

# Dossier

## Ordonnances réformant le Code du travail : le pari de Pascal

Introduction rédigée par :



**FRÉDÉRIQUE CASSEREAU,**

AVOCATE ASSOCIÉE,  
CABINET HOCHÉ AVOCATS,  
MAÎTRE DE CONFÉRENCES À SCIENCES PO

ET



**FRANCK MOREL,**

CONSEILLER DU PREMIER MINISTRE  
POUR LES RELATIONS SOCIALES ET LE TRAVAIL

**L**e temps d'un bilan complet des ordonnances du 22 septembre 2017 n'est pas encore arrivé. Celui-ci devra être réalisé dans la durée, au regard de la capacité de leur contenu à produire des changements qui répondent aux objectifs de la réforme, à « rénover notre modèle social » comme l'a indiqué le Premier ministre<sup>1</sup>. Cette capacité dépend de la nature des

normes. On distingue en effet les règles produisant des effets de droit immédiats en direction des entreprises et des salariés de celles qui ouvrent des possibilités, charge aux négociateurs dans l'entreprise ou dans la branche de s'en saisir. La mise en place d'une véritable instance unique de représentation du personnel appartient aux deux catégories et l'année 2019 sera la dernière année de transition pour généraliser le comité social et économique (CSE). La prédominance accordée par principe au niveau de l'entreprise en matière de négociation collective et les nouvelles possibilités ouvertes par la négociation collective ne pourront être appréciées qu'à l'aune de leur utilisation, en fonction des besoins, par les employeurs, les organisations syndicales, les représentants du personnel.

Si l'examen complet des effets produits est prématuré, on dispose déjà de premières informations permettant de considérer que ce bilan sera vraisemblablement positif. Les deux buts politiques majeurs de cette transformation seront-ils atteints ? Le premier objectif consiste à élargir la place de la négociation collective et du dialogue social en permettant d'agir plus efficacement pour et par la négociation. Le second objectif vise à permettre aux entreprises de faire face aux aléas de leur activité de manière plus efficace et sécurisée. Ce dossier permettra de fournir des premiers éléments de réponse sur le niveau de rapprochement à ce jour de ces directions.

En matière de renouveau du dialogue social, on va observer la mise en place des CSE et le contexte de celle-ci. Par-delà les chiffres, il est encore tôt pour mesurer à quel point il s'agit d'une vraie nouvelle instance de représentation du personnel et non d'une juxtaposition de trois instances de ce qui serait une « délégation unique du

1. V. Programme de travail pour rénover notre modèle social adressé aux partenaires sociaux, 6 juin 2017.



personnel améliorée». Une plus grande polyvalence induite des représentants du personnel, une véritable appréhension globale des différentes dimensions d'un projet permettront dans le temps l'affirmation de ce nouveau cadre unique.

Mais la réussite viendra surtout du développement de la négociation collective d'un point de vue quantitatif, notamment dans les plus petites entreprises, et qualitatif via des accords permettant par eux-mêmes de répondre à des besoins de fond des employeurs et des salariés. Plusieurs centaines d'accords ont été conclus dans les entreprises de moins de 20 salariés grâce notamment à la technique de la ratification par le personnel à la majorité des 2/3. La technique est novatrice car elle apporte enfin à ces TPE un mode d'accès aux possibilités offertes par les accords collectifs. Elle est aussi classique car elle reproduit un des modes de mise en œuvre d'un accord d'intéressement datant de 1959. Une information soutenue sur ces possibilités et une analyse attentive des observatoires du dialogue social doivent permettre de prolonger cet essor. On doit aussi se féliciter de l'usage réel par les acteurs de cet outil simple et ambitieux que constitue l'accord de performance collective, déjà cinq fois plus utilisé durant une période d'un an que les outils qui l'ont précédé sur une période de quatre ans. Vraie capacité donnée à l'accord de faire prévaloir la règle collective, légitime car négociée avec des acteurs représentatifs et majoritaires<sup>2</sup>, sur la règle individuelle, l'accord de performance collective répond

2. V. sur ce sujet, *Cass. soc.*, 27 janv. 2015, n° 13-22.179 : *JurisData* n° 2015-000848, indiquant que les différences de traitement instaurées par voie de convention ou d'accords collectifs sont présumées justifiées car « négociés et signés par des organisations syndicales représentatives, investies de la défense des droits et intérêts des salariés et à l'habilitation desquelles ces derniers participent directement par leur vote ». Les ordonnances ont consacré dans la loi le principe selon lequel il appartient à celui qui conteste la légalité d'une convention ou d'un accord collectif de démontrer qu'il n'est pas conforme aux conditions légales qui le régissent.

aussi à un besoin de sécurisation des relations professionnelles, c'est-à-dire de maîtrise accrue par les négociateurs des conséquences de leurs décisions.

Les conditions de la rupture du contrat de travail se situent au cœur du besoin conjugué de visibilité renforcée, de sécurité quant au cadre juridique applicable pour les entreprises et de garanties pour les salariés.

La rupture conventionnelle collective (RCC) répond à ce besoin d'anticipation, par la négociation collective, de mutations auxquelles va être soumise l'entreprise. Le nombre des RCC montre une utilisation à la fois maîtrisée et diverse par les entreprises et les organisations syndicales : accord entre deux parties, garanties quant aux processus et intervention d'un tiers garant apportant sécurité juridique matérialisent le tiercé gagnant qui avait fait ses preuves avec la rupture conventionnelle ou la réforme des PSE. Son nom de RCC, au singulier, illustre symboliquement cette proximité.

Enfin, quelle est l'incidence du barème des dommages et intérêts en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse sur la baisse constatée du nombre des saisies du Conseil des prud'hommes ? Elle est en partie induite par les nouvelles règles de procédure de la réforme de 2015 mais il n'est guère contestable que le barème produit un effet apaisant sur les conflits individuels.

Si on parvient à se préserver du mécanisme des « jurisprudences virales » dénoncées par le professeur Morvan<sup>3</sup>, et ce serait salubre, il résultera de ces évolutions un surcroît de stabilité pour tous.

Comme toute transformation, il y a une part de pari dans la réussite de ces changements, mais faisons le pari de Pascal, car tous ne peuvent qu'y gagner.

3. V. P. Morvan, *La jurisprudence virale* : *JCP G* 2013, 2 et *JCP S* 2013, 121.



## 10 TROIS QUESTIONS/ RÉPONSES AUTOUR DE LA NÉGOCIATION COLLECTIVE

### 1. L'évolution de la négociation de branche permise par les ordonnances est-elle impactée par la fusion programmée des branches ?



Par Judith DONNEDIEU, responsable des affaires sociales de l'Union de la Bijouterie Horlogerie

La fusion programmée des branches professionnelles n'est pas un sujet nouveau. En effet, dès 2004, le rapport établi sous la direction de M. de Virville (1) proposait que le ministre puisse « appeler les partenaires sociaux à favoriser le regroupement des branches pour aboutir au total à moins d'une centaine de branche. Cette évolution ne pourrait que favoriser l'effectivité des textes conventionnels » (2).

Entre rapport et loi, il n'y a qu'un pas ! En effet, durant ces dernières années, les différentes réformes (3) ont acté puis renforcé et accéléré le processus de fusion des branches professionnelles, avec pour objectif d'atteindre au maximum le plafond de 200 branches professionnelles à horizon 2019.

Parallèlement à cet objectif de fusion et donc de diminution du nombre de branches professionnelles, l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective, accroît le nombre de matières dans lesquelles la convention de branche prime, ou peut primer, sur l'accord d'entreprise (*C. trav.*, art. L. 2253-1 et L. 2253-2). Les partenaires sociaux des branches professionnelles se voient donc offrir un véritable champ des possibles, mais encore faut-il qu'ils soient en capacité de prendre « à bras le corps » ces nouvelles opportunités qui leur sont offertes.

Il existe un réel lien entre la possibilité de faire évoluer la négociation de branche et le dispositif législatif de fusion programmée des branches.

Il faut mettre à part les branches qui sont directement visées par les dispositions de l'article L. 2261-32 du Code du travail (moins de 5 000 salariés, accord régional ou local, etc.) dont le sort est déjà scellé. Pour celles qui subsistent, tant pour celles qui sont bien au-dessus des seuils que pour celles qui pourraient être sujettes à fusion ultérieurement, bien que l'impact soit plus difficile à mesurer, il est incontestable. Désormais, les branches professionnelles sont « responsables » à un double titre : elles doivent être en capacité de répondre aux attentes du législateur et assumer leur rôle vis-à-vis des entreprises qui relèvent de leur champ d'application. Aussi, pour « rester dans la course » et gagner leur immunité, les branches doivent exercer pleinement leur rôle de créatrices de normes.

Peu importe les effectifs de la branche professionnelle (effectifs de l'ensemble des entreprises entrant dans le champ de la branche professionnelle), une branche professionnelle ne peut plus se permettre de conserver des dispositions obsolètes dans sa convention collective, car elle placerait ses entreprises dans une totale insécurité juridique. Elle ne peut plus non plus se contenter de retranscrire les dispositions légales telles quelles au risque de rester le perroquet du législateur et de ne pas adapter les normes aux besoins des entreprises, ce qui est contraire à son rôle de régulateur de la branche.

La négociation de branche évolue vers de nouveaux sujets car considérés comme relevant de l'intérêt général de ses entreprises. Les partenaires sociaux peuvent ainsi faire preuve d'innovation en s'emparant de sujets qu'eux seuls ont la possibilité de négocier. La branche doit également renforcer son rôle d'accompagnateur des TPE en créant, notamment, des dispositions spécifiques pour ces dernières.

La négociation de branche évolue également du côté de ses acteurs. Pour être à même d'exercer les missions qui leur sont confiées, les branches vont devoir accroître les temps consacrés au dialogue social et à la négociation collective. Il semble que l'époque où les partenaires sociaux étaient composés de représentants des salariés en poste au sein des entreprises de la branche et des chefs d'entreprise soit révolue ! Désormais autour de la table des négociations siègent responsables des affaires sociales et permanents syndicaux.

Au regard de ces éléments, ce n'est pas l'évolution de la négociation de branche qui est impactée par la fusion programmée des branches, mais bien le contraire. Croire que toutes les branches sont en capacité de remplir ces tâches est un doux rêve.

Pour celles qui ne sont pas en mesure de s'adapter, elles auront toujours la possibilité de fusionner avec une autre branche professionnelle et de mener à bien les missions qui lui sont dévolues. Le regroupement des branches professionnelles a pour objectif de redonner de la vitalité et de la légitimité à la norme conventionnelle. Pour autant, ces normes seront-elles adaptées aux spécificités métiers ? En s'orientant vers un objectif comptable de 100 branches professionnelles, ne risque-t-on pas de déconnecter les branches professionnelles des entreprises qu'elles représentent ? La négociation sera rendue difficile par la multiplication des interlocuteurs qui auront à cœur de défendre les intérêts des entreprises qu'ils représentaient avant la fusion. En outre, les règles de la représentativité ne vont-elles pas faire remonter en avant les désirs de prise de pouvoir des « plus représentatifs ».

Un nombre important de fusions entraînera automatiquement des combats, dans lesquels David et la communauté d'individus qu'il représente, ne sortiront probablement pas vainqueur face à Goliath.



Par Frédérique GIAVARINI, DRH du Groupe Fnac Darty

Il y a dans les ordonnances une forme de contradiction : d'un côté, elles incitent les branches à repenser leur rôle ; de l'autre, elles ouvrent la voie à une accélération de la restructuration. Cela ne facilite pas l'exercice de prospective. La fusion est source d'incertitude, qui elle-même génère une forme d'attentisme. L'évolution de la négociation deviendra probablement incontournable dans un second temps, une fois le périmètre des branches stabilisé.

S'agissant plus spécifiquement de la branche du Groupe Fnac Darty, celle des commerces et services de l'audiovisuel, de l'électronique et de l'équipement ménager, je constate qu'elle est en effet accaparée par le sujet de la fusion avec la branche de l'ameublement. Si des réflexions ont lieu, à ce jour la branche n'a pas ouvert de négociation sur les sujets introduits par les ordonnances *Macron*, comme les modalités de recours aux contrats de travail à durée déterminée ou la valorisation des parcours syndicaux.

Il faut sans doute laisser du temps au temps : comme les entreprises, les branches doivent s'adapter à la rapidité, l'ampleur et la complexité inédites des réformes sociales. La réforme de la formation professionnelle et de l'apprentissage constitue, par exemple, un chantier de taille pour les branches, avec de nouvelles obligations comme celle de publier avant le 1<sup>er</sup> février l'ensemble des « coûts contrats » des diplômés et titres professionnels.

À l'heure où les entreprises doivent profondément transformer leur dialogue social, les DRH attendent également des branches qu'elles jouent le jeu de la fusion et de la modernisation.

La mise en place du CSE nous a, par exemple, fait prendre conscience de l'obsolescence de certaines dispositions conventionnelles, en particulier sur la représentation du personnel. Les branches devront prochainement s'adapter elles aussi à ces évolutions.



Par Pascal LOKIEC, professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

La logique désormais enclenchée, hostile aux branches inactives, fait que les branches - au moins les petites - ne pourront plus rester inactives, au risque de s'exposer à des fusions. Et on peut concevoir que pression soit faite sur les branches, aujourd'hui et demain, pour qu'elles accomplissent les missions qui leur sont confiées par le législateur à défaut de quoi elles s'exposeraient à un risque de fusion. Prenons l'exemple de la loi « Avenir professionnel » qui, en matière d'apprentissage, obligeait les branches à déterminer d'ici au 1<sup>er</sup> février 2019 « le coût contrat de chaque diplôme ou titre professionnel en fonction des priorités de recrutement des entreprises et de la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences de branche », avec vérification par France Compétences avant leur publication début avril. La fusion des branches ne nécessitant plus systématiquement l'accord des partenaires sociaux de branche, le ministère peut désormais faire du risque de fusion un argument pour pousser les branches à se conformer aux directives de la loi !

Si l'impact de la fusion sur les branches sera par définition important, celui sur les entreprises le sera évidemment tout autant. Certaines d'entre elles vont se retrouver devoir appliquer un nouveau statut collectif, en particulier lorsque la convention de branche nouvellement applicable est une convention collective étendue. Ce phénomène est lié aux rapprochements spontanés des branches, et à la possibilité reconnue au ministre de procéder à l'élargissement du champ d'une convention collective ou à la fusion de branches professionnelles afin « de renforcer la cohérence du champ d'application des conventions collectives concernées ». Comme il vient d'être relevé, il faudra veiller à ce que les regroupements, à commencer par les regroupements forcés, ne conduisent pas à ce que des conventions de branche peu adaptées à la spécificité de tel ou tel secteur ne trouvent à s'appliquer !





Par Vincent MARTY et Cécile PAYS, avocats du cabinet Hoche Avocats

Les ordonnances *Macron* ont réformé en profondeur socialement (le rôle, les moyens, etc.) tant les entreprises que les branches professionnelles. Pour ces dernières, une certaine dichotomie, *a minima* à court terme, existe entre le rôle accru d'accompagnement des TPE/PME et de régulation de concurrence qui leur a été dévolu et l'objectif affiché du Gouvernement de restructurer les branches professionnelles par la fusion ou l'élargissement de leur champ d'application, et ce, de manière accélérée. Pour mémoire, l'exécutif a affiché un objectif de 200 branches professionnelles à fin 2019.

Au vu de ces éléments, il n'est pas aisé pour les branches professionnelles, notamment celles concernées par la restructuration, de se saisir des nouveaux sujets ainsi que de leur nouveau rôle en parallèle de cette restructuration. Seules quelques branches professionnelles - avec un effectif important et des moyens conséquents - se sont emparées des nouveaux outils mis en place par les ordonnances à savoir le CDI de chantier et la négociation en matière de CDD. La première d'entre elles est l'UIMM (4). Quand bien même cette branche est touchée par l'objectif de fusion en raison de l'existence de conventions territoriales pour les non-cadres (elle a à cet effet signé un accord de méthode pour la refonte de son dispositif conventionnel), cette branche a innové et négocié des accords (5) afin que les entreprises entrant dans son champ d'application bénéficient des nouveaux dispositifs légaux institués par les ordonnances. L'UIMM a été rejointe dans ce mouvement par les branches de la propreté (6), du commerce et de distribution (7) qui ont également conclu un accord sur les contrats courts, mais aussi par les branches des remontées mécaniques et domaines skiables (8) et des travaux publics (9). Enfin, les partenaires sociaux de la branche de l'import-export (10) sont parvenus à un accord sur le contrat de chantier comme c'est le cas de la branche de l'industrie pharmaceutique (11) et de l'exploitation d'équipements thermiques (12).

Afin de remplir leurs missions et en vue de limiter le risque d'une « fusion imposée » par le Gouvernement, les branches se doivent de négocier, l'absence de négociation étant un des critères légaux retenus par l'exécutif pour inciter à la restructuration. Dans ce cadre, l'attentisme n'est pas une option pour les branches professionnelles. Néanmoins, la restructuration des branches impacte de manière indéniable la négociation des branches. Ceci ressort de manière prégnante au vu du très faible nombre d'accords types pour les TPE/PME conclus dans les branches professionnelles. Sur ce point, le Comité d'évaluation a formulé une série de propositions et notamment celle de l'expérimentation des accompagnements dynamiques sur quelques territoires en ciblant particulièrement les TPE/PME (13).

En outre, les modifications législatives en matière d'extension des accords de branche pourraient également impacter le rôle des branches professionnelles. En effet, depuis la loi *Travail* du 8 août 2016, l'exigibilité de l'extension pour les accords de branche portant sur la durée du travail et les congés a été retirée, ce qui réduit encore le champ de l'extension maintenant limité à certains thèmes tels que la durée minimale pour les contrats à temps partiel ou le caractère renouvelable de la période d'essai. Ceci peut créer une distorsion entre les entreprises adhérentes à une organisation syndicale signataire de l'accord de branche et celles qui ne le sont pas. Par ailleurs, les ordonnances ont étendu les pouvoirs du ministre du Travail en matière d'extension, ce dernier pouvant désormais exclure de l'extension les dispositions qui sont de nature à porter une atteinte excessive à la libre concurrence compte tenu des caractéristiques du marché concerné (*C. trav.*, art. L. 2261-25). Ces évolutions juridiques auront également une incidence sur la négociation de branche dont la conséquence, *a minima* à court terme, si la tendance actuelle se confirme, sera celle du ralentissement de la conclusion de nouveaux accords.

L'ensemble de ces mouvements va nécessairement impacter le paysage des branches mais également les entreprises dont les dispositions conventionnelles de branche peuvent être vouées à évoluer fortement (en raison d'une fusion, en raison d'un élargissement du champ, d'une modification de champ, de nouveaux accords de branche, etc.).

(1) V. M. de Virville, *Pour un code du travail plus efficace, rapp. au ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité*, 15 janv. 2004.

(2) V. M. de Virville, *Pour un code du travail plus efficace, rapp. préc.*, prop. n° 50.

(3) L. n° 2014-288, 5 mars 2014, relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale : JO 6 mars 2014, p. 4848. - L. n° 2015-994, 17 août 2015, relative au dialogue social et à l'emploi : JO 18 août 2015, p. 14346. - L. n° 2016-1088, 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels : JO 9 août 2016, texte n° 3. - Ord. n° 2017-1385, 22 sept. 2017, relative au renforcement de la négociation collective : JO 23 sept. 2017, texte n° 29.

(4) Branche de la métallurgie.

(5) Accord 29 juin 2018 étendu par arrêté du 14 décembre 2018, applicable pour une durée de 3 ans à compter du 23 décembre 2018. - Accord 29 juin 2018 étendu par arrêté du 19 décembre 2018, applicable à compter du 24 décembre 2018.

(6) Accord 19 sept. 2018 relatif aux règles encadrant les contrats à durée déterminée et les contrats de travail temporaire dans le secteur de la propreté non étendu, applicable à compter du lendemain de la publication de son arrêté d'extension au *Journal Officiel*.

(7) Accord 14 déc. 2018 relatif aux contrats courts, à leur place au sein des emplois et à leur utilisation raisonnée - Avenant n° 68, 14 déc. 2018 relatif au contrat d'opération, au CDD et au contrat de travail temporaire.

(8) Accord 11 avr. 2018 relatif à la négociation portant sur l'emploi durable et la modération du recours aux contrats de travail courts.

(9) Accord collectif national 4 déc. 2018 relatif à l'emploi durable et à la modération du recours aux contrats courts dans les Travaux Publics.

(10) Accord 25 oct. 2018 relatif au contrat de travail à durée déterminée et contrat de travail de chantier (ou d'opération) (non étendu, applicable à compter de la publication au *Journal officiel* de son arrêté d'extension).

(11) Accord du 20 décembre 2018 sur le CDI de chantier dans l'industrie pharmaceutique.

(12) Accord 20 déc. 2018 sur le contrat de chantier des Etam de l'exploitation d'équipements thermiques.

(13) Note d'étape sur les travaux du Comité d'évaluation de décembre 2018.



## 2. La répartition en 3 blocs des thèmes de négociation et la nouvelle articulation entre accords de branche et accords d'entreprise font-elles craindre un dumping social plus manifeste ?

- Rôle de régulateur de la branche en déclin ou non ?
- Risque d'attentisme des entreprises du même secteur ?
- Risque de nivellement par le bas pour les droits des salariés ?



Par Pascal LOKIEC, professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Assurément. Avant tout, il n'est pas question de critiquer par principe le recours à la négociation d'entreprise, qui permet de fixer la règle au niveau le plus proche de ceux qui vont l'appliquer - employeur et salariés. La critique tient dans la primauté accordée à l'accord d'entreprise par rapport à l'accord de branche dont il faut rappeler, entre autres, qu'il a pour mérite de fixer des règles communes à l'ensemble des entreprises d'un même secteur - de surcroît lorsque l'accord est étendu -. Certes, la primauté de l'accord d'entreprise ne vaut pas sur tous les sujets, et fort heureusement pas sur les salaires *minima*, sur les classifications, les nouveaux aménagements possibles en matière de CDD ou encore les nouveaux contrats de chantier. Cependant, outre l'essentiel du régime du temps de travail, jusqu'à la majoration des heures supplémentaires, l'essentiel des primes fixées au niveau de la branche pourront être supprimées ou abaissées par accord d'entreprise. On comprend ici aisément le risque en termes de dumping social, c'est-à-dire celui de voir les entreprises se concurrencer par les règles sociales. Le sujet est d'autant plus sensible que la rémunération est un levier beaucoup plus puissant de dumping social que le temps de travail qui était jusqu'à présent le terrain de prédilection du principe de primauté ! On risque de voir, suivant un phénomène bien connu aux États-Unis où le poids de l'accord d'entreprise est considérable, les entreprises se concurrencer par les règles sociales : baisser les primes des salariés pour baisser les prix de vente et ainsi gagner des parts de marché. La question n'est pas théorique : c'est précisément dans le but d'éviter ce genre de pratiques, de surcroît de la part d'entreprises de petite taille, nouvelles entrantes sur le marché, qui pourraient profiter du dispositif très allégé de conclusion des accords dans les entreprises de moins de 11 salariés, qu'ont été signés fin 2017 des accords dans le transport ou chez les dockers pour faire basculer certaines primes du bloc 3 (primauté de l'accord d'entreprise) au bloc 1 (primauté de l'accord de branche) en incorporant lesdites primes dans les salaires minimaux hiérarchiques.

On retrouve cette même question du dumping social dans les amendements qui ont été apportés par les ordonnances au régime de l'extension des conventions collectives puisque, pour ses détracteurs, l'application de standards élevés imposés de manière uniforme à toutes les entreprises d'un même secteur serait nuisible aux petites entreprises et à l'arrivée de nouveaux entrants. Il est ainsi prévu, d'une part, la possibilité pour le ministre de refuser l'extension d'un accord collectif pour des motifs d'intérêt général, « notamment pour atteinte excessive à la libre concurrence » et, d'autre part, la création d'un groupe d'experts chargés d'apprécier les effets économiques et sociaux susceptibles de résulter de leur extension.



Par Judith DONNEDIEU, responsable des affaires sociales de l'Union de la Bijouterie Horlogerie

L'idée de l'existence d'un phénomène de dumping social entre des entreprises - et donc des salariés - relevant d'une même branche professionnelle est aujourd'hui réelle. Nonobstant, la cohabitation, entre des entreprises qui relèvent du même secteur économique, font le même métier mais avec des règles sociales différentes, reste aujourd'hui encore difficilement soutenable. Depuis 2004 (1), les différentes réformes qui se sont succédées (2) n'ont eu de cesse d'ouvrir de plus en plus cette brèche créant ainsi l'opportunité de renforcer ce phénomène de dumping social.

Dans un premier temps, ce risque est à apprécier en fonction de la taille et de la structure des entreprises qui composent la branche professionnelle.

Prenons l'exemple d'une branche professionnelle qui serait composée à plus de 90 % de TPE de moins de 11 salariés (3). Le risque de dumping social au sein d'un même secteur économique - et donc au sein de la branche - est relatif car la culture de la négociation d'entreprise par le biais de la conclusion d'un accord collectif est inexistante à la veille du 22 septembre 2017 (4). Pour ces TPE, le recours aux accords collectifs d'entreprise est désormais possible (*C. trav., art. L. 2232-21*). Pourtant, un an après l'entrée en vigueur de ces dispositions, nous pouvons affirmer que la mise en œuvre de ces nouvelles dispositions par ces nouveaux acteurs de la négociation nécessitera un réel temps d'adaptation et d'appréhension, les habitudes étant tenaces.



Dans le cadre de leur relation de travail avec leurs salariés, les dirigeants de ces entreprises recourent généralement au vecteur de l'oralité. Qu'elle soit légale ou conventionnelle, la norme est pour eux souvent synonyme de contrainte, de blocage. Ils ressentent également des difficultés à appréhender la règle de droit, qu'ils jugent complexe et fluctuante, préférant donc s'en remettre au législateur ou à la branche professionnelle. Pour ces chefs d'entreprises, n'oublions pas que le principal interlocuteur dans le traitement des questions sociales reste leur cabinet comptable. En ce qui concerne les salariés, faute de représentants du personnel à leurs côtés, il leur est difficile d'appréhender ces nouveaux dispositifs.

Dans cet exemple, le risque de dumping social entre les entreprises d'une même branche est donc faible. Pour les prochaines années, la réponse est en suspens.

Cependant, la réponse peut être différente lorsque la branche est composée d'entreprises de dimension importante en termes d'effectifs. En effet, ici, la négociation collective d'entreprise va offrir la possibilité de déroger aux dispositions conventionnelles sur un nombre de thèmes importants et pouvant tendre vers un sens moins favorable (*C. trav., art. L. 2253-3*). C'est alors que le risque de nivellement par le bas des droits des salariés devient prégnant. Le risque peut également être un nivellement par le haut pour des entreprises d'une taille plus importante, réduisant l'attractivité des petites entreprises ne pouvant suivre les dispositifs mis en place.

Dans un second temps, le phénomène est également à relativiser si nous nous référons aux nouvelles prérogatives que détiennent les branches professionnelles. En effet, la sanctuarisation d'un certain nombre de sujets d'intérêt général (*C. trav., art. L. 2253-1*) et la possibilité d'en sanctuariser d'autres (*C. trav., art. L. 2253-2*), au profit des branches professionnelles, amoindrissent ce risque. Si la branche s'empare de son rôle de « régulateur » de façon pleine et entière, grâce à un dialogue social fort et actif, elle se positionnera comme « créatrice de normes » éliminant ainsi toute dérive de dumping social en limitant également la volonté des acteurs sociaux des entreprises de négocier, les dispositions de branche étant à la fois suffisantes et adaptées.



Par Frédérique GLAVARINI, DRH du Groupe Fnac Darty

Je comprends que la nette remise en cause du principe de faveur puisse faire craindre un risque de dumping social. Pour autant ma position est plus nuancée. Comme bon nombre de DRH, je pense que les droits négociés dans l'entreprise ne sont pas nécessairement moins favorables, mais qu'ils sont surtout plus adaptés aux spécificités de l'entreprise et aux besoins du terrain. Il ne faut pas oublier que la règle de l'accord majoritaire, généralisée depuis mai 2018, est un rempart contre un nivellement par le bas. En dehors de circonstances exceptionnelles liées à la situation économique de l'entreprise, il est peu probable qu'un accord moins-disant recueille l'adhésion nécessaire à sa validité.

De plus, la nouvelle répartition en trois blocs des thèmes de négociation et la nouvelle articulation entre les accords de branche et les accords d'entreprise garantissent un équilibre. L'accord de branche reste en effet impératif dans des domaines essentiels comme les minima salariaux ou l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes. Surtout, la branche est aujourd'hui invitée à se positionner sur un nouveau sujet clé en matière de régulation économique et de lutte contre la précarité : l'aménagement des contrats de travail à durée déterminée. La capacité des branches à innover, à prendre des risques en ouvrant des négociations sur des sujets nouveaux ou inhabituels, y compris pour interdire toute dérogation par accord d'entreprise, est donc un sujet majeur.

Cette question m'inspire enfin une comparaison avec la négociation d'entreprise, au sens générique, qu'il s'agisse du niveau de l'entreprise, de l'unité économique et sociale ou du groupe. À cette échelle, je constate que la nouvelle répartition entre les dispositions d'ordre public, le champ de la négociation collective et les dispositions supplétives, couplée à l'extension de l'accord majoritaire, est loin de nuire à la qualité des accords, au contraire. La pratique du dialogue social montre que pour qu'un syndicat accepte de signer un accord qui aménage la périodicité et le contenu d'une négociation obligatoire, prenons par exemple celle sur l'égalité professionnelle et la qualité de vie au travail, les contreparties doivent être élevées, et l'accord d'autant plus solide. Les dispositions supplétives sont en outre très protectrices, puisqu'elles obligent à ouvrir la négociation tous les ans et à aborder huit thèmes.

À mes yeux, le principal risque qui pèse aujourd'hui sur la qualité de la négociation collective est lié à l'agenda social. Des réformes particulièrement techniques et sensibles s'enchaînent très rapidement, et se superposent à notre calendrier social habituel, déjà non négligeable pour un groupe international et en pleine transformation comme Fnac Darty. Ces derniers mois, mes équipes ont par exemple été mobilisées sur la mise en place du comité économique et social, le prélèvement à la source, le calcul de l'index de l'égalité salariale, l'application de la réforme de la formation professionnelle, ou encore les mesures d'urgence sociale comme le versement de la prime exceptionnelle et la désocialisation des heures supplémentaires. Tous ces chantiers, que nous devons mener de front, limitent malheureusement le temps et les ressources disponibles pour s'emparer de l'ensemble des thèmes de négociation.





Par Vincent MARTY et Cécile PAYS, avocats du cabinet Hoche Avocats

Les ordonnances ont profondément modifié les règles de la négociation collective sur différents axes : l'ouverture des nouveaux sujets à la négociation tant au niveau de la branche que des entreprises (l'exemple de l'accord de performance collective), les nouvelles règles de validité des accords (principe de l'accord majoritaire, référendum, etc.), ainsi que les nouvelles possibilités d'ajustement de l'agenda social. À cela s'ajoute un point essentiel qui est celui de la nouvelle répartition en trois blocs des thèmes de négociation. Le principe de faveur qui existait dans le cadre de la négociation collective a, au fil des évolutions législatives, été remis en cause afin de permettre aux entreprises d'adapter la norme sociale à leur niveau, et ce, même si cette norme est moins favorable que la norme supérieure, notamment celle qui serait prévue dans l'accord de branche. Dans le cadre des ordonnances *Macron*, le principe de primauté de l'accord d'entreprise a été institué suivant un courant global au niveau européen de décentralisation de la négociation collective. Le corollaire de la primauté de l'accord d'entreprise est, ou en tout cas devrait être, le rôle de régulateur de la branche professionnelle. Son rôle est en l'occurrence accru tant par l'élargissement du bloc 1 au sein duquel la branche institue des normes impératives sur des thèmes essentiels (les salaires minima hiérarchiques, l'organisation de la durée du travail sur une période supérieure à l'année, etc.) et la mise en place du bloc 2 que par sa nouvelle mission inscrite dans la loi « réguler la concurrence entre les entreprises relevant de son champ d'application ». Par ailleurs, la généralisation de l'accord majoritaire, améliorant la légitimité des accords et la sécurisation de la validité des accords négociés selon les autres modalités, constitue également des garde-fous pour le législateur contre le risque de nivellement par le bas de la négociation collective.

La crainte du dumping social semble légitime, les accords de branche ne pouvant plus prétendre être de vrais régulateurs. Toutefois, dans les domaines dans lesquels le principe de faveur avait d'ores et déjà été remis en cause, peu de dérives ont été constatées. Le dialogue social dans les entreprises, notamment celles qui disposent de délégués syndicaux, s'effectue rarement sur une base moins favorable, la négociation nécessitant par principe des contreparties, ce qui à notre sens perdurera. Par ailleurs, les dispositions légales supplétives constituent en pratique les véritables bases de la négociation, la dérogation à ces dernières impliquant là encore des contreparties.

Le manque de recul ne permet pas aujourd'hui d'affirmer que ces garde-fous seront suffisants pour éviter le dumping social. Il sera nécessaire que chaque interlocuteur puisse investir pleinement le rôle qui lui est confié afin de permettre une adaptabilité des règles aux spécificités des entreprises, en préservant l'équilibre entre les garanties acquises aux salariés et la flexibilité nécessaire à chaque secteur d'activité.

(1) L. n° 2004-391, 4 mai 2004, relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social : JO 5 mai 2004, p. 7983.

(2) L. n° 2016-1088, 8 août 2016, préc. - Ord. n° 2017-1385, 22 sept. 2017, préc.

(3) En 2017, dans la branche du commerce de détail de l'horlogerie-bijouterie, 93 % des entreprises sont des TPE qui affichent moins de 10 salariés.

(4) Ord. n° 2017-1385, 22 sept. 2017, préc.



## 3. Le référendum en matière de négociation collective est-il un facilitateur de la négociation collective ?

- Facilité pour les TPE ?
- Frilosité des syndicats et des chefs d'entreprise pour organiser un référendum en cas de signature d'un projet d'accord par des organisations syndicales représentant entre 30 et 50 % des suffrages exprimés aux dernières élections professionnelles ?
- Risque de baisse de la qualité des accords d'entreprise et donc augmentation du risque juridique dans les TPE (moyens humains et financiers moins importants pour la rédaction de l'accord, la mise en œuvre de la procédure et la quantification de l'impact social des mesures envisagées) ?
- Référendum d'entreprise, outil dans l'air du temps (en temps de crise de la représentation politique et syndicale) ?



Par Frédérique GIAVARINI, DRH du Groupe Fnac Darty

Je pense que la réponse dépend assez largement de la taille de l'entreprise. S'il peut être un outil adapté aux TPE, je suis assez réservée quant à l'organisation d'un référendum visant à valider un projet d'accord qui ne recueille pas l'approbation des organisations syndicales représentatