, il faudra attendre la publication des décrets d'application.

6. Des CDD de plusieurs années vont voir le jour. VRAI ET FAUX

Le projet d'ordonnance n°3 prévoit qu'un **accord de branche** pourra fixer la **durée totale du contrat de travail à durée déterminée (CDD) et le nombre de renouvellements possibles**[22].

Cette nouvelle règle ne signifie pas pour autant que les anciennes dispositions applicables au CDD sont supprimées.

Comme par le passé, il sera toujours interdit de pourvoir à l'activité normale et permanente de l'entreprise par le biais d'un CDD[23]. Le CDD devra toujours être conclu pour la réalisation d'une tâche précise et temporaire et relever de l'un des cas de recours légalement prévus[24].

Dans les faits, il faudra donc justifier avec précision les raisons du recours à un CDD pour une durée de plusieurs années, ce qui sera délicat à établir dans la mesure où les cas de recours ne sont pas modifiés par la réforme et demeurent restreints.

Le risque d'un tel CDD de plusieurs années sera donc celui de la requalification en contrat de travail à durée indéterminée.

Rappelons enfin que ces dérogations sont sécurisées dans la mesure où un accord d'entreprise ne pourra pas déroger à ces règles, ce domaine étant réservé à la branche. En l'absence d'accord de branche, la durée maximale actuelle (18 mois) et le nombre de renouvellements (2) sont inchangés.

7. On pourrait licencier pour motif économique alors que l'entreprise va très bien. VRAI ET FAUX

Cette affirmation est trop large. Le licenciement pour motif économique doit toujours reposer sur un des motifs légalement prévu parmi lesquels figurent les difficultés économiques, les mutations technologiques et la nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise[25].

Jusqu'à présent, ce motif était apprécié au niveau des sociétés du groupe, en France comme à l'étranger, intervenant dans le même secteur d'activité que celui de la société. Dans la pratique, il était très difficile pour les juridictions françaises d'apprécier la réalité des difficultés économiques d'un groupe mondial et la pertinence de ce périmètre d'appréciation était particulièrement décriée.

Désormais ces motifs seront appréciés « 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 »[26].

Le motif est donc toujours analysé au niveau du secteur d'activité mais le champ géographique change, seules les entreprises situées en France sont concernées.

Conclusion

Les ordonnances recèlent encore de nombreuses nouveautés qui globalement intègrent le droit pour l'entreprise d'anticiper et de s'adapter par le mouvement aux enjeux inédits de l'époque, le tout dans un temps court et efficace.

Quant aux salariés, au plan collectif leur sort n'est pas fragilisé, dans la mesure où ils pourront participer à la co-construction des normes au niveau le plus opérationnel. Au plan individuel, la conquête permanente d'une meilleure employabilité des actifs exigée par les évolutions technologiques majeures, impose que l'employeur leur en donne les moyens et la protection à ce titre. C'est le sens des réformes en cours.

[1] Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels

[2] Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social

[3] Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail

[4] Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels

[5] Les onze matières listées à l'article L. 2253 -1 du Code du travail dans sa rédaction issue du projet d'ordonnance sont les suivants :

1) Salaires minima hiérarchiques

2) Classification

3) Mutualisation des fonds de financement du paritarisme

4) Mutualisation des fonds de la formation professionnelle

5) Garanties collectives complémentaires

6) Certaines mesures relatives à la durée du travail prévues par le Code :

- Régime d'équivalence (L.3121-14 C. trav.)

- Nombre minimal d'heures entraînant la qualification de travailleur de nuit sur une période de référence (L.3122-16 C. trav.)

- Durée minimale du travail à temps partiel (L.3123-19 alinéa 1e C. trav.)

- Pour les travailleurs à temps partiel, taux de majoration des heures complémentaires accomplies au-delà de 10% (L.3123-21 C. trav.)

- Avenant « complément d'heures » pour les travailleurs à temps partiel (L.3123-22 C. trav.)

7) Certaines mesures relatives à aux CDD et CTT :

- Renouvellement et durée totale du CDD ou CTT (L.1242-8 C. trav., L.1251-12 C. trav. et L.1251-35 C. trav.)

- Transmission du CDD au moins 2 jours avant l'embauche (L.1242-13 C. trav.)

- Délai de carence (L.1244-3 C. trav. et L.1251-36 C. trav.)

8) Mesures relatives aux CDI de chantier

9) Egalité professionnelle entre les femmes et les hommes

10) Les conditions et durées de renouvellement de la période d'essai

11) Modalités selon lesquelles la poursuite des contrats de travail est organisée entre 2 entreprises lorsque les conditions d'application de l'article L. 1224-1 ne sont pas remplies.

[6] Article L. 2253-2 du Code du travail tel que modifié par le projet d'ordonnance relative au renforcement de la négociation collective

[7] Article L. 2253-3 du Code du travail tel que modifié par le projet d'ordonnance relative au renforcement de la négociation collective

[8] Article L. 2311-1 du Code du travail tel que modifié par le projet d'ordonnance relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales

[9] Article L. 2315-23 du Code du travail tel que modifié par le projet d'ordonnance relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales

[10] Article L. 2315-75 du Code du travail tel que modifié par le projet d'ordonnance relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales

[11] Article L. 2320-1 dans sa rédaction issue du projet d'ordonnance relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales

[12] Article L. 1232-6 al. 2 du Code du travail dans sa rédaction actuelle

[13] Cass. soc., 11 juillet 2000, n° 98-43.40

[14] Cass. soc., 6 juin 1995, n° 91-44.670

[15] Article L. 1235-2 al. 1 du Code du travail tel que modifié par le projet d'ordonnance relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail

[16] Article L. 1235-2 al. 2 du Code du travail tel que modifié par le projet d'ordonnance relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail

[17] Article L. 1235-3 du Code du travail tel que modifié par le projet d'ordonnance relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail

[18] Articles L. 1471-1 et L. 1235-7 du Code du travail tel que modifié par le projet d'ordonnance relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail

[19] Articles L. 1232-6 et L. 1232-16 du Code du travail tel que modifiés par le projet d'ordonnance relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail

[20] Article L. 4163-21 du Code du travail dans sa rédaction issue du projet d'ordonnance relative au compte professionnel de prévention

[21] La suppression des 4 critères suivants a été annoncée : manutention de charges lourdes, exposition aux postures pénibles, exposition aux vibrations mécaniques et aux risques chimiques

[22] Article L. 1243-13 du Code du travail dans sa rédaction issue du projet d'ordonnance relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail

[23] Article L. 1242-1 du Code du travail dans sa rédaction actuelle

[24] Article L. 1242-2 du Code du travail dans sa rédaction actuelle

[25] Article L.1233-3 du Code du travail dans sa rédaction actuelle

[26] Article L. 1233-3 du Code du travail tel que modifié par le projet d'ordonnance relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail

