

## FICHES CONCOURS

### DROIT DU TRAVAIL ET POLITIQUE DE L'EMPLOI

#### Ordonnances du 22 septembre 2017 modifiant le droit du travail

#### Principaux changements

Décembre 2017



Code d'Hammurabi, Musée du Louvre

Après avoir fait l'objet d'une concertation avec les partenaires sociaux tout au long de l'été, le contenu des cinq ordonnances qui modifient le droit du travail a été arrêté et celles-ci ont été publiées le 22 septembre 2017 : conformément à la procédure, elles ont dès lors acquis valeur réglementaire. Le projet de loi de ratification, qui leur donnera rétroactivement valeur législative, est en cours de discussion au Parlement en cette fin d'année. Le texte définitif des ordonnances ne sera connu qu'une fois cette discussion terminée, sans doute en février 2018. La présente fiche est donc provisoire. Cependant, les modifications votées lors de la discussion à l'Assemblée nationale n'ont porté que sur des précisions ou des corrections qui ne changent pas les grandes dispositions des textes, sauf sur un point mentionné ci-dessous. Il y a donc fort à parier que le texte n'évoluera que peu.

Les ordonnances modifient le droit des accords collectifs, le droit du licenciement et des ruptures conventionnelles, la représentation du personnel dans l'entreprise et des points plus ponctuels, comme la réglementation du télétravail, la lutte contre la pénibilité ou la création de nouveaux contrats de travail.

#### **Le droit des accords collectifs**

##### ▪ ***Le droit avant les ordonnances***

Suite à l'accord de sécurisation de l'emploi du 13 janvier 2013, la loi du 14 juin 2013 a institué des accords de maintien dans l'emploi en cas de difficultés économiques de l'entreprise : ces accords permettaient aux entreprises rencontrant des difficultés graves mais conjoncturelles de prendre temporairement certaines mesures : baisser les salaires ou faire varier le temps de travail. L'accord devait être majoritaire (signé par des syndicats représentant au moins 50 % des voix aux élections professionnelles) : les salariés refusant la modification de leur contrat de travail pouvaient être licenciés sans qu'un plan social soit nécessaire. La durée initiale de l'accord (et donc des mesures contraignantes pour les salariés) était de 2 ans, passé à 5 en 2015 (loi Rebsamen du 17 août 2015).

La loi relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels du 8 août 2016 (loi El Khomri) a institué elle aussi des accords spécifiques qui donnaient à l'entreprise le droit de modifier le temps de travail. Ces accords étaient destinés à revoir l'organisation du travail dans l'entreprise, dans une optique de préservation ou de développement des emplois, plus large que ce n'était le cas des contrats prévus dans la loi du 14 juin 2013 (qui ne le permettaient qu'en cas de difficultés graves, pour préserver l'emploi) : dans la loi de 2016, la signature d'un tel accord ne permettait que de modifier le temps de travail mais pas la rémunération mensuelle du salarié, qui devait être maintenue. Le salarié pouvait refuser l'application de ces dispositions à son contrat de travail mais son refus entraînait un licenciement obéissant aux règles du licenciement économique individuel.

Au-delà, la loi El Khomri de 2016 institue, sur toutes les règles relatives à la durée du travail et aux congés, une primauté des accords d'entreprise sur les accords de branches, renversant ainsi (de façon plus nette qu'une loi de 2004 qui avait tenté, très modestement, de le faire) le « principe de faveur » selon lequel, en droit du travail, lorsqu'il existe plusieurs normes, c'est la plus favorable qui s'applique au salarié. De plus, la loi permet la signature d'accords collectifs sur le temps de travail qui s'imposent aux salariés : elle différencie, sur chaque point tenant à la durée du travail et aux congés, (astreintes, durée maximale de travail, rémunération des heures complémentaires...), les dispositions d'ordre public (celles qui sont obligatoires pour tous et auxquelles il ne peut être dérogé), le champ ouvert à la négociation collective (avec, si nécessaire, un encadrement de tels accords avec fixation de seuils) et enfin les dispositions supplétives qui s'appliquent en cas d'absence d'accord. La loi de 2016 articule donc différemment, dans le domaine du temps du travail, loi et accords collectifs d'entreprise : sans changer les règles existantes qui continuent à s'appliquer en l'absence d'accord, elle prévoit que, en cas d'accords majoritaires, les règles applicables peuvent être moins favorables aux salariés qu'en l'absence de tels accords (où la loi s'applique). C'est le cas pour le paiement des heures supplémentaires, la durée du travail...

