



Les ordonnances du travail Macron : Ce que l'on en sait aujourd'hui

6 heures de bilatérales pour détruire 120 ans de code du travail ! C'est dans une course contre la montre que s'est lancé le gouvernement pour finir « avant la fin de l'été » son programme d'ordonnances détruisant le contenu et la structuration du code du travail.

Si les bilatérales avec le ministère ont confirmé les grandes orientations du gouvernement en matière de destruction du droit du travail, les contours restent encore assez flous, et il semble que certains arbitrages n'aient même pas encore été pris.

Procédure d'adoption d'une ordonnance :

1- Loi d'habilitation :

Une loi adoptée au Parlement habilite le gouvernement à légiférer par ordonnance sur certains points qui relèvent normalement de la loi (et donc du Parlement). Cette loi d'habilitation précise dans quel délai doivent être adoptées en Conseil des ministres les ordonnances. Le projet de loi d'habilitation voté au Parlement prévoit que le gouvernement aura 6 mois pour prendre les ordonnances. Elle précise aussi dans quel délai ces ordonnances doivent être ratifiées par le Parlement. La loi d'habilitation doit être soumise pour avis au Conseil d'État.

2- Ordonnance :

Les ordonnances sont adoptées en Conseil des ministres. Elles doivent être soumises pour avis au Conseil d'État. Comme ce sont des ordonnances relevant du droit du travail, elles doivent également être soumises à consultation de la Commission nationale de la négociation collective (CNNC), du Conseil d'orientation des conditions de travail (COCT) et du Conseil supérieur de la prud'homie (CSP), puisqu'elles concerneraient aussi les prud'hommes.

3-Loi de ratification :

Une loi de ratification doit être adoptée par le Parlement dans le délai imparti. La loi d'habilitation Macron prévoit que le gouvernement aura 3 mois à compter de la publication des ordonnances pour déposer au Parlement un projet de loi de ratification. La loi de ratification se contente de valider les ordonnances. Si cette loi n'est pas adoptée, les ordonnances perdent leur force contraignante.

Au vu des bilatérales et de la loi d'habilitation, la loi travail deuxième version est dans la droite ligne de la loi travail El Khomri de 2016. Elle poursuit l'inversion de la hiérarchie des normes, la priorité donnée aux accords d'entreprise, l'évitement du juge, les attaques contre le contrat de travail, la précarisation des emplois et la flexibilisation des licenciements économiques.

Ce Droit en liberté est une analyse des orientations prises par le gouvernement. Vous retrouverez grâce au lien suivant, les comptes rendus des bilatérales, les communiqués de presse, les fiches argumentaires pour débattre du sujet dans les entreprises : <http://cgt.fr/-Loi-Travail-XXL-.html>

Vous pouvez aussi vous abonner aux newsletters de la CGT : <http://cgt.fr/Inscription-newsletter.html>

Une dernière bilatérale CGT-ministère est prévue la semaine du 21 août, ainsi que la consultation du Conseil supérieur de la prud'homie autour du 5 septembre et de la Commission nationale de la négociation collective le 6 septembre.

Fraternellement,

Le pôle DLAJ Confédéral

Document en annexe :

- L'intégralité du Droit en Liberté N°92

Après un passage devant l'Assemblée nationale et devant la commission mixte paritaire, le projet de loi d'habilitation déposé par le gouvernement a été adopté le 2 août dernier par le Sénat.

La loi d'habilitation autorise le gouvernement à légiférer par ordonnance et elle fixe le cadre de ces ordonnances de manière large, elle ne détaille pas précisément les mesures. Pour connaître avec certitude les mesures que le gouvernement souhaite adopter, il faudra attendre la publication des ordonnances, prévues pour fin septembre.

Cela dit, en se basant sur les documents ayant fuité dans la presse, les déclarations du gouvernement, les comptes rendus de bilatérales, ainsi que le cadre fixé par la loi d'habilitation, il est possible de déceler un certain nombre de mesures. Dans ce Droit en Liberté, le conditionnel est employé pour désigner les mesures envisagées par le gouvernement, qui sont susceptibles d'être modifiées.

Pour contraindre le gouvernement à abandonner ces mesures de régression sociale, il est nécessaire de se mobiliser et d'instaurer un rapport de force : tant que les ordonnances n'ont pas été adoptées, il est possible de faire reculer le gouvernement. Pour cela, soyons tous mobilisés le 12 septembre !

La nouvelle articulation des normes

Actuellement, l'articulation entre loi et accord collectif s'opère différemment selon les thèmes abordés. Deux régimes cohabitent, le régime *post* loi El Khomri (qui porte sur le temps de travail, les congés et les repos) et le régime *ante* loi El Khomri (sur tous les autres thèmes).

Concernant le temps de travail, les repos et les congés (El Khomri) :

Sur chaque thème, le Code du travail est divisé en trois sections :

- ordre public ;
- champ de la négociation ;
- dispositions supplétives.

Au niveau de l'entreprise, il est possible de négocier sur les thèmes que la loi ouvre à la négociation, sous réserve que l'accord d'entreprise respecte les dispositions d'ordre public. Si aucun accord n'a été négocié en entreprise, l'accord de branche s'applique. En l'absence d'accord de branche, les dispositions supplétives (contenues dans la loi) s'appliquent.

L'accord de branche ne s'applique plus de manière prioritaire. Certains domaines du droit du travail lui restent malgré tout réservés, il s'agit du socle minimal de garanties : les salaires minima, les classifications, les garanties collectives complémentaires, la mutualisation des fonds de formation, la prévention de la pénibilité, l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes.

Concernant tous les autres thèmes :

Concernant tous les autres thèmes, l'accord d'entreprise n'a pas la primauté. L'accord de branche s'applique de manière prioritaire, selon deux régimes.

Soit l'accord de branche a été conclu avant le 4 mai 2004, auquel cas l'accord d'entreprise ne pourra déroger que pour les dispositions où la branche l'a expressément autorisé.

Soit l'accord de branche a été conclu après le 4 mai 2004, auquel cas l'accord d'entreprise peut déroger pour tous les thèmes que la branche n'a pas expressément verrouillés (grâce à une clause de verrouillage).

La logique de la loi El Khomri consistait à donner la priorité à l'accord d'entreprise, mais les sujets restaient limités : les congés, les repos, le temps de travail. Ce que le gouvernement cherche à faire, c'est étendre cette logique à tous les thèmes du droit du travail.

Ainsi, la priorité serait systématiquement donnée à l'accord d'entreprise, au détriment de l'accord de branche. Or, la branche est le lieu où la négociation est la plus équilibrée : les salariés sont en plus grand nombre, représentés par des syndicats souvent plus forts qu'au niveau de l'entreprise, ce qui leur permet d'instaurer un rapport de force. Au niveau de l'entreprise, et surtout au niveau des petites entreprises, il peut être difficile d'instaurer un rapport de force plus favorable.

De plus, les accords issus de la négociation de branche instaurent des règles identiques pour toutes les entreprises de la profession. Ils permettent donc d'assurer que tous les salariés sont traités de la même façon, et d'empêcher le dumping social. La négociation d'entreprise provoque une concurrence entre entreprises : si on leur permet de négocier, on leur ouvre la possibilité de réduire les droits sociaux afin de baisser leurs charges, et d'être « plus compétitives » que leurs concurrents. Cela incite les concurrents à réduire les droits sociaux de leurs salariés à leur tour, afin de faire également baisser les charges. Finalement, la négociation d'entreprise ouvre la porte au moins-disant social.

Les accords de branche permettent enfin aux salariés des TPE-PME de bénéficier d'avantages conventionnels.

Rapport loi et négociation collective

Le gouvernement souhaiterait réduire la loi au maximum, afin qu'elle se contente d'énoncer les grands principes du droit du travail et qu'elle organise l'articulation entre les différents niveaux de négociation.

Ainsi, la loi précisera les thèmes appartenant au domaine indérogeable de la branche et les thèmes dérogeables pouvant faire l'objet d'une clause de verrouillage. Tous les autres thèmes relèveraient de la négociation d'entreprise. Cela constitue une inversion de la logique actuelle : aujourd'hui, la loi énonce les thèmes qui peuvent être négociés en entreprise alors que les autres thèmes appartiennent au domaine de la branche.

De plus, certains domaines qui appartiennent aujourd'hui au domaine de la loi, seraient délégués au domaine de la branche (comme les règles relatives au CDD, cf. fiche contrat de travail), et des règles appartenant au domaine de la branche seraient déléguées au domaine de l'entreprise (comme la pénibilité).

Enfin, le gouvernement souhaite que tout accord d'entreprise soit présumé valide quant aux conditions de forme et à la loyauté des négociations. Autrement dit, il appartiendra à celui qui conteste l'accord collectif de prouver que les conditions de forme et la loyauté n'ont pas été respectées. Le gouvernement a reculé sur ce point : à l'origine il souhaitait que l'accord dans son ensemble soit présumé valide, que ce soit sur la forme comme sur le fond. Le Conseil d'État, qui a été consulté sur le projet de loi d'habilitation l'en a dissuadé : on ne peut pas interdire au juge de contrôler la légalité des dispositions contenues dans l'accord collectif.

Notre certitude est que le gouvernement veut permettre à chaque entreprise de construire son propre code du travail.

Rapport accord de branche et accord d'entreprise selon le projet de la loi Travail XXL

Les thèmes ouverts à la négociation seraient répartis en trois blocs :

Un premier bloc composé des thèmes auxquels les accords d'entreprise ou d'établissement ne peuvent pas déroger. Ces thèmes seraient limitativement énumérés par la loi :

- Les salaires minimums conventionnels ;
- Les classifications ;
- La mutualisation des fonds paritaires (formation professionnelle, prévoyance, complémentaires santé, complément d'indemnités journalières de la sécurité sociale, financement du paritarisme) ;
- La gestion et la qualité de l'emploi (CDD, intérim, CDI de chantier...);
- L'égalité professionnelle entre hommes et femmes.

Actuellement, il existe 6 thèmes indérogeables au niveau de la branche, qui sont presque les mêmes que ceux envisagés par le gouvernement.

Le gouvernement a ajouté aux thèmes indérogeables actuels, la « gestion et qualité de l'emploi ». Il souhaite donc que les conditions d'emploi en contrat précaire (CDD, intérim, CDI de chantier) fassent l'objet d'une négociation au niveau de la branche, alors qu'elles sont aujourd'hui régies par la loi.

Le thème de la pénibilité serait enlevé du domaine exclusif de la branche, afin de pouvoir éventuellement être négocié au niveau de l'entreprise, alors même que le gouvernement avait affirmé au cours des bilatérales qu'il serait maintenu.

Un deuxième bloc composé de thèmes, strictement énumérés par la loi, auxquels il serait possible de déroger si la branche l'y autorise. La branche pourrait introduire des clauses de verrouillage dans ces accords, sachant que les clauses de verrouillage postérieures à 2004 seraient amenées à « sauter », et qu'il deviendrait possible de déroger aux accords postérieurs à 2004. Le gouvernement souhaite que ces clauses de verrouillage soient adoptées à la majorité, alors qu'il suffit actuellement de réunir 30 % des suffrages.

- Risques professionnels et pénibilité ;
- Handicap ;
- Moyens syndicaux, parcours syndicaux ;
- Etc.

Un troisième bloc, comprenant tous les thèmes que la loi n'a pas énumérés comme appartenant au bloc 1 ou au bloc 2. Pour tous ces thèmes, l'accord d'entreprise ou d'établissement aurait la primauté, à condition d'être

un accord majoritaire (c'est-à-dire conclu par des organisations syndicales représentant 50 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations syndicales représentatives lors des élections professionnelles). Ces accords pourraient être conclus même en l'absence de délégués syndicaux dans l'entreprise, comme c'est le cas depuis la loi El Khomri, par des élus, des salariés mandatés, par référendum...

Rapport accord d'entreprise et contrat de travail (cf. fiche contrat de travail)

Le gouvernement souhaite que tous les accords d'entreprise relatifs au temps de travail et à la rémunération s'imposent au contrat de travail. Le salarié qui refuserait la modification de son contrat de travail serait licencié (cf. fiche contrat de travail).

D'autre part, le gouvernement souhaite assouplir les conditions de recours au référendum. Actuellement, lorsqu'une majorité de syndicats représentatifs dans l'entreprise rejettent un accord collectif, les syndicats minoritaires en faveur de l'accord peuvent décider conjointement, avec l'employeur, d'organiser un référendum afin de faire valider cet accord. Le Sénat a confirmé cette possibilité de provoquer un référendum conjointement, mais souhaite également que l'employeur ou des syndicats représentatifs puissent individuellement recourir au référendum.

Le contrat de travail et sa rupture

Assouplissement du cadre légal et nouvelles formes de contrats

Contrat de travail à durée déterminée et contrat intérimaire :

Le document issu de la Direction générale du travail et qui avait fuité dans la presse, laissait entendre que les règles applicables aux CDD et aux contrats intérimaires ne seraient plus prévues par la loi, mais pourraient être négociées par accord d'entreprise. Le gouvernement a légèrement reculé et prévoit désormais que la négociation se ferait à l'échelle de la branche. En l'absence d'accord de branche sur ce sujet, ce seraient les dispositions de la loi qui s'appliqueraient.

Le gouvernement a annoncé que les thèmes qui pourraient être négociés seraient : le motif de recours, la durée maximale du contrat, le nombre de renouvellements, la période de carence, la prime de précarité. Les thèmes appartenant au domaine de la négociation ont été quelque peu modifiés par rapport à ce qui était annoncé dans le document de la DGT. En effet, les cas de rupture anticipée du CDD ont été retirés alors que la prime de précarité a été ajoutée au domaine de la négociation.

Les dispositions issues de l'accord de branche primeraient sur le cadre légal. Non seulement tous les salariés ne bénéficieraient plus de la même protection, mais il est de plus à craindre que les négociations de branche opèrent des choix entre les différentes protections. Par exemple, un accord de branche pourrait augmenter la prime de précarité, mais prévoir un nombre de renouvellements du CDD plus important.

Cette mesure va favoriser la généralisation des contrats précaires. Concernant les cas de recours, la loi est déjà très souple : elle énonce des cas limitatifs, ainsi que des dérogations très larges qui permettent déjà aux entreprises de recruter en CDD ou en contrat de travail intérimaire afin de pourvoir des emplois qui ne sont pas durables. On peut donc se demander quels pourraient être les nouveaux cas de recours qui pourraient être négociés : l'embauche pour effectuer des travaux dangereux, pour remplacer des salariés en grève ?

Pour ce qui concerne la durée maximale, le nombre de renouvellements et la période de carence, les limites légales aujourd'hui existantes visent à s'assurer que le CDD ou le contrat de travail temporaire ne pourvoient pas un emploi durable, maintenant ainsi le CDI comme la norme. Si on ouvre la négociation sur le CDD, c'est pour flexibiliser son recours, ce qui a pour effet indéniable d'augmenter la précarité de ces contrats et de fragiliser le CDI.

CDI d'opération :

Le contrat de chantier

C'est un CDI particulier, prévu aujourd'hui dans le Code du travail, qui prévoit par une clause qu'il sera rompu à l'issue du chantier pour lequel il a été conclu. Le contrat doit indiquer précisément les chantiers pour lesquels le salarié a été embauché. Lorsque le chantier touche à sa fin, le salarié est licencié, sans que l'entreprise ne soit soumise aux règles du licenciement pour motif économique. C'est le chantier qui doit toucher à sa fin, et non seulement les tâches affectées au salarié.

Le Code du travail prévoit que le licenciement doit revêtir un « caractère normal selon la pratique habituelle et l'exercice régulier de la profession ». Des circulaires, puis des conventions collectives de branche (BTP, SYNTEC) ont précisé les types de situation « conformes à l'usage de la profession » pouvant justifier un licenciement.

Pour pouvoir conclure un tel contrat, l'entreprise doit appartenir à une branche dans laquelle il est d'usage de recourir à des contrats de chantier, et qui ne figure pas dans la liste des activités pour lesquelles il est d'usage constant de ne pas recourir au CDI. Un accord de branche doit prévoir cette possibilité.

Le CDD à objet défini

Ce type de contrat, prévu aujourd'hui dans le Code du travail, permet aux entreprises d'embaucher des ingénieurs et des cadres pour une mission précise comprise entre 18 mois minimum et 36 mois maximum. Le contrat peut être rompu de façon anticipée au bout de 18 mois puis à sa date anniversaire (24 mois) s'il existe un motif réel et sérieux. Le contrat prend fin avec la réalisation de l'objet pour lequel il a été conclu et il ne peut être renouvelé.

Le recours à ce contrat est subordonné à la conclusion d'un accord de branche étendu ou, en son absence, d'un accord d'entreprise.

Le gouvernement souhaite que les CDI de chantier et les CDD à objet définis soient désormais regroupés sous une seule catégorie : les CDI d'opération. La loi n'encadrerait plus le recours à ces contrats et les branches, quel que soit leur domaine d'activité, pourraient décider d'ouvrir la possibilité pour les entreprises d'y recourir. Cette mesure est, là encore, facteur de précarité. En effet, le contrat de chantier est un CDI qui prend fin dès lors que la mission pour laquelle il a été conclu prend fin. Sa généralisation à tout type d'emploi et tout type de tâche risque de fragiliser le CDI classique et d'encourager le recours par les entreprises à des contrats précaires. Actuellement, le cadre légal d'application de ces contrats est limité, et en dehors des conditions légales, les entreprises sont censées embaucher en CDI. Si le contrat d'opération est généralisé, il permettra l'embauche de salarié en contrats courts et voués à prendre fin, pour des emplois actuellement pourvus par des CDI, ou du moins censés l'être. Par ailleurs, la définition de ce qu'est une « mission » ou une « opération » risque d'engendrer des pratiques largement abusives.

Travail de nuit :

Actuellement, le recours au travail de nuit doit :

- Être exceptionnel ;
- Prendre en compte les impératifs de protection de la sécurité et de la santé des travailleurs ;
- Être justifié par la nécessité d'assurer la continuité de l'activité économique ou des services d'utilité sociale.

Le travail de nuit peut être mis en place dans une entreprise ou un établissement sous réserve d'être prévu par un accord collectif. Lorsqu'aucun accord n'a été conclu, il est tout de même possible d'avoir recours au travail de nuit, à condition que l'inspecteur du travail ait donné son autorisation. Les accords collectifs doivent prévoir entre autres des contreparties accordées aux salariés, des mesures d'articulation entre vie personnelle et vie professionnelle, des mesures d'amélioration des conditions de travail des travailleurs de nuit.

Le gouvernement veut créer la possibilité de faire travailler les salariés au-delà de 21h pour un quart d'heure ou une demi-heure de plus sans avoir besoin de conclure un accord collectif, sans qu'il soit nécessaire d'obtenir l'autorisation de l'inspecteur du travail. Puisqu'il n'y aura plus d'accord collectif, il n'y aura plus de négociation sur les majorations et les dispositions relatives aux conditions de travail des salariés de nuit. Les salariés seront donc privés de certaines contreparties.

Faire travailler les salariés 15 minutes de plus par jour ne présente pas de réel intérêt économique. Mais, le fait d'autoriser cela permet au gouvernement d'ouvrir la porte vers un travail de nuit dont le recours est facilité et pour lequel les contreparties sont réduites. C'est d'ailleurs le but annoncé du gouvernement : permettre à des enseignes d'augmenter leur amplitude horaire d'ouverture en faisant travailler plus les salariés, sans contrainte ni contrepartie. Les modifications annoncées risquent de toucher de nombreux autres secteurs d'activité (industrie, etc.).

Prêt de main-d'œuvre illicite, qualifié de « mécénat de compétence » :

Le mécénat de compétence vise, selon le gouvernement, à permettre aux grandes entreprises d'aider les start-ups et jeunes entreprises en leur « prêtant » leurs cadres à temps plein, pour un temps défini, mais renouvelable, la rémunération de ces cadres restant à la charge de la grande entreprise. Cette technique permettrait de développer l'externalisation des activités, de poursuivre la pratique de la sous-traitance, tout en créant une relation de dépendance entre les petites et grandes entreprises. Le gouvernement n'a pas précisé quel type de convention serait applicable au dispositif, ni si l'accord du salarié serait nécessaire.

Ce que le gouvernement présente de manière très positive est aujourd'hui considéré comme du prêt de main-d'œuvre à but lucratif ou prêt de main-d'œuvre illicite, actuellement puni de 30 000 euros d'amende et 2 ans d'emprisonnement. Le gouvernement cherche donc à légaliser une infraction bien réelle.

De plus, face au risque de dumping social créé par le détachement international contre lequel le gouvernement prétend lutter, la réponse ministérielle a été que ce dispositif serait « franco-français », ce qui semble contraire aux conventions européennes sur la libre circulation des travailleurs.

Rupture du contrat de travail et « sécurisation » du licenciement

Les documents issus de la DGT prévoyaient un grand nombre de dispositions relatives au licenciement. Le gouvernement est revenu dessus au cours des bilatérales :

La mise en place d'un barème impératif :

Ce barème serait applicable aux dommages-intérêts attribués par les conseils de prud'hommes en cas de licenciement illégal. Le gouvernement a confirmé la mise en place d'un plancher et d'un plafond, qui dépendrait de l'ancienneté, ainsi plus l'ancienneté du salarié serait faible, plus l'indemnité serait faible.

Faire dépendre le montant de l'indemnité de l'ancienneté du salarié revient à nier la réalité du préjudice découlant d'un licenciement : certes l'ancienneté entre en compte, mais également les personnes à la charge du salarié, son âge, la facilité à retrouver un emploi, sa situation de famille...

Enfin et surtout, cette indemnité a pour rôle de sanctionner l'illégalité du licenciement et de dissuader les entreprises de recommencer. Si le montant de l'indemnité est indexé uniquement sur l'ancienneté du salarié, il ne prend plus en compte un certain nombre d'éléments qui auraient pu permettre d'augmenter le montant de cette indemnité. Ainsi, le montant de l'indemnité risque d'être plus faible, limitant son effet dissuasif.

Le juge aurait le pouvoir d'écarter l'application du barème en cas de faute d'une exceptionnelle gravité de l'employeur. Cette faute exceptionnelle engloberait le harcèlement et la discrimination, mais irait au-delà, visant d'autres situations que le Sénat n'a pas définies. Il pourrait s'agir de l'abus de l'employeur ou le non-respect des droits fondamentaux.

L'augmentation des indemnités légales de licenciement :

Le gouvernement, pour compenser la barémisation des indemnités prud'homales, propose l'augmentation des indemnités légales, indemnités qu'un employeur doit toujours verser au salarié qu'il licencie, sauf en cas de faute grave ou lourde du salarié, que le licenciement soit légal ou non. L'indemnité est actuellement de 1/5 de salaire mensuel brut par année d'ancienneté. Quand bien même cette indemnité serait doublée, elle resterait faible. Par exemple, pour un salarié au SMIC à temps partiel, l'indemnité passerait de 175 à 350 euros...

Compenser la baisse des dommages et intérêts pour licenciement illicite par une augmentation de l'indemnité de licenciement est à la fois une aberration (les employeurs qui respectent la loi payent pour ceux qui licencient abusivement) et de la pure mauvaise foi quand l'on voit le faible montant que représente une indemnité de licenciement.

La création d'un CERFA faisant office de lettre de licenciement :

Le gouvernement souhaite créer un CERFA (formulaire type) applicable au licenciement, d'utilisation facultative, avec maintien de l'obligation de motivation. Actuellement, la lettre de licenciement rédigée par l'employeur fixe les limites du litige. Cela signifie que les motifs contenus dans la lettre font foi devant le juge.

Une question se pose : est-ce que, si l'employeur remplit mal la case, et se trompe de motif de licenciement, cela sera considéré comme un simple vice de procédure ?

Exemple : un employeur licencie un salarié pour motif économique, et l'inscrit dans la lettre de licenciement. Un avocat pourra très bien démontrer qu'en réalité, l'employeur a licencié le salarié pour un motif personnel. Dans ce cas, le fait que le motif économique soit invoqué dans la lettre prouve la mauvaise foi de l'employeur

et le caractère illicite du licenciement. Le fait d'invoquer le mauvais motif de rupture constitue ici une fraude de l'employeur.

Si l'on a recours à un CERFA, dans une situation similaire, l'employeur aura juste une case à cocher, pour indiquer s'il s'agit d'un licenciement pour motif économique ou d'un licenciement pour motif personnel. On peut craindre que l'employeur qui coche la case licenciement économique alors que le motif est personnel puisse prétendre qu'il s'agit d'une simple erreur de procédure, quand bien même il avait en réalité une intention frauduleuse. Ici le fait d'invoquer le mauvais motif de rupture est une erreur de procédure qui ne remet pas en cause la rupture.

Ce CERFA limiterait donc les possibilités d'action des avocats, et diminuerait la protection des salariés.

La réduction du champ d'application du plan de sauvegarde de l'emploi :

Actuellement, les entreprises de plus de 50 salariés ont l'obligation de mettre en œuvre un PSE, en cas de licenciements d'au moins 10 salariés sur une période de 30 jours. Le gouvernement souhaite que désormais les entreprises de plus de 50 salariés ne soient soumises à cette obligation qu'en cas de licenciement d'au moins 30 salariés sur 30 jours. Le gouvernement se rapprocherait ainsi des minimas européens pourtant peu favorables aux salariés.

Pour rappel, le droit européen définit les licenciements économiques collectifs de la sorte :

- Les licenciements d'au moins 10 salariés dans les établissements comprenant entre 21 et 99 salariés ;
- Les licenciements d'au moins 10 % des salariés dans les établissements comprenant entre 100 et 299 salariés (soit entre 10 et 29 licenciements) ;
- Les licenciements d'au moins 30 salariés dans les établissements d'au moins 300 salariés.

Si le critère du nombre de licenciements passait de 10 à 30, comme le souhaite le gouvernement, 35 % des PSE seraient amenés à disparaître. C'est autant de salariés qui perdront leur emploi sans bénéficier des mesures plus favorables négociées dans le PSE (mesures d'indemnisation supplémentaires, mesures relatives à la formation). On peut se poser des questions quant à l'objectif poursuivi par le gouvernement. En effet, une telle disposition reviendrait à limiter la négociation et l'échange entre l'employeur et les représentants des salariés. Ironique pour un président qui prétend défendre le dialogue social...

L'affaiblissement de l'obligation de reclassement :

Le gouvernement prévoit que l'employeur pourrait satisfaire à son obligation de reclassement simplement par affichage de la liste des postes disponibles au sein de son entreprise. De plus, il n'aurait plus à rechercher les postes disponibles à l'étranger. Actuellement, l'employeur doit proposer les postes adaptés à chaque salarié individuellement, éventuellement leur proposer des formations leur permettant de s'adapter aux postes disponibles, et rechercher tous les postes disponibles au niveau national comme international.

Si cette mesure venait à entrer en vigueur, elle viderait complètement de sa substance l'obligation de reclassement.

Harmonisation des délais de contestation :

Avant 2008, les salariés avaient trente ans pour contester leur licenciement, après 2008 cinq ans, après 2013 deux ans... Actuellement, la prescription est de 2 ans pour les licenciements pour motif personnel, de 12 mois pour les contestations portant sur la validité et la régularité des licenciements pour motif économique, et de 12 mois pour la contestation des ruptures conventionnelles.

Le gouvernement souhaite que tous les licenciements et ruptures conventionnelles soient soumis à une prescription de 12 mois, pour « sécuriser » les entreprises, ce qui conduirait à réduire encore plus le droit d'accès au juge des salariés.

La réduction du périmètre d'appréciation des difficultés économiques :

Actuellement les difficultés économiques justifiant un licenciement doivent être appréciées par les juges dans le secteur d'activité du groupe auquel appartient l'entreprise. Le contrôle porte donc sur les établissements et entreprises du groupe situées en France, mais aussi dans le reste du monde.

Le but est de s'assurer que l'entreprise qui appartient à un groupe prospère et qui procède à des licenciements ne le fait que parce que le secteur d'activité auquel elle appartient connaît des difficultés. Cela permet d'éviter les licenciements abusifs, ainsi que les montages financiers qui consistent à « appauvrir » volontairement une filiale, en reversant par exemple tous ses bénéfices au reste du groupe, et en lui transférant toutes les dettes du groupe, afin de pouvoir procéder à des licenciements.

Le gouvernement souhaite que les difficultés ne soient plus appréciées qu'au niveau national, donc au niveau de la France. Autrement dit, pour savoir si l'entreprise peut licencier, les juges vont regarder la santé économique des entreprises du même secteur d'activité, situées en France uniquement. Par conséquent, il deviendra possible de licencier alors même que les autres entreprises du groupe à l'international, appartenant au même secteur d'activité, sont prospères.

Cette mesure va faciliter les licenciements pour motif économique. En effet, les difficultés seront appréciées sur un périmètre plus restreint, donc le motif économique sera plus facile à justifier. De plus, il deviendra plus difficile de déceler les montages financiers, puisque les juges n'auront plus de droit de regard sur la situation économique des autres entreprises du groupe.

La simplification des plans de départ volontaire :

Le gouvernement souhaiterait simplifier le régime des plans de départ volontaire en permettant aux entreprises d'organiser le départ volontaire de salariés sans avoir à mettre en œuvre un PSE, lorsque le PDV n'est pas accompagné de licenciements.

Des incitations fiscales et sociales :

Le gouvernement a annoncé que seraient mises en place des incitations visant à privilégier les ruptures du contrat de travail à l'amiable, en jouant sur l'exonération des taxes fiscales et cotisations sociales des indemnités de rupture :

- ruptures conventionnelles : exonérations très élevées ;
- transactions : exonérations un peu moins élevées ;
- conciliation : exonérations faibles ;
- contentieux : forte fiscalisation

Ces mesures encouragent les règlements des différends à l'amiable. Elles visent à décourager les salariés de se battre pour leurs droits, notamment en saisissant les prud'hommes. Cet ensemble de mesures rend le licenciement moins coûteux pour l'employeur, et dissuade les salariés de contester leur licenciement.

Ainsi, un salarié quittera son emploi avec plus d'argent s'il signe une rupture conventionnelle, quand bien même il serait victime d'une situation illégale, que s'il va devant le juge pour faire respecter ses droits. En effet, le juge ne pourra lui octroyer une indemnité supérieure au plafond fixé par le barème, et le salarié devra payer des impôts sur cette indemnité.

Les rapports entre conventions collectives et contrat de travail : amoindrissement de la force obligatoire des contrats

Le contrat de travail est un contrat déséquilibré dès son élaboration. En effet, l'employeur et le salarié ne sont pas dans une égalité de rapport de forces au moment de sa signature. L'un propose sa seule force de travail,

l'autre choisit le salarié dans un contexte économique où le niveau du chômage et de la précarité lui permettent de définir à la baisse les dispositions de ce contrat. Pour autant, certains éléments du contrat de travail, prévus dès l'embauche du salarié, constituent une garantie de droits pour celui-ci.

En principe : droit de refus de la modification du contrat de travail

La rémunération de base (montant, mode de calcul, rémunération variable ou non, certaines primes), la qualification et la durée du travail sont les principaux éléments qui constituent le contrat de travail, que celui-ci soit écrit ou non écrit. Ce sont des « garanties de base » pour les salariés.

Toute modification du contrat de travail et des éléments qui le constituent nécessite l'accord de l'employeur et du salarié. Comme tout contrat, des modifications ne sont possibles qu'avec l'accord des différentes parties qui l'ont contracté, ces dernières devant alors signer un avenant modifiant le contrat initial. Si le salarié refuse la modification de son contrat de travail, il ne peut pas être sanctionné pour ce motif et encore moins être licencié ! Le refus est un droit pour le salarié.

Il en est de même d'un accord d'entreprise, celui-ci ne peut pas modifier le contrat de travail du salarié sans l'accord de ce dernier.

Remise en cause du droit de refuser et licenciement :

Ce droit a été remis en cause au fil des années : par la loi Aubry de 1998, par la loi « Aubry II » de 2000, par la loi de « sécurisation de l'emploi » de 2013, enfin, par la loi « El Khomri » de 2016.

Le projet d'ordonnance va encore plus loin : les projets d'ordonnance « Macron » ont pour volonté de pousser encore plus loin cette précarisation et flexibilisation du contrat de travail en prévoyant encore plus de cas pour lesquels un accord d'entreprise peut s'imposer à lui.

Le gouvernement souhaite que tous les accords d'entreprise portant sur la rémunération et le temps de travail s'imposent au contrat de travail. Le salarié qui refuserait la modification de son contrat de travail serait licencié, pour un motif *sui generis* reposant sur l'existence de l'accord collectif et le refus du salarié de se le voir appliquer, ce qui est en contradiction avec les engagements internationaux de la France.

Le contrat de travail a toujours été le dernier rempart juridique dont un salarié pouvait se prévaloir face à son employeur. En effet, il n'est en principe pas possible de déroger ou de modifier un contrat sans l'accord des deux parties. Le but du gouvernement est de vider de toute valeur l'engagement qu'un employeur prendrait par contrat. Peu importe que le salarié ait négocié certaines conditions de travail plus favorables dans son contrat, un employeur pourra revenir sur sa parole sans que le salarié ne puisse s'y opposer, dès lors qu'un accord d'entreprise est signé.

L'ambition politique du gouvernement, sous couvert de lutte contre le chômage de masse, est de contraindre le salarié à devoir accepter tout changement de lieu de travail, de temps de travail et de rémunération, sans aucune possibilité de s'y opposer.

La fusion des instances représentatives du personnel :

le comité social et économique

La mise en place de l'instance

Un comité social et économique serait mis en place sur le périmètre du comité d'entreprise, c'est-à-dire dans les entreprises d'au moins 50 salariés. Il regrouperait les délégués du personnel, les élus du comité d'entreprise, les élus du CHSCT (dans une « instance fusionnée ») et également, dans certains cas, les délégués syndicaux (dans une « instance unique »).

Le document issu de la DGT, qui avait fuité dans la presse, prévoyait que par accord collectif, une entreprise pourrait décider de conserver les quatre institutions représentatives du personnel (IRP) distinctes (CE, CHSCT, DP, DS), ou d'en fusionner tout ou partie, et pourrait prévoir de quels droits et prérogatives l'instance bénéficierait. Le gouvernement est revenu sur cette position. Il est désormais prévu que l'instance fusionnée serait impérative dans les entreprises de plus de 50 salariés. Un accord d'entreprise pourrait prévoir de fusionner CHSCT et CE et de maintenir les DP à part. Il serait également possible de créer une commission spécifique CHSCT au sein de l'instance.

Le périmètre de mise en place de l'instance pose un problème au niveau des entreprises à établissements multiples : ce projet acte la disparition des délégués du personnel d'établissements, représentants de proximité. Le ministère a annoncé lors des bilatérales qu'il songeait à ce que l'instance fusionnée puisse désigner des représentants du personnel dans les établissements de l'entreprise, mais rien n'indique que ce projet persiste, vu la complexité que cela engendrerait par rapport au système actuel des DP d'établissement.

Par ailleurs, quel impact aura ce projet sur les délégués syndicaux d'établissement ? Sera-t-il toujours possible d'en désigner ? Ou bien leur désignation sera conditionnée à l'existence d'une instance fusionnée sur l'établissement ?

Cette instance fusionnée risque d'affaiblir la représentation du personnel, sous couvert de « simplification ». C'est ce qui s'était produit avec la délégation unique du personnel (DUP), qui entraînait une réduction du nombre de représentants élus, du nombre d'heures de délégations, de la fréquence des réunions. Muriel Pénicaud elle-même a annoncé que le nombre d'élus serait moins important que si les trois IRP étaient maintenus.

Cette réduction du nombre de mandats et cette centralisation des IRP conduisent à une professionnalisation des élus. Le risque est que les élus soient obligés de consacrer la majeure partie de leur activité en réunion avec l'employeur et n'aient plus le temps d'être sur le terrain auprès des salariés.

Prérogatives de l'instance fusionnée

Le mandat :

Le gouvernement souhaiterait qu'un salarié ne puisse pas exercer plus de trois mandats successifs dans une même entreprise.

Les droits :

L'instance conserverait le droit d'agir en justice et de recourir à un expert. Suivant les annonces du gouvernement, elle bénéficierait également d'heures de délégation supplémentaires.

L'information consultation :

Lors des bilatérales, le ministère a affirmé que l'ensemble des prérogatives des trois IRP serait maintenu dans l'instance fusionnée.

Dans le cadre de la DUP telle qu'elle existe aujourd'hui, chaque IRP conserve son identité et est consultée sur ses attributions propres. L'instance fusionnée, elle, serait consultée dans son ensemble, sur tous les thèmes, sans que l'on distingue s'ils relèvent des attributions du comité d'entreprise, du CHSCT, ou des délégués du personnel.

Les élus devront être en capacité d'intervenir sur tous les sujets du CE, du CHSCT et des DP... Cela conduirait à déspecialiser les membres de l'instance et à « appauvrir » les informations consultations.

Cela pose des questions également au niveau de la formation : les élus bénéficieraient certainement d'une formation globale et non distincte sur leurs trois fonctions. Leurs droits à formation en seraient-ils pour autant multipliés ?

Ensuite au niveau de la gestion des multiples sujets : le gouvernement lui-même a admis que le fait que toutes les IRP soient fusionnées amènerait les représentants du personnel à procéder à une priorisation, une hiérarchisation des sujets traités. Il est à craindre que certaines attributions essentielles, telles que celles relevant du CHSCT, soient reléguées au second plan, au profit d'attributions plus « populaires » auprès des salariés, comme les activités sociales et culturelles. De plus, lorsque l'entreprise connaît des difficultés économiques, les salariés comme les élus ont tendance à privilégier spontanément le terrain économique et social, délaissant les questions de santé et de sécurité.

Le CHSCT risque d'être particulièrement atteint. Il dispose actuellement de règles moins rigides que celles applicables au comité d'entreprise, notamment quant à l'organisation de réunions extraordinaires, et au budget qui n'est pas limité. De plus, il dispose d'un droit propre à agir en justice (pour faire notamment suspendre les décisions de l'employeur dangereuses pour la santé des salariés), d'un droit de recourir à un expert, de mener des enquêtes, d'alerter l'inspection du travail en cas de danger grave et imminent...

Si le projet d'ordonnance est entériné, l'exercice de l'ensemble de ces droits dépendrait alors d'un vote majoritaire qui ne concernerait plus seulement les membres spécialisés du CHSCT, mais tous les élus de l'instance fusionnée. Ces droits risquent donc d'être dilués et de ne plus pouvoir être exercés aussi facilement.

De plus, les PV spécifiques du CHSCT seraient amenés à disparaître, alors même qu'ils ont aujourd'hui une force probatoire importante lors des contentieux.

La négociation par l'instance fusionnée

Les modalités de négociation :

Dans les entreprises de 1 à 10 salariés, deux dispositifs sont envisagés par le gouvernement :

- 1) soit la branche prévoirait différents dispositifs optionnels, parmi lesquels l'employeur pourrait choisir unilatéralement celui qu'il veut appliquer dans son entreprise. La branche, si elle souhaite que son accord puisse être étendu, serait contrainte de prévoir des dispositifs spécifiques aux très petites entreprises. *Exemple* : la branche pourrait prévoir une modulation du temps de travail sur le mois, ou le semestre, ou l'année et l'employeur serait libre de choisir le dispositif qui lui convient le mieux ;
- 2) soit la branche prévoirait un dispositif unique qui pourrait être adapté par l'employeur et devrait être validé par référendum.

On voit ici que la porte est ouverte à l'arbitraire patronal : l'employeur pourra choisir librement quel dispositif mettre en place dans son entreprise, parmi ceux qui ont été élaborés à l'échelle de la branche.

Ou alors, il pourra unilatéralement modifier le dispositif élaboré à l'échelle de la branche, puis le faire valider par référendum. Or, comment peut-on garantir l'anonymat du vote dans une entreprise de 11 salariés ou moins ?

Dans les entreprises de 11 à 50 salariés, un accord collectif serait signé par :

- un DP désigné DS ;
- en l'absence de DS, par un DP mandaté ;
- ou un DP non mandaté, à condition qu'il ait recueilli à titre personnel au moins 50 % des voix aux élections professionnelles ou que l'accord soit suivi d'un référendum ;
- ou un DP non mandaté à condition qu'il ait suivi une formation à la négociation et qu'il soit accompagné d'une organisation syndicale.

Afin d'inciter les employeurs à « favoriser » la syndicalisation, ceux-ci bénéficieraient de mesures financières avantageuses dans le cas où le DP serait nommé DS ou serait mandaté par une organisation syndicale. L'incitation consisterait soit en une exonération de la participation versée par les entreprises au Fonds pour le financement du dialogue social (AGFPN), soit en le versement à l'entreprise d'une somme forfaitaire visant à couvrir les dépenses liées à l'exercice du mandat syndical.

Ces pseudos-mesures n'auront peu ou pas d'effet : l'exonération prévue est tellement faible (environ 190 euros pour une entreprise de moins de 50 salariés) qu'elle n'incitera en rien les employeurs à avoir des syndiqués dans leur entreprise.

Par ailleurs, cette mesure serait une ingérence grave de l'employeur dans le choix du syndicat : on imagine mal un employeur inciter son salarié à se faire nommer DS par la CGT !

Enfin, l'AGFPN a pour objet de financer le paritarisme et la formation syndicale, pas les heures de délégation des IRP et des DS. Rien ne justifie donc que l'incitation soit prise sur son budget. Enfin, il paraît aberrant de devoir payer l'employeur pour que celui-ci accepte d'avoir des syndiqués dans son entreprise...

Dans les entreprises de 50 à 300 salariés, deux options sont envisagées :

- 1) - Il serait possible de négocier avec un DS
 - En l'absence de DS, un élu ou le secrétaire du CE pourrait être mandaté pour négocier
 - En l'absence de DS et de mandatement, le secrétaire de l'instance pourrait négocier, à condition d'avoir reçu une formation à la négociation. Un référendum permettrait ensuite de valider l'accord.

- 2) Le projet d'ordonnance pourrait se contenter d'assouplir les conditions actuelles de mandatement

Là encore, les entreprises bénéficieraient des dispositifs d'incitation à la présence syndicale en entreprise.

Dans les entreprises de plus de 300 salariés :

Il serait possible de fusionner l'instance regroupant les prérogatives des 3 IRP avec les délégués syndicaux, ce qui autoriserait l'instance à négocier.

Le gouvernement veut ouvrir la possibilité d'attribuer à l'instance fusionnée les prérogatives de négociation des DS. Cette possibilité serait conditionnée à la conclusion d'un accord de branche ou d'entreprise majoritaire. Une condition supplémentaire est à l'étude : celle que tous les sièges aient été pourvus au premier tour des élections professionnelles, garantissant ainsi la présence syndicale dans l'entreprise.

La possibilité d'inclure les délégués syndicaux dans l'instance fusionnée au sein des entreprises de 50 à 300 salariés a été évoquée par le gouvernement.

La possibilité pour l'instance de négocier serait soumise à ce que le gouvernement considère être des contreparties :

- *La co-décision* : il serait possible par accord d'entreprise ou de branche de prévoir que pour certains thèmes (tels que la formation, l'utilisation des aides publiques comme le CICE, la rémunération des dirigeants), l'employeur serait contraint d'obtenir l'avis conforme de l'instance fusionnée.
- *La représentation des salariés dans les instances dirigeantes* : en cas de fusion de l'instance unique avec les DS, la représentation des salariés ou de leurs représentants dans les conseils d'administration ou de surveillance des entreprises serait améliorée, sans que l'on sache dans quelle mesure.

Le fait d'autoriser l'instance à négocier, alors même qu'il existe des délégués syndicaux dans l'entreprise, a pour objet et pour effet de faire obstacle à l'intervention des syndicats. Lorsqu'il existe des DS dans l'entreprise, cela porte atteinte aux droits constitutionnels à l'action et la participation des salariés, ainsi qu'à la liberté syndicale, puisque cela prive les syndicats de l'un de leurs modes d'action.

La disparition des délégués syndicaux mène tout simplement à la disparition du syndicat dans l'entreprise.