

ACTUALITE EN DROIT SOCIAL – AVRIL 2016

La fin du premier trimestre de l'année 2016 est l'occasion de faire le point sur certaines mesures-phares envisagées par le projet de « *Loi El Khomri* » ou « *Loi Travail* »¹ qui continue à susciter une vive opposition malgré les modifications importantes apportées au projet initial.

Une « nouvelle architecture » du futur Code du travail

Il est envisagé de réécrire l'intégralité des dispositions du Code du travail, en instaurant, conformément aux préconisations du rapport Combexelle, **une « nouvelle architecture à trois niveaux »** :

- Les **règles d'ordre public**, auxquelles il est impossible de déroger par accord collectif ou contrat de travail, sauf si ces règles l'autorisent expressément ;
- Les mesures renvoyées à la **négociation collective**, étant précisé que les accords d'entreprise, même s'ils sont moins favorables aux salariés, primeront en principe sur les accords de branche ;
- Les **règles supplétives**, applicables en l'absence d'accord collectif.

Il est toutefois prévu d'échafauder **progressivement** cette reconstruction du Code du travail, en commençant par le chantier de la durée du travail et des congés².

Une « *commission de refondation du Code du travail* » mise en place par le projet de Loi El Khomri sera en charge de proposer l'extension par étapes du nouveau dispositif à d'autres champs d'application, « *en fonction des retours d'expérience, en vue d'une application complète au plus tard le 1^{er} septembre 2019* ». Qui sait cependant ce qu'advient ce projet de réforme par étapes après les élections présidentielles de 2017, qui approchent à grands pas...

¹ Ce document est à jour du 30 mars 2016. Merci de bien vouloir vous adresser à Jérôme Debost, associé en droit social du cabinet Almain (01 85 09 12 22 ; jerome.debost@almain.fr), pour toutes demandes de précisions ou mise à jour.

² L'on peut douter de la simplicité de cette « nouvelle architecture ». A l'examen des dispositions envisagées en matière de durée du travail, il semble que le plus souvent, la règle « d'ordre public » (relatif, faut-il préciser) prévoira des possibilités de dérogation soit par accord collectif soit par une « disposition supplétive », la règle dite d'ordre public apparaissant comme la règle supplétive applicable à défaut l'accord collectif, et la règle dite supplétive comme une autre règle dérogatoire à la règle d'ordre public, à côté de l'accord collectif...

Les assouplissements en matière de durée du travail

Pour l'heure, la première étape de ce projet de réécriture progressive du Code du travail consisterait à appliquer la « nouvelle architecture » à trois niveaux uniquement en matière de durée du travail et de congés, avec les modifications essentielles suivantes :

- (i) La durée du travail passerait à **44 heures en moyenne sur 16 semaines** en principe, au lieu de 44 heures en moyenne sur 12 semaines actuellement. A titre d'exceptions, cette durée moyenne sur 16 semaines pourrait être augmentée à **46 heures** soit par **accord collectif** soit avec **l'autorisation de l'inspecteur du travail** ;
- (ii) si un accord de branche l'autorise, **la période de référence en matière de modulation du temps de travail pourrait être augmentée jusqu'à trois ans**³ ;
- (iii) **le verrou de l'accord de branche sauterait s'agissant de la fixation du taux de majoration des heures supplémentaires** : dans la limite du plancher (inchangé) de 10% de majoration, l'accord d'entreprise pourrait déroger aux stipulations de l'accord de branche plus favorables aux salariés.

Renforcement de la légitimité des accords d'entreprise et des moyens des syndicats

Dans le sillage du rapport Combrexelle, le projet de loi El Khomri vise à accorder davantage de flexibilité au travers des accords collectifs d'entreprise, en s'appuyant sur une légitimité renforcée des accords conclus à ce niveau.

Dans son dossier de presse du 14 mars 2016, le Gouvernement souligne ainsi que « *le projet de loi organise **la souplesse dans l'entreprise par un dialogue social accru, plus dynamique et plus proche des réalités économiques*** », en vue de « *construire une démocratie sociale à la hauteur des enjeux de notre pays* »⁴.

Tous les accords d'entreprise devront dès lors être « majoritaires », c'est-à-dire signés par des organisations syndicales représentant **au moins 50%**⁵ des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections.

³ A titre « supplétif », cette période sera de 16 semaines pour les entreprises employant moins de 50 salariés et 4 semaines pour les autres, au lieu d'un mois en toute hypothèse actuellement.

⁴ Dossier de presse du Gouvernement du 14 mars 2016, qui précise que « *la négociation collective, c'est-à-dire la régulation par les partenaires sociaux, au plus près du terrain, permet de concilier un haut niveau de protection avec l'exigence de performance économique. C'est une voie que nos voisins comme l'Allemagne ou les pays du Nord de l'Europe ont emprunté avant nous, avec succès* ».

⁵ L'on passerait ainsi d'une majorité d'opposition (30% des syndicats représentatifs sous réserve de l'absence d'opposition de 50% des syndicats représentatifs) à une majorité d'engagement.

En cas de difficultés à atteindre ce seuil de 50%, des organisations syndicales représentant **au moins 30%** des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections pourront, si elles le souhaitent, tenter d'obtenir la validation du projet d'accord par la **majorité des salariés** de l'entreprise, dans le cadre d'un référendum.

Il y aura dès lors une généralisation du « principe majoritaire », selon une formule légèrement différente de celle des accords majoritaires issus des lois récentes⁶, visant à permettre un déblocage par le biais d'un référendum des salariés.

Un renforcement des moyens des syndicats est également prévu⁷.

Disparition des « principes juridiques les plus importants du droit du travail »

Le Conseil d'Etat ayant estimé que certains principes dégagés par le comité Badinter, qui devaient initialement figurer en préambule du Code du travail, risquaient de contredire certaines dispositions, plus précises, du Code lui-même, ce qui eût été un facteur d'insécurité juridique, ces principes ont été **retirés du projet de loi**.

Ils devraient toutefois servir de base de travail à la commission en charge de la refondation du Code du travail, qui étendra la « nouvelle architecture » aux autres pans du Code au plus tard le 1^{er} septembre 2019... si tout se passe comme prévu.

Précisions de la notion de « difficultés économiques »

Il n'y a rien d'innovant dans la consécration, proposée par le projet de loi El Khomri, des cas jurisprudentiels⁸ dans lesquels la notion de « motif économique » est caractérisée.

Plus innovante, mais en réalité inspirée de la législation espagnole, est la proposition de précisions de la notion de « difficultés économiques », destinée à restreindre le champ d'appréciation des juges et, par là même, le manque de prévisibilité pour les employeurs - notamment les PME- confrontés à de telles difficultés.

Le projet de loi El Khomri précise non seulement la **nature** de ces difficultés mais aussi leur **durée**, et ce, afin de **supprimer toute marge d'appréciation des juges prud'homaux**⁹.

⁶ Accords sur le PSE, accords de maintien de l'emploi, sur la qualité de vie au travail ou sur la mise en place d'une instance regroupée : ces accords majoritaires « ancienne mouture » deviendront, semble-t-il, des accords majoritaires « nouvelle mouture ».

⁷ Augmentation de 20% des heures de délégation et formation renforcée des délégués syndicaux.

⁸ Nécessité de procéder à une réorganisation afin de sauvegarder la compétitivité, et cessation complète et définitive d'activité, qui s'ajoutent aux notions de difficultés économiques et de mutations technologiques figurant d'ores et déjà dans la loi.

⁹ Ces difficultés économiques seront en effet **caractérisées soit par une baisse des commandes ou du chiffre d'affaires, soit par des pertes d'exploitation, soit par une importante dégradation de la trésorerie, soit par « tout autre élément** de nature à justifier de ces difficultés ».

Ce faisant, le projet de loi propose ainsi **une définition moins stricte¹⁰ et plus objective des difficultés économiques** que celle issue de la jurisprudence actuellement en vigueur.

Il conviendrait de préciser également la période maximale sur laquelle la durée minimale des difficultés économiques devra être appréciée : par exemple, sur l'année précédant la date de la rupture du contrat de travail.

Le cadre d'appréciation du motif économique

Le dossier de presse du Gouvernement, qui précise que le projet de loi El Khomri vise à assurer « **une meilleure attractivité de la France pour les grands groupes** », souligne « *qu'aujourd'hui, un groupe dont la filiale française est en difficulté économique ne peut avoir recours au licenciement si sa situation mondiale est satisfaisante. En conséquence, les entreprises étrangères hésitent à s'installer ou à développer leur activité en France, car elles savent qu'en cas d'échec ou de difficultés économiques avérées, elles ne seront pas en mesure de s'ajuster* ».

Il est dès lors prévu, s'agissant d'un groupe multinational, que le motif économique sera apprécié au niveau du secteur d'activité dont relève la société procédant au licenciement économique, **parmi les sociétés de ce secteur implantées en France**, et non plus parmi celles du secteur implantées à l'étranger comme en France.

Une limite est toutefois posée : les multinationales en question ne pourront « provoquer artificiellement » des difficultés économiques sur le périmètre français, notion qui sera sans doute âprement débattue devant les juridictions prud'homales.

Un **accord de branche** pourra fixer (i) la durée de la baisse des commandes ou du chiffre d'affaires, qui ne pourra cependant être inférieure à **deux trimestres consécutifs** (soit six mois), comme (ii) celle de la durée des pertes d'exploitation, qui ne pourra être inférieure à **un trimestre**.

A défaut d'accord de branche, ces durées seront respectivement fixées à **quatre trimestres consécutifs** (soit un an) et **un semestre**.

En revanche, la durée de « l'importante dégradation de la trésorerie » n'est pas précisée.

¹⁰ Rappelons notamment, à ce propos, que selon la chambre sociale de la Cour de cassation, la baisse du chiffre d'affaires ou du bénéfice ne suffit pas à caractériser l'existence de difficultés économiques (à titre d'exemple récent, Cass. Soc. 16 avril 2015 n14-10.551 : la Chambre sociale approuve un arrêt d'appel selon lequel « *la seule réalisation de bénéfices moindres l'année précédant le licenciement était insuffisante à établir les difficultés économiques alléguées* »).

Plafonds « indicatifs » des indemnités allouées en cas de licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse

Face à la vive opposition qui s'est manifestée contre cette mesure, ces plafonds¹¹, qui devaient initialement s'imposer aux juges, n'ont plus **aucune force contraignante**.

Leur fixation relève du pouvoir réglementaire, et non législatif ; si cette mesure fait toujours partie du projet de réforme, elle est retirée du projet de loi et fera l'objet d'un décret dans le cadre de l'application de la loi Macron.

Le Gouvernement espère néanmoins que les juges tiendront compte de ces barèmes.

Les accords de compétitivité

Jusqu'à présent, les accords de maintien de l'emploi issus de la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013, autorisant une flexibilité temporaire en matière de durée du travail et/ou de rémunération en contrepartie d'un engagement de maintien de l'emploi, sont subordonnés à l'existence de « *graves difficultés économiques conjoncturelles* ». Il est envisagé de prévoir la possibilité de conclure des accords similaires, **même en l'absence de difficultés économiques, dans un but de « préservation ou de développement de l'emploi »**, par exemple si une entreprise vise à conquérir de nouveaux marchés. L'on a parlé à cet égard « d'accords de compétitivité » ou « d'accords offensifs en faveur de l'emploi ».

L'objectif de « préservation ou développement de l'emploi » serait fixé par les partenaires sociaux.

Un licenciement personnel « sui generis » serait prévu en cas de refus du salarié de se plier aux stipulations de l'accord d'entreprise, mais il semble que le Gouvernement envisage peut-être de le remplacer par un licenciement économique individuel « sui generis », comme pour les accords de maintien de l'emploi.

Un tel accord permettrait d'**augmenter temporairement la durée du travail, sans pour autant augmenter la rémunération**¹².

11 Moins de 2 ans d'ancienneté : maximum de 3 mois de salaire ;

Entre 2 et 5 ans d'ancienneté : maximum de 6 mois de salaire ;

Entre 5 et 10 ans d'ancienneté : maximum de 9 mois de salaire ;

Entre 10 et 20 ans d'ancienneté : maximum de 12 mois de salaire ;

Plus de 20 ans d'ancienneté : maximum de 15 mois de salaire.

¹² Contrairement aux accords de maintien de l'emploi, qui peuvent prévoir une augmentation temporaire de la durée du travail et/ou une réduction temporaire du salaire, les accords de compétitivité ne pourront entraîner une diminution du salaire mensuel.

Les accords de maintien de l'emploi (comme d'ailleurs les accords de mobilité interne) ont été un fiasco juridique en raison de l'incertitude quant à la validité des licenciements individuels pour motif économique des salariés s'opposant à leur application. Cette faiblesse majeure a été rectifiée par la loi Macron du 6 août 2015, qui a précisé que le motif économique personnel « sui generis » était valable et a également écarté tout risque de nullité pour défaut de mise en place d'un PSE en cas de refus de 10 salariés dans une entreprise de 50 salariés. Il y a lieu d'espérer que les accords de compétitivité seront entourés des mêmes précautions et de règles suffisamment précises et attractives, à défaut de quoi ils connaîtront le même désintérêt.

La révision des accords d'entreprise

En raison de certaines règles actuellement en vigueur¹³, les syndicats signataires de l'accord initial ont souvent le pouvoir d'empêcher toute révision d'un accord d'entreprise, et ce, même s'ils sont devenus extrêmement minoritaires dans l'entreprise depuis la signature de l'accord. Inspiré des rapports Combrexelle et Césaro, un **nouveau dispositif visant à faciliter la révision des accords d'entreprise, tout en garantissant une légitimité suffisante à l'accord de révision**, serait mis en place :

- **engagement de la procédure** de révision :
Jusqu'à la fin du cycle électoral en cours, le déclenchement de la procédure de révision demeurerait réservé aux organisations syndicales signataires de l'accord d'origine ou adhérentes à cet accord. Au-delà, cette procédure pourrait être déclenchée par toutes organisations syndicales représentatives, qu'elles aient été signataires/adhérentes de l'accord initial ou non.
- **négociation** du projet d'accord de révision :
Il semble que cette étape dans le processus de révision serait inchangée par le projet de loi El Khomri, tous les syndicats représentatifs ayant un délégué syndical dans l'entreprise devant, à peine de nullité, être convoqués à la négociation de l'avenant de révision.
- **conclusion de l'accord** de révision :
La validité de l'accord de révision serait subordonnée, comme tout accord d'entreprise, à sa signature par une ou plusieurs organisations syndicales ayant recueilli au moins 50%¹⁴ des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections. L'exigence d'une signature de l'accord de révision par au moins l'un des signataires ou adhérents de l'accord initial disparaîtrait.

¹³ Notamment, en l'absence de clause de révision dans l'accord initial, l'exigence d'unanimité des signataires de l'accord initial pour déclencher le processus de révision, ainsi que celle de la signature de l'accord de révision par l'un des signataires ou adhérents de l'accord initial (outre le respect, par l'accord de révision, du seuil de suffrages obtenus aux dernières élections).

¹⁴ Ou 30% avec validation de la majorité des salariés par référendum.

Dénonciation / mise en cause des accords d'entreprise

La notion « d'avantages individuels acquis » incorporés au contrat de travail en cas de dénonciation ou mise en cause d'un accord collectif non suivie de conclusion d'un accord de révision avant l'expiration du « délai de survie », est l'une des plus mystérieuses du droit du travail.

Dans le but de supprimer l'insécurité juridique qui en découle, le projet de Loi El Khomri propose de **substituer cette notion par celle de « rémunération »**, qui serait définie comme la rémunération entrant dans l'assiette des cotisations de sécurité sociale¹⁵ perçue par le salarié au cours des douze mois précédant la dénonciation ou la mise en cause de l'accord.

Enfin, en cas de mise en cause d'un accord, le projet de Loi El Khomri permettrait la négociation anticipée d'accords de substitution et leur entrée en vigueur au moment de l'évènement entraînant la mise en cause.

Le « compte personnel d'activité »

Le « CPA », en réalité instauré par la loi Rebsamen, intégrera le compte personnel de formation, le compte pénibilité et un nouveau « compte engagement citoyen ». Il n'entrera en vigueur qu'au 1^{er} janvier 2017.

* *
*

Eu égard aux montagnes de rapports (Badinter, Combrexelle, Césaró notamment) commandés par le Gouvernement dans le cadre de la gestation de cette réforme, et à l'ampleur de la communication autour d'une véritable « refondation » du Code du travail, l'on peut sérieusement douter que le résultat -encore provisoire à ce jour- soit à la hauteur des ambitions initiales du Gouvernement, qui doit certes manœuvrer entre patronat, syndicats et pressions de la rue.

Ce projet de réforme apporte toutefois une pierre supplémentaire au plus vaste édifice envisagé, qui devrait abriter une forme de « flexi-sécurité » à la française, concept en provenance des pays d'Europe du Nord dont la mise en œuvre est censée faciliter l'adaptation tant des entreprises que des salariés aux évolutions de la conjoncture économique, tout en réduisant le chômage.

¹⁵ Ce qui exclurait la participation, l'intéressement et les stock-options.

* *

*

Ce document est à jour du 30 mars 2016. Merci de bien vouloir vous adresser à **Jérôme Debost**, associé en droit social du cabinet Almain (tél fixe : **01 85 09 12 22** ; **jerome.debost@almain.fr**), pour toute demande de précisions ou mise à jour ou toute autre question de droit social.