#### ▪ **Points modifiés par les ordonnances**

1° Les ordonnances précisent de manière plus complète que la loi El Khomri ***l'articulation entre les accords de branche et d'entreprise***, avec plusieurs étapes.

Dans certains domaines, la convention de branche a l'exclusivité et s'impose aux conventions d'entreprise : c'est le cas pour les salaires minima, les classifications, certaines réglementations particulières sur le temps de travail, travail de nuit et régime des équivalences<sup>1</sup>, le recours aux nouveaux contrats de chantier<sup>2</sup> et aux CDD, l'égalité professionnelle, la mutualisation de certains fonds, les garanties collectives complémentaires...

Dans certains domaines, la convention de branche ne s'impose qu'aux accords d'entreprise signés après elle et à condition de le prévoir explicitement : c'est le cas par exemple pour la prévention des risques professionnels ou la politique d'insertion professionnelle des travailleurs handicapés.

---

<sup>1</sup> Il s'agit, pour des professions où le rythme de travail est irrégulier, de définir une durée du travail « équivalente » à la durée légale.

<sup>2</sup> Voir la présentation de ce contrat à la fin de la présente note

Dans les autres cas, l'accord d'entreprise prévaut.

Deux conclusions peuvent être tirées de ces mesures :

- D'une part, les accords de branches voient leur rôle précisé et s'accroître : ils peuvent encadrer le recours aux contrats courts (renouvellement, délai de carence) et aux nouveaux contrats de chantier, dispositions qui jusqu'alors relevaient de la loi ;
- D'autre part, la primauté de l'accord d'entreprise sur l'accord de branche est considérablement élargie, par rapport aux dispositions antérieures, puisqu'elle n'est plus limitée aux thèmes relatifs à la durée du travail, aux repos et aux congés comme c'était le cas dans la loi de 2016 : les accords d'entreprise peuvent couvrir tous les domaines qui ne relèvent pas des accords de branche.

2° Les ordonnances harmonisent et développent les **accords majoritaires d'entreprise qui entraînent modification du contrat de travail**.

Nous avons mentionné ci-dessus les accords institués par la loi du 14 juin 2013 (accords de « sécurisation de l'emploi » en cas de difficulté grave de l'entreprise) et ceux de la loi travail de 2016 (accords de préservation et de développement de l'emploi et accords majoritaires qui peuvent fixer la durée du travail et les congés, dans certaines limites légales toutefois).

Les ordonnances 2017 suppriment tous ces accords (accords de maintien de l'emploi, de préservation et de développement de l'emploi, de réduction de temps de travail, de mobilité interne...) pour les unifier dans un type d'accord unique ayant pour objectif, soit de préserver et développer l'emploi, soit de « répondre aux nécessités de bon fonctionnement des entreprises », motif qui élargit considérablement le champ concerné par de tels accords par rapport aux textes précédents. Ces nouveaux accords permettent, dans tous les cas prévus, de modifier les rémunérations, le temps de travail et les conditions de mobilité professionnelle et géographique (les conséquences sont donc les plus larges possibles). Les dispositions de ces accords majoritaires se substituent aux dispositions contraires du contrat de travail, la différence avec la situation antérieure étant que le salarié qui refuse cette adaptation n'est plus licencié pour motif économique, ce qui limite ses droits pendant sa période de chômage. Il bénéficie toutefois de l'inscription de 100 heures de formation sur son compte personnel de formation ;

3° Les accords d'entreprise définissent désormais l'agenda social de l'entreprise et, dans certaines limites, organisent les négociations obligatoires, contenu, périodicité et suivi) : la disposition peut être considérée comme favorable à la qualité du dialogue social, tant de telles négociations, imposées par la loi, étaient souvent formelles, voire artificielles ;

4° Au-delà des accords spécifiques mentionnés ci-dessus prévus par les ordonnances qui modifient les règles applicables aux entreprises en termes de rémunération, de temps et de lieu de travail, les accords d'entreprises deviennent tous majoritaires à compter du 1<sup>er</sup> mai 2018 (par rapport à la loi El Khomri, la date est avancée et s'applique automatiquement), montrant ainsi une exigence plus forte de légitimité à l'égard de tous les accords collectifs ;

5° La loi travail de 2016 prévoyait qu'un accord d'entreprise portant sur le temps de travail ou l'emploi puisse être adopté, à la majorité des suffrages exprimés, par **un référendum**

déclenché par des syndicats favorables à l'accord, représentant au moins 30 % des suffrages aux élections professionnelles sans pour autant atteindre le seuil de 50 %. Les ordonnances maintiennent cette disposition en l'aménageant : le référendum pour adopter un accord pourra être déclenché par l'employeur sauf si l'ensemble des signataires s'y oppose ;

6° Des dispositions organisent la possibilité de négocier en dehors de la présence des délégués syndicaux dans les entreprises dont l'effectif dépasse 11 salariés : il est possible de négocier un accord avec des élus représentant la majorité des suffrages, mandatés ou non mandatés par une organisation syndicale (c'est un assouplissement) et avec des salariés non élus mandatés : dans ce cas l'accord doit être validé par consultation des salariés à la majorité ;

7° Des dispositions spécifiques existent pour les petites entreprises de moins de 11 et jusqu'à 20 salarié lorsqu'il n'y a pas de représentant du personnel : l'employeur peut alors conclure un accord directement avec les salariés, appelés à l'adopter ou à le rejeter par référendum, en son absence, avec majorité requise des deux tiers.

#### ▪ **Appréciation**

- Les ordonnances ont un premier mérite : elles mettent de la clarté dans une accumulation de dispositions qui, de la loi du 14 juin 2013 sur la sécurisation de l'emploi à la loi travail de 2016, avaient aménagé des exceptions aux dispositions traditionnelles du droit du travail sans parvenir à donner une vision d'ensemble : désormais, la hiérarchie entre les accords de branche et les accords d'entreprise est fixée dans tous les domaines (pas seulement s'agissant du temps de travail, du repos et des congés comme dans la loi de 2016) et les divers accords pour l'emploi sont harmonisés : l'on est arrivé à une meilleure lisibilité du droit, sachant que ce mouvement correspond à un renforcement et à un élargissement des deux textes précédents ;
- Par ailleurs, les accords de branches ne sont pas sacrifiés aux accords d'entreprises, qui ne deviennent pas de ce fait, contrairement à ce que l'on a dit parfois, l'alpha et l'oméga du droit du travail. La loi El Khomri de 2016 avait déjà valorisé les branches, même si ces dispositions étaient, à l'époque, passées inaperçues. Elle avait prévu d'en réduire le nombre (de 750 à 200 en 3 ans) pour redynamiser un dialogue social souvent atone à ce niveau : les ordonnances accélèrent ce mouvement. La loi de 2016 formalisait les missions des accords de branches, leur donnant déjà la possibilité de fixer les garanties minimales dans certains domaines (salaires, classifications, garanties collectives complémentaires...). Cependant, les ordonnances ajoutent aux compétences des branches des points importants et nouveaux, jusqu'ici réglés par la loi : les branches peuvent encadrer le recours aux contrats courts (renouvellement, délai de carence) et aux nouveaux contrats de chantier, même si, en pratique, il est douteux que des accords de branche assouplissent encore davantage les règles dans les branches fortement consommatrices en CDD ;
- Pour autant, le fait que les compétences des branches soient limitativement énumérées et que les accords d'entreprise soient compétents pour tout le reste valorisent, au final, les accords d'entreprise, en élargissant leur rôle à tout ce qui n'est pas régi par la branche ;

- Les relations entre la loi et les accords collectifs sont moins modifiées que dans la loi travail : celle-ci avait, dans le domaine du temps de travail et des congés, rendu la loi « supplétive » dès lors qu'un accord collectif existait. Les ordonnances ne font prévaloir les accords sur la loi que dans le domaine de la réglementation des contrats courts (durées maximales, période de carence...) et du recours aux contrats de chantier (accords de branche). Reste que, en généralisant les accords qui permettent de modifier le contrat de travail, la loi élargit les cas où le droit du travail traditionnel cède (les contrats de travail se plient à l'accord collectif) : elle donne aux accords collectifs, de ce fait, un très grand pouvoir.

Au final, l'inspiration des ordonnances est à l'évidence, « libérale » : elles font reculer la ligne d'application d'un droit « général » à toutes les entreprises et elles laissent aux partenaires sociaux des marges de choix, celles de passer (ou pas) un accord collectif pour assouplir les droits existants des salariés, avec comme objectif de faciliter la sauvegarde ou le développement de l'entreprise.

Comme lors des débats de 2015 et 2016 sur la loi travail, deux lectures de ces dispositions sont possibles : l'on peut regretter que le droit devienne flexible selon la situation et la stratégie de l'entreprise et fasse prévaloir, sur la protection des salariés, l'assouplissement des conditions d'emploi pour une meilleure adaptation des entreprises au marché. L'autre lecture souligne que les dispositions controversées ne font qu'ouvrir des possibilités (bien que le dispositif d'accords dérogatoires à la loi existe depuis 2013 voire 2004, leur développement est extrêmement limité), qu'elles ne s'appliqueront que sur accord collectif majoritaire (signé par les organisations syndicales ayant obtenu au moins la moitié des suffrages aux élections professionnelles), qu'il sera possible d'obtenir des contreparties et qu'il vaut mieux protéger l'emploi existant et l'adaptation des entreprises que de faire face trop tard à des reconversions.

Il est en outre difficile d'être favorable au développement du dialogue social et de le confiner à la seule obtention d'avantages complémentaires pour les salariés, comme cela a longtemps été le cas. Désormais, le dialogue social s'invite dans les choix stratégiques de l'entreprise.

Au final, la seule disposition qui peut choquer est celle qui permet à l'employeur, dans les TPE, de négocier directement avec ses salariés. Le gouvernement soutient que cette disposition obéit à un principe de réalité (il n'y a pas de représentants du personnel ni de représentants syndicaux dans les TPE et le dialogue social y est inexistant). De fait, l'implantation d'organisations syndicales dans les TPE n'est pas pour demain. Les syndicats soulignent cependant, à juste titre, la nécessité d'être formés et armés pour négocier, surtout dans des TPE où l'employeur a un poids décisif. En outre, les conditions de la consultation des travailleurs dans les TPE semblent bien ne pas imposer l'anonymat, ce qui est vraiment problématique.

## **Le droit du licenciement pour motif personnel**

### **▪ *Le droit avant les ordonnances***

Le licenciement pour motif personnel doit tenir à un « motif réel et sérieux », fondé sur des faits objectifs et constatables, la mesure devant être proportionnée aux faits qui la justifient. Le licenciement obéit par ailleurs à une procédure formalisée. Au moins deux jours ouvrables

après un entretien qui porte sur les motifs du licenciement envisagé, l'employeur doit envoyer une lettre de licenciement motivée, qui « fixe les limites du litige » et précise les motifs retenus.

Le salarié licencié a droit à un préavis et, s'il a un an d'ancienneté au minimum, à une indemnité de licenciement légale en fonction de son ancienneté, avec un montant minimum fixé par le Code du travail.

Le salarié peut contester son licenciement devant le conseil des prud'hommes. Si ceux-ci constatent l'absence de cause réelle et sérieuse ou jugent le licenciement irrégulier, le salarié a droit à des dommages et intérêts, les textes fixant jusqu'à maintenant une indemnité minimum de 6 mois de salaires applicable aux salariés ayant 2 ans d'ancienneté.

#### ▪ **Points modifiés par les ordonnances**

La réforme modifie le droit du licenciement personnel sur plusieurs points. La réforme ouvre d'abord droit aux indemnités légales aux salariés ayant 8 mois d'ancienneté et non plus un an. En outre, la procédure de licenciement est modifiée : l'employeur peut préciser après coup (dans les 15 jours) les motifs du licenciement inscrits dans la lettre (il ne le pouvait pas auparavant et des motivations mal expliquées pouvaient faire considérer le licenciement comme non fondé). Enfin, les ordonnances fixent un barème d'indemnisation (avec un plancher et un plafond) pour les indemnités prud'homales (il ne s'agit pas des indemnités légales) accordées aux salariés licenciés de manière irrégulière ou sans cause réelle et sérieuse. Ce barème est fonction de l'ancienneté des salariés, avec un plancher plus bas pour les entreprises de moins de 11 salariés. Il supprime l'indemnité minimum prévue auparavant pour les salariés des entreprises de plus de 11 salariés ayant plus de 2 ans d'ancienneté. Il ne s'appliquera pas en cas d'atteinte aux droits fondamentaux du salarié, de harcèlement ou de discrimination.

#### ▪ **Appréciation**

Le droit de rectifier ex post les motifs indiqués dans la lettre est manifestement un signe envoyé aux petites entreprises qui se plaignent du formalisme du droit.

Sur l'institution du barème, l'exposé des motifs de la loi d'habilitation évoque la volonté de lever les freins à l'embauche. Sur les dispositions du barème, le gouvernement justifie son choix par une étude du ministère de la justice qui indique que le plafond du nouveau barème correspond à la moyenne des indemnités accordées en 2014.,

L'on peut juger choquant de rendre plus prévisibles des indemnités destinées à compenser un préjudice grave causé par un licenciement reconnu infondé. De plus, les études économiques sont quasi-unanimes à considérer que l'assouplissement des contraintes de licenciement (c'est le cas) ne créent pas d'emplois, même si, dans une enquête de juin 2017 de l'Insee sur les freins à l'embauche, les entreprises mentionnent les coûts et craintes juridiques du licenciement comme un frein mais pas, et de loin, comme le frein dominant. L'objectif est sans doute plus modestement de rassurer les entreprises, notamment les petites, qui se plaignent de l'imprévisibilité des décisions (souvent tardives) des prud'hommes. La mesure tient alors de l'affichage plus que de l'espoir de voir les embauches progresser.

## Le droit des licenciements économiques

### ▪ **Le droit avant les ordonnances**

Le licenciement économique est défini comme une mesure consécutive à des difficultés économiques, à des mutations technologiques, à une réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité ou à la cessation d'activité. Des critères précis sont fixés pour apprécier les difficultés économiques.

### ▪ **Points modifiés par les ordonnances**

Quand une entreprise appartient à un groupe, les difficultés économiques, les mutations technologiques ou la nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise s'apprécient au niveau du secteur d'activité commun aux entreprises du groupe établies sur le territoire national, et à elles seules, sauf fraude.

### ▪ **Appréciation**

La mesure vise à supprimer l'effet de jurisprudences de la Cour de cassation conduisant à apprécier les difficultés économiques d'une entreprise qui appartient à un groupe international en tenant compte du même secteur d'activité dans l'ensemble d'un groupe, y compris dans les filiales situées en dehors de la France. Elle tend à apaiser les craintes des investisseurs étrangers, empêchés de réorganiser voire de fermer leurs filiales françaises par la bonne santé d'ensemble du groupe. Malgré l'exception mentionnée (fraude), la disposition laisse une très grande marge de manœuvre aux multinationales, qui pourront volontairement diminuer l'activité d'une filiale française au bénéfice d'une autre située dans un autre pays, ce qui soulèvera des contestations sur la notion de « fraude » (la rationalité économique froide n'est pas « frauduleuse »). Les salariés concernés licenciés pour difficultés économiques par un groupe florissant risquent de ressentir un sentiment d'injustice, à vrai dire justifié.

## Les plans de départ volontaire

### ▪ **Le droit avant les ordonnances**

La loi du 25 juin 2008 a introduit dans le Code du travail, à la suite de l'accord interprofessionnel du 11 janvier 2008, la rupture par accord mutuel entre un employeur et un salarié. L'accord est individuel et la procédure très encadrée : délais de rétractation, aval obligatoire de l'autorité administrative en charge du travail et de l'emploi, laquelle vérifie que la rupture est bien consentie et ne correspond pas à un licenciement déguisé. Le salarié concerné a droit à une indemnité de rupture conventionnelle (qui ne peut être inférieure à l'indemnité de licenciement qu'il aurait perçue s'il avait été licencié) et au chômage.

La jurisprudence a toutefois admis des ruptures à l'amiable collectives, y compris pour motif économique : en décembre 2003, la Cour de cassation a ainsi accepté qu'une rupture du contrat de travail résulte de départs volontaires, prévus par un accord collectif mis en œuvre après consultation du comité d'entreprise. Elle a jugé que de telles ruptures constituaient alors une résiliation amiable du contrat de travail, sans que l'employeur ait à procéder à un licenciement pour motif économique.

### ▪ **Points modifiés par les ordonnances**

Les ordonnances 2017 instituent une procédure de « plans de départs volontaires » qui ne figurait pas jusqu'ici dans le Code : un accord majoritaire doit préciser le nombre de départs

envisagés, les indemnités de rupture prévues et d'éventuelles actions d'aide au reclassement. La convention, soumise aux représentants du personnel, doit être homologuée par les services déconcentrés de l'Etat (Direccte).

#### ▪ **Appréciation**

Les ordonnances sécurisent juridiquement la jurisprudence précitée en prévoyant à la fois la consultation des institutions représentatives du personnel et la validation des services de l'Etat. Les critiques portent sur la crainte d'un plan de licenciement économique déguisé (mais sans obligation d'élaborer un Plan de sauvegarde de l'emploi et sans permettre aux salariés de bénéficier d'un contrat de sécurisation professionnelle accessible après un licenciement économique) ou d'un plan permettant de se séparer de salariés âgés. Cependant, le dispositif résulte d'un accord majoritaire, les salariés sont volontaires et, si risque il y a, il existait précédemment.

### **La représentation du personnel dans l'entreprise**

#### ▪ **Le droit avant les ordonnances**

La représentation du personnel dans l'entreprise était jusqu'à maintenant complexe, avec de multiples instances au rôle distinct : délégués du personnel élus dans les entreprises d'au moins 11 salariés, en charge des réclamations individuelles et collectives des salariés sur les conditions de travail et de l'application de la réglementation du travail ; membres du Comité d'entreprise élus dans les entreprises d'au moins 50 salariés, qui se prononcent pour avis sur de nombreuses décisions relatives à la gestion de l'entreprise, sont informés de sa situation financière et économique et associés aux décisions en cas de difficultés économiques ; membres du CHSCT désignés par les élus salariés, compétents dans les entreprises de plus de 50 salariés sur les questions de santé et de sécurité au travail et sur les conditions de travail ; délégués syndicaux enfin, désignés par les organisations syndicales représentatives dans les entreprises de plus de 50 salariés et qui ont le monopole de la négociation d'entreprise.

Des mesures de simplification ont déjà été prévues, comme la possibilité, dans les entreprises de moins de 300 salariés, de mettre en place une « délégation unique » réunissant les compétences des délégués du personnel et du Comité d'entreprise. De même, diverses règles permettent de mener des négociations dans les entreprises de moins de 50 salariés malgré l'absence de délégués syndicaux ou de pallier l'absence d'un Comité d'entreprise ou d'un CHSCT dans les entreprises de plus de 50 quand ces instances n'ont pu être créées, le plus souvent faute de candidats.

En 2014, des négociations ont été menées sur la simplification des instances de représentation du personnel : un projet d'institution, dans les entreprises de 250 salariés, d'un Conseil d'entreprise en charge à la fois de représenter le personnel et de mener les négociations d'entreprise a été évoqué. Ces négociations ont échoué.

#### ▪ **Points modifiés par les ordonnances**

L'ordonnance crée un comité social et économique (CSE) dès les entreprises d'au moins onze salariés, instance qui fusionne, dans les entreprises de 50 salariés au moins, les missions précédemment confiées aux délégués du personnel, celles du comité d'entreprise et celles du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT). Les seuils qui permettent

l'extension des compétences des représentants du personnel ne sont pas modifiés mais il n'existe plus qu'une instance.

Sauf en cas d'accord d'entreprise, dans les entreprises de plus de 300 salariés, le CSE comportera une commission de santé, de sécurité et des conditions de travail.

Les projets de décret d'application des ordonnances prévoient un nombre de représentants du personnel en baisse mais un maintien des heures de délégation actuelles (donc une hausse par représentant).

Par ailleurs, par accord collectif majoritaire et après approbation de la majorité des élus du CSE ou des élus représentant au CSE la majorité des voix obtenues lors des élections professionnelles, le CSE peut se transformer en Conseil d'entreprise qui, en plus d'exercer les compétences de représentation du personnel prévues, pourrait négocier certains accords d'entreprises et aurait un pouvoir « d'avis conforme » sur un champ de décisions de l'employeur défini par l'accord. Les délégués syndicaux verraient ainsi leurs prérogatives réduites.

C'est un des points sur lesquels le projet de loi de ratification voté par l'Assemblée nationale en décembre 2018 apporte une modification majeure : l'amendement prévoit de donner au Conseil d'entreprise l'exclusivité de la négociation, avec disparition des délégués syndicaux.

#### ▪ **Appréciation**

L'inquiétude des organisations syndicales a longtemps porté sur une crainte de la diminution des moyens (heures de délégation notamment) : le gouvernement ne semble pas vouloir les réduire.

Sur le fond, il existe une crainte de dilution des compétences spécifiques du CHSCT dans une instance unique moins spécialisée. Elle porte aussi sur certaines dispositions précises qui leur paraissent amoindrir les droits des représentants (suppression du droit d'alerte donné aux représentants du personnel dans les petites entreprises, changement des modalités de calcul du financement des activités sociales ou économiques du CSE, moindre financement par l'employeur des expertises).

Pour autant, la disposition, tout en accédant à une demande patronale ancienne, se plaide : ce n'est pas nécessairement en multipliant les instances que l'on renforce le poids de la représentation du personnel. Dans les petites et moyenne entreprises, la multiplicité des instances était pénalisante, malgré le recours fréquent à la délégation unique. L'institution d'un CSE unique permet au contraire de moins disperser les efforts et d'instituer davantage de transversalité. Il est vrai qu'il faudra maintenir une certaine spécialisation sur les questions de santé et de conditions de travail mais cela ne justifie pas un éparpillement des instances, consommateur au demeurant de temps militant dont les organisations syndicales manquent de plus en plus.

Quant à l'institution éventuelle d'un Conseil d'entreprise, elle s'inspire directement du modèle allemand, en général considéré comme un pays où le dialogue social est vivant : en Allemagne, la création d'une telle instance n'est pas obligatoire (il est mis en place, y compris dans les TPE, sur choix des salariés) mais elle permet aux représentants des salariés d'avoir un droit de veto sur certaines décisions de l'employeur, alors qu'en France, jusqu'ici, si la

consultation des instances de représentation du personnel est obligatoire, il ne s'agit que d'un avis. Le Conseil est en particulier consulté sur tout changement important dans l'organisation de l'entreprise ou du travail, horaire ou chômage partiel. Si le Conseil d'entreprise s'implantait en France, l'on irait, outre vers une fusion de l'ensemble des missions des représentants du personnel (représenter, donner des avis et négocier) vers une amorce de « cogestion » au moins sur certains thèmes, ce qui serait une révolution. Reste à savoir si les syndicats s'empareront de cet outil ou le laisseront de côté (un accord collectif est nécessaire).

### **La réglementation du télétravail**

#### ▪ ***Le droit avant les ordonnances***

La loi du 22 mars 2012 a organisé le télétravail en prévoyant qu'il est organisé sur la base d'un accord ou d'un texte de l'employeur qui précise les postes éligibles et les conditions de travail et applique les mêmes normes (notamment de temps) que pour le travail en entreprise (le contrôle est cependant formalisé, par déclaration ou par autre moyen).

#### ▪ ***Points modifiés par les ordonnances***

Les ordonnances 2017 apportent trois modifications au télétravail :

- Le recours à un télétravail occasionnel est reconnu ;
- Un accident survenant pendant les heures de travail sur le lieu de télétravail est présumé être un accident du travail ;
- L'employeur doit motiver son refus d'accepter le télétravail d'un salarié dont le poste est éligible

#### ▪ ***Appréciation***

Le texte est bienvenu

### **La lutte contre la pénibilité**

#### ▪ ***Le droit avant les ordonnances***

La loi du 20 janvier 2014 sur la réforme du système de retraites, permettait à des travailleurs exposés à certaines conditions de travail (sur déclaration de l'employeur) d'accumuler des points pour partir plus tôt en retraite, travailler à temps partiel ou se former. 10 risques étaient concernés, allant des postures pénibles au travail de nuit ou à l'exposition à des produits dangereux au-delà de seuils prédéfinis. Le financement était assuré par des cotisations patronales spécifiques, une cotisation de base, à charge de tous les employeurs (en 2017 : 0,01%) et une cotisation additionnelle, à la charge des employeurs qui emploient des personnes soumises au risque, variant de 0,2 à 0,4%, l'objectif étant d'inciter à la prévention.

Les entreprises soumettant 50 % de leurs personnels à des facteurs de pénibilité au-delà des seuils prévus ont obligation par ailleurs d'élaborer un plan de lutte contre la pénibilité.

#### ▪ ***Points modifiés par les ordonnances***

A partir de 2018, 4 des 10 risques énumérés (les postures pénibles, le port de charges, l'exposition à des agents chimiques et à des vibrations) ne seront plus compensés par la reconnaissance des droits évoqués ci-dessus (départ en retraite avancé notamment) que si une maladie professionnelle se déclare, entraînant un taux d'incapacité permanente de 10 %

au moins. Autre mesure, le financement du risque ne sera plus assuré par des cotisations spécifiques mais par la branche de la sécurité sociale compétente pour les accidents du travail et maladies professionnelles.

Enfin, le champ de l'obligation du plan de lutte contre la pénibilité est réduit d'autant, seuls les salariés soumis aux risques de pénibilité assortis d'un seuil étant décomptés pour savoir si l'entreprise est soumise à obligation d'élaborer un tel plan. Cependant, à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2018, la proportion qui oblige à élaborer un tel plan passe, comme prévu dans les anciens textes, à 25 % de salariés soumis à pénibilité et les textes élargissent l'obligation aux entreprises dont la sinistralité (risque accidents du travail et maladies professionnelles) dépasse un certain niveau.

#### ▪ **Appréciation**

Les employeurs ont considéré que la réglementation sur le compte de pénibilité était inapplicable parce qu'il était impossible pour certains risques de savoir si les salariés dépassaient ou non le seuil. Il est certain que la mesure de certains risques était compliquée, même si un travail avait été fait pour se référer à des métiers types. Pour autant, la réforme est un tragique retour en arrière : jusqu'alors, la seule exposition au risque permettait d'acquiescer certains droits qui croissaient avec la durée d'exposition et le financement était imputé essentiellement aux entreprises responsables. Désormais, pour 4 risques sur 10, l'on en revient à la constatation médicale de la maladie installée et, pour l'ensemble de la pénibilité, à un financement confondu avec la tarification accidents du travail /maladies professionnelles. Or celle-ci, contrairement à l'idée communément répandue, est tout sauf incitative car son opacité la rend peu compréhensible pour les entreprises. La réparation de la pénibilité est partiellement maintenue mais la prévention semble mise de côté. C'est une erreur, d'autant qu'en France les conditions de travail sont moins bonnes qu'ailleurs et que la question du recul de la retraite pour les seniors (surtout ceux travaillant dans des métiers manuels ou difficiles) se pose avec acuité.

### **L'institution d'un nouveau contrat de travail, le contrat de chantier**

#### ▪ **Le droit avant les ordonnances**

La loi du 25 juin 2008 a créé un contrat de travail à durée déterminée et à objet prédéfini, appelé couramment contrat de mission. Contrairement à un CDD ordinaire qui prend fin au terme d'une période définie dans le contrat de travail, le CDD de mission s'achève en même temps que l'objet du contrat. S'il ne comporte pas de fin précisément datée, le CDD de mission ne peut durer moins de 18 mois et ne peut excéder 3 ans. Ce contrat n'est pas renouvelable. Il est réservé à des ingénieurs et cadres et sa conclusion doit être autorisée par un accord collectif, de branche ou d'entreprise.

Par ailleurs, dans le BTP ou les chantiers navals la pratique des « contrats de chantiers » est admise : il s'agit de CDI dont le motif de rupture légitime est la fin du chantier.

#### ▪ **Points modifiés par les ordonnances**

Le contrat de chantier ou d'opération est en fait l'équivalent du contrat de mission (il est conclu dans un objectif circonscrit), sauf qu'il s'agit d'un CDI à motif de rupture prédéterminé (la fin de la mission), Un accord de branche doit fixer les conditions dans lesquelles il sera

possible de recourir à un tel contrat, sinon, celui-ci ne restera possible que dans les secteurs d'activité où il était déjà pratiqué.

▪ **Appréciation**

Il s'agit d'une mesure d'assouplissement du droit du travail qui prolonge le contrat de mission tout en offrant à l'entreprise plus de souplesse sur la durée. Le recours est encadré et, dans certains cas, un tel contrat peut être utile.

**Conclusion d'ensemble**

Les ordonnances contiennent des dispositions qui modifient immédiatement le droit (barème des indemnités prud'homales, possibilité de plans de départ collectifs) : ce ne sont pas les plus importantes. Elles modifient également les instances de représentation des salariés sur le moyen terme : la rationalisation est importante, le dialogue social peut y gagner mais l'essentiel de la réforme n'est pas là. L'essentiel est dans les dispositions portant sur les accords collectifs de branches et d'entreprises, bientôt tous majoritaires, notamment dans ceux qui permettront d'accompagner l'adaptation de l'entreprise et sa mutation vers davantage de compétitivité et qui devront veiller à ce que les altérations des droits des salariés soient proportionnées aux avantages qu'ils pourront en tirer à terme.

Or, cette partie des ordonnances peut vivre ou rester sans suite, si les partenaires sociaux ne s'en emparent pas. Leur faiblesse – celle des organisations syndicales de salariés, celle des employeurs, trop souvent peu intéressés par le dialogue social – peut représenter un handicap décisif. De plus, aucun syndicat (même les plus enclins au dialogue, comme la CFDT) ne sort satisfait de la concertation de l'été, même s'il n'y a pas eu d'affrontement. Il aurait fallu sans doute que le gouvernement montre davantage le prix qu'il accorde à l'adhésion syndicale et qu'il valorise celles des organisations syndicales favorables au dialogue social : cela n'a pas été fait. La montagne risque ainsi d'accoucher d'une souris. Si c'est le cas, Le gouvernement aura amélioré son image auprès des entreprises et sera vu comme ayant promu (ou tenté de promouvoir) l'assouplissement du droit du travail. Pour autant, le dialogue social ne sera pas revivifié et il aura raté son coup.