



Analyse du projet final des ordonnances portant réforme du marché du travail

Septembre 2017

Etude réalisée par

Guillaume Brédon – *Avocat, expert en droit social à la Fondation Concorde*

Anna-Christina Chaves – *Avocate, experte en droit social à la Fondation Concorde*

Sommaire

Synthèse	3
Dialogue social ouvert et sécurisé.....	5
Rupture de contrats et licenciements.....	9
Simplification administrative	13
Contrat de travail.....	14
Télétravail	15

Introduction

Le 31 août 2017, le gouvernement a présenté après 3 mois de concertation, les 5 ordonnances visant à réformer le droit du travail. Après avoir évalué le projet d'habilitation desdites ordonnances en juillet dernier, les experts de la Fondation Concorde se penchent cette fois sur le projet final.

Cette loi, que certains appellent la « Loi Travail XXL », présente **deux atouts par rapport aux précédentes tentatives de réforme du marché du travail** :

- **Le choix prépondérant des TPE - PME**, poumons de notre économie et pourtant les grandes oubliées des précédentes réformes qui privilégiaient les grandes entreprises.
- **Le choix de la simplification administrative**. Les entrepreneurs de PME et TPE l'appelaient de leurs vœux, cette simplification leur permettra de se recentrer vers leur activité économique, sans que les tâches administratives et le risque d'erreur soient chronophages.

Synthèse

Mesures positives :

- Encadrement des indemnités prud'homales et raccourcissement des délais de recours.
- Décentralisation du dialogue social au sein des entreprises de moins de 50 salariés.
- Référendum à l'initiative des employeurs, pour les accords minoritaires dans les entreprises de plus de 50 salariés
- Fusion des 3 instances au sein du CSE.
- Limitation du nombre de mandats syndicaux.
- Libre détermination de la périodicité et du contenu des consultations obligatoires
- Assouplissement des règles en matière d'accords d'entreprise défensifs.
- Assouplissement des règles en matière de licenciements économiques collectifs (motif et reclassement)
- Création de la « ruptures conventionnelle collective »
- Disparition du chèque syndical.
- Accélération de la fusion des branches professionnelles
- Sécurisation des accords collectifs : présomption de conformité à loi, action en nullité et effet rétroactif de la nullité encadrée
- Simplification des démarches et formalités administratives.
- Encadrement incitatif au recours au télétravail.

Mesures négatives :

- Non remise en cause du monopole syndical au premier tour des élections professionnelles.
- Ouvertures vers la cogestion des entreprises.
- Maintien du principe de prise en charge par l'employeur des frais d'expertises diligentées par les représentants du personnel.
- Fusion des instances mais aucune rationalisation n'est prévue à ce stade
- Maintien du caractère repoussoir des seuils d'effectifs (11 et 50 salariés)
- Possibilité de demander la reconnaissance d'une unité économique et sociale à partir de 11 salariés et non plus 50
- Non relèvement des seuils en matière de licenciements collectifs
- Un barème des indemnités prud'homales qui ne fait que reprendre le barème indicatif de la loi El Khomri
- Augmentation annoncée des indemnités de licenciement légales
- Prépondérance du pouvoir de la branche sur l'entreprise en ce qui concerne les modalités de recours aux CDD et aux CDI de chantier.

Un dialogue social ouvert et sécurisé

Mesures :

- Une négociation simple et accessible pour les entreprises de moins de 50 salariés, grâce à la possibilité de négocier directement avec un élu du personnel sur tous les sujets.
- La possibilité, dans toutes les entreprises de moins de 20 salariés qui n'ont pas d'élu du personnel, de négocier directement avec ses salariés sur tous les sujets.
- La possibilité pour le chef d'entreprise des entreprises de plus de 50 salariés de prendre l'initiative du référendum pour entériner un accord signé avec un syndicat minoritaire (entre 30 et 50% des suffrages)

Notre avis :

« Dans les entreprises dont l'effectif habituel est compris entre onze et moins de cinquante salariés, en l'absence de délégué syndical dans l'entreprise ou l'établissement, les accords d'entreprise ou d'établissement peuvent être négociés, conclus et révisés : « 1° Soit par un ou plusieurs salariés expressément mandatés par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives dans la branche ou, à défaut, par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives au niveau national et interprofessionnel, étant membres ou non de la délégation du personnel du comité social et économique. A cet effet, une même organisation ne peut mandater qu'un seul salarié. « 2° Soit par un ou des membres de la délégation du personnel du comité social et économique. »

« Les accords ainsi négociés et conclus peuvent porter sur toutes les mesures qui peuvent être négociées par accord d'entreprise ou d'établissement sur le fondement du présent code. »

Mesure phare annoncée durant la campagne présidentielle, la décentralisation du dialogue social est une excellente chose, tant elle permet d'adapter la norme sociale à la variété des entreprises et de leurs secteurs d'activité.

Ainsi, les salariés et leurs employeurs pourront convenir ensemble de dispositions relatives à l'organisation de leurs conditions de travail, afin de gagner en souplesse et en rapidité, sans que la branche ne prime sur l'accord global, y compris pour les accords de branche conclus avant la loi du 4 mai 2004

La possibilité de négocier TOUS les sujets, permet aux partenaires sociaux dans l'entreprise le souhaitant d'ajuster leurs temps de travail à la baisse ou à la hausse à leur guise, de négocier toutes leurs conditions de travail, y compris le système de primes, pour mieux s'adapter aux exigences de leur marché.

- Un dialogue social sécurisé par (i) la présomption de légalité, (ii) le raccourcissement des délais de prescription des actions en nullité à 2 mois et (iii) la possibilité offerte au juge de moduler les effets de l'annulation d'un accord collectif

« Les conventions et accords collectifs répondant aux règles de validité applicables à la date de conclusion sont présumées négociés et conclus conformément à la loi.

Il appartient à celui qui conteste la validité d'une convention ou d'un accord collectif ou le déroulement de la négociation d'apporter la preuve que la convention ou l'accord n'a pas été négocié ou conclu conformément à la loi sauf dispositions légales contraires ».

« Toute action en nullité doit (...) à peine d'irrecevabilité, être engagée avant l'expiration d'un délai de deux mois »

« En cas d'annulation judiciaire de tout ou partie d'un accord ou d'une convention collective, le juge peut décider s'il apparait que l'effet rétroactif de cette annulation est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives en raison tant des effets que cet acte a produits et des situations qui ont pu se constituer lorsqu'il était en vigueur que de l'intérêt général pouvant s'attacher à un maintien temporaire de ses effets, que l'annulation ne produira ses effets que pour l'avenir ou de moduler les effets de sa décision dans le temps, sans préjudice des actions contentieuses déjà engagées à la date de sa décision sur le même fondement. »

De la sorte, les accords collectifs -parmi lesquels les accords d'entreprises- deviennent plus faciles à conclure et sécurisés pour l'avenir. Mais cette question de la négociation collective pose en parallèle la question de la nécessaire évolution de la représentativité syndicale dans les entreprises de plus de 50 salariés...

Mesure :

- L'accès à un code du travail numérique clair, accessible et compréhensible, répondant aux questions concrètes que se posent les chefs d'entreprise des TPE/PME et les salariés.

Notre avis :

Une mesure dont l'utilité est assez floue, dans le sens où la plateforme Légifrance remplit déjà ce rôle d'information auprès des salariés et des chefs d'entreprises. Tout dépendra du degré de précision des questions /réponses émanant du gouvernement que l'on pourra y trouver et de la valeur juridique des commentaires / exemples concrets publiés par l'Administration.

Mesure :

- Un dialogue social simplifié et opérationnel, par la fusion des trois instances d'information et de consultation en une seule, le conseil social et économique (CSE), pour toutes les entreprises de plus de 50 salariés.

Le CSE aura des missions différentes selon le nombre de salariés au sein de l'entreprise :

- ✓ *En dessous de 50 salariés : les attributions seront les mêmes que celles du délégué du personnel.*
- ✓ *Au-dessus de 50 salariés, les attributions sont les mêmes que celles du CE et du CHSCT.*

Notre avis :

La fusion de ces trois instances va permettre de clarifier le dialogue social, en donnant plus de poids et de lisibilité à cette nouvelle instance, dont les missions reprennent pour l'essentiel celles des précédentes instances (DP, CE et CHSCT) auxquelles elles se substituent.

Il conviendra par ailleurs d'attendre les décrets du Conseil d'Etat pour connaître le nombre de membres qui composeront le CSE et comprendre alors si, au-delà de la fusion, il est opéré une véritable rationalisation des mandats à travers l'instance unique, ce qui serait une bonne nouvelle pour les employeurs.

Néanmoins, il est prévu une hausse de la subvention de fonctionnement du CSE dans les entreprises de plus de 2.000 salariés, passant de 0,2% de la masse salariale à 0,22%, représentant ainsi un surcoût pour les entreprises.

Ce montant s'ajoute à la subvention destinée aux œuvres 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.

Mesure :

- Une gestion plus souple des budgets de fonctionnement et œuvres sociales.

Notre avis :

Sur délibération, il pourra en outre être décidé de transférer une partie de l'excédent du budget de fonctionnement au financement de la formation des délégués syndicaux ou à la subvention destinée aux œuvres sociales et culturelles.

Pour la première fois, il est établi la possibilité de gérer de manière plus souple les budgets du CSE, ce qui est positif pour les employeurs.

La limitation du nombre de mandats à 3 (sauf pour les entreprises de moins de 50 salariés) est un premier pas vers la modernisation de la vie syndicale mettant fin à une forme de professionnalisation à vie des représentants du personnel.

Mesure :

- La possibilité accrue de promouvoir le dialogue social et la co-construction de la stratégie avec les salariés et leurs représentants, par la mise en place par accord majoritaire d'un conseil d'entreprise intégrant l'ensemble des fonctions de représentant du personnel (information, consultation, négociation).
- La mise en place d'une codécision à la française, sur la formation professionnelle ou l'égalité femmes-hommes notamment, dans les entreprises mettant en place le conseil d'entreprise par accord majoritaire.
- La possibilité de demander la reconnaissance d'une unité économique et sociale dès le franchissement du seuil de 11 salariés et non plus 50, permettant la mise en place d'un CSE commun.

Notre avis :

Si certains ont regretté que les ordonnances n'aient pas associé davantage les salariés à la gouvernance d'entreprise, il nous semble illusoire et contreproductif de vouloir instituer en France un modèle de cogestion à l'allemande. L'histoire de ces deux pays est beaucoup trop différente pour transposer le mécanisme de cogestion, ce qui n'empêche pas d'établir en France un dialogue social responsable et collectif.

La mesure tendant à la reconnaissance d'une unité économique et sociale à partir du seuil de 11 salariés est passée assez inaperçue. Elle peut néanmoins constituer un vrai sujet pour certaines TPE...

En outre, la question du relèvement des seuils évoquée depuis les avant-projets de loi El Khomri est à nouveau éludée. Pourtant, le caractère repoussoir du seuil de 50

salariés n'est plus à démontrer (mise en place de la participation et des obligations en matière de représentation du personnel). Le simple fait d'augmenter les seuils n'aurait-il pas permis de manière mécanique de créer de l'emploi ? Si l'on s'en tient aux statistiques :

- ✓ *1600 entreprises emploient 49 salariés alors qu'elles ne sont que 600 à en employer 50...*
- ✓ *34 000 entreprises emploient 9 salariés alors qu'elles ne sont que 18 000 à en employer 10...*

Mesure :

- La régulation des expertises, par la mise en place d'une participation financière forfaitaire de 20% du coût des expertises par le conseil social et économique sur les expertises ponctuelles (sauf expertise PSE et risques graves, qui restent pris en charge à 100% par l'employeur, comme aujourd'hui).

Notre avis :

Le problème lié aux expertises n'est pas réglé : le payeur et l'ordonnateur desdites études sont des personnes différentes, aux intérêts divers.

On peut néanmoins espérer que ce mécanisme permette une certaine « moralisation » des cartels d'expertises que personne n'osait dénoncer...

Rupture de contrats et licenciements

Mesure :

- Un barème de dommages et intérêts impératif qui donne sécurité et visibilité sur les contentieux potentiels.

Notre avis :

Cette disposition permet d'encadrer les indemnités prud'homales, afin d'augmenter la visibilité pour les salariés et les employeurs du coût d'une rupture de contrat. Le

barème prévoit un plafond à 20 mois de salaires pour les salariés ayant 30 ans d'ancienneté dans la même entreprise, et un plancher fixé à 3 mois de salaire brut pour 2 années d'ancienneté.

La mise en place d'un barème clair et précis permet à chaque employeur d'anticiper le coût de licenciement minimum et maximum d'un salarié, afin d'internaliser un risque parfois exogène. Idem pour un salarié : la mise en place d'un plancher permet plus de visibilité en cas de fin prématurée de son contrat.

En outre, un barème spécifique est mis en place pour les TPE de moins de 11 salariés.

C'est le caractère contraignant du barème qu'il convient de saluer plus que son contenu qui n'est pas très éloigné du barème indicatif de la loi El Khomri, lui-même relativement calé sur la pratique judiciaire antérieure.

En outre, les licenciements qui « coutent cher » sont justement ceux exclus par les barèmes et plafonds. Dès lors, pas sûr que cette barémisation tant médiatisée soit la plus révolutionnaire des mesures...

La portée pratique de cette mesure devra être évaluée dans quelques mois en fonction de la façon dont les juges vont appréhender cette mesure.

Mesure :

- La possibilité d'anticiper et de s'adapter rapidement aux évolutions à la hausse ou à la baisse du marché par des accords majoritaires simplifiés sur le temps de travail, la rémunération et la mobilité.

Notre avis :

Les accords collectifs permettront désormais à une entreprise d'adapter les conditions de travail, la rémunération et le temps de travail pour répondre aux besoins de fonctionnement de l'entreprise, sans mettre en danger l'ensemble de l'entreprise et la totalité des salariés. Si cette mesure va dans le bon sens, nous pouvons néanmoins regretter que l'absence d'accords offensifs, pourtant prévus dans la première version de la loi travail de 2016, qui auraient pu permettre à une entreprise de s'adapter pour conquérir de nouveaux marchés en améliorant sa compétitivité.

C'est une bonne mesure qui apporte de la souplesse aux entreprises sans nier la possibilité conservée par les salariés de refuser individuellement les modifications de son contrat.

Mesure :

- Des indemnités légales de licenciement augmentées de 25%.

Notre avis :

Disposition demandée par une partie des syndicats et annoncée pour « équilibrer le texte ».

A noter que l'augmentation de 25% ne vaudrait que pour les salariés ayant moins de 10 ans d'ancienneté. Le projet de décret publié par l'AEF ne prévoit en effet aucune majoration pour les salariés ayant plus de 10 ans alors que le texte actuel prévoit une indemnité majorée pour ceux-ci. Dès lors, le projet de décret spécifie que le taux d'augmentation serait de :

- ✓ 25% pour les salariés ayant au maximum 10 ans d'ancienneté,
- ✓ 21,4% pour les salariés ayant 11 ans d'ancienneté
- ✓ 7,1% pour les salariés ayant 25 ans d'ancienneté
- ✓ 4,4% pour les salariés ayant 38 ans d'ancienneté

Mesure :

- Un abondement de compte personnel de formation de 100 heures financé par l'employeur, en cas de refus par le salarié d'un accord majoritaire signé par les organisations syndicales portant sur le temps de travail ou la rémunération.

Une mesure à saluer, qui augmentera la capacité des salariés concernés à se former pour retrouver un nouvel emploi.

Mesure :

- Sauf fraude, un périmètre d'appréciation du motif économique fixé au niveau national, comme dans la grande majorité des pays européens.

Notre avis :

Une excellente mesure qui va grandement participer à l'amélioration de l'attractivité du territoire français. Ainsi, on ne pénalise pas une entreprise française lorsque les filiales internationales se portent mal, et on incite l'Etat à créer et à entretenir un écosystème économique favorable aux entreprises.

Reste à savoir comment sera interprétée la notion de « fraude » par la jurisprudence

Mesure :

- Des procédures de reclassement plus transparentes et plus équitables, grâce à l'accès à l'ensemble des emplois disponibles dans l'entreprise et la fin du reclassement à l'étranger.

Notre avis :

Cette mesure est une très bonne nouvelle pour les entreprises de dimension internationale car elle sonne le glas d'une formalité inutile pour les salariés qui sont généralement déjà réfractaires à être reclassé dans un poste à quelques dizaines de kilomètres...

Mesure :

- L'instauration de la rupture conventionnelle collective

Notre avis :

L'une des mesures phares des Ordonnances réside sans conteste dans cette possibilité de mettre en place par accord majoritaire un plan de départs volontaires autonome, sans avoir à répondre, comme c'était le cas aujourd'hui, du formalisme rigoureux des PSE.

Cette disposition permet de conjuguer au pluriel le succès des ruptures conventionnelles mises en place sous le gouvernement Sarkozy. Elle tombe également à point nommé dans un contexte de bouleversement des métiers du secteur bancaire par nature très opposé aux plans sociaux. Elle permettra la mise en œuvre en douceur des baisses d'effectifs inévitables

La rupture conventionnelle collective est une mesure positive pour les employeurs qui n'ont plus à subir le formalisme du PSE mais sans doute à contre-emploi de l'objectif poursuivi (baisser le taux de chômage). En effet, les salariés ne bénéficieraient plus artificiellement du congé de reclassement ou du CSP imposés jusqu'à présent pour ne pas alourdir les statistiques...

Simplification administrative

Mesure :

- Une réforme des règles de licenciement permettant que les vices de forme ne l'emportent plus sur le fond.
- Possibilité de compléter le motif invoqué par le licenciement après notification de la lettre de licenciement
- Un formulaire-type rappelant les droits et devoirs de chaque partie pour éviter les erreurs de procédure lors d'un licenciement.

Notre avis :

Dans l'idée de la simplification administrative, cette mesure apportera plus de sérénité aux employeurs, notamment aux patrons des TPE, qui ne seront ainsi plus sanctionnés pour un vice de forme, et dont chaque licenciement se jugera uniquement sur le fond. Il s'agit donc tout simplement d'une consécration du « droit à l'erreur » de l'employeur...

Mesure :

- La suppression de contraintes administratives inapplicables en matière de déclaration administrative sur la pénibilité.

Notre avis :

Mesure demandée par les entrepreneurs des TPE et PME, elle permet à la fois de ne pas enterrer le projet de compte pénibilité dont l'utilité est incontestable, tout en supprimant les 4 contraintes administratives qui étaient intenable et irréalisables.

Mesures :

- Des délais de recours harmonisés à un an en cas de contestation de la rupture du contrat de travail.

Notre avis :

Le passage à 12 mois pour une contestation de licenciement est une bonne nouvelle qui va permettre aux entrepreneurs de ne plus être dans l'attente d'une éventuelle contestation dans les 24 mois suivants la rupture d'un contrat. Ce délai aurait néanmoins pu être diminué à 6 mois afin que les risques inhérents à tous licenciements puissent être provisionnés sur un même exercice comptable.

Vie syndicale

Mesures :

- Un accès à la formation professionnelle et au bilan de compétences renforcé pour concilier engagement syndical et évolution professionnelle.
- Une plus grande facilité à nommer un délégué syndical en l'absence d'élus.
- Le renforcement des possibilités d'évolution vers l'inspection du travail (par concours) pour les élus du personnel et les délégués syndicaux.

Notre avis :

On ne comprend pas très bien cette mesure qui ne pourra que renforcer aux yeux des chefs d'entreprise la vision d'une inspection du travail très partisane.

Mesure :

- La création d'un observatoire de la négociation.

Notre avis :

Notons à cet égard que la commission de refondation du Code du travail telle que prévue par l'article 1 de la Loi El Khomri est, quant à elle, supprimée avant même d'avoir vu le jour dès lors qu'elle n'avait plus d'objet.

Contrat de travail

Mesure :

- 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.

Notre avis :

Cette mesure risque fortement de ne pas avoir l'effet escompté. En effet, en cas d'absence d'accord au sein de la branche, la référence restera la loi et il est fort

probable que le nombre de secteurs d'activité qui pourront disposer d'un accord de branche utile sur le sujet, sera très faible

La gestion et la détermination du nombre de CDD successifs auraient dû être décentralisées au sein de l'entreprise.

Mesure :

- La possibilité d'accéder à des contrats de chantier grâce à la négociation d'accord de branche fixant les règles permettant d'y recourir.

Notre avis :

Domage de ne pas avoir donné ce droit aux partenaires sociaux dans les entreprises. Ces CDI de chantier auraient pu ainsi devenir des contrats de mission intéressants pour l'activité, notamment dans les services.

Cette mesure aurait été à n'en pas douter un puissant levier de créations d'emplois mais on touche là aux limites de la concertation.

Télétravail

Mesure :

- Un droit au télétravail sécurisé, souple, permettant une meilleure conciliation de la vie professionnelle et de la vie personnelle.

Notre avis :

La France est en retard sur le télétravail par rapport aux autres pays européens (2% en France contre 30% en Europe). La mise en place de règles simples et incitatives pour le développement du travail permettra d'adapter la culture managériale en ce sens et ainsi favoriser une pratique à laquelle 26% des actifs sont éligibles, selon les calculs de nos experts. Cette mesure devrait également aider à lutter contre la désertification des régions, thème cher à la Fondation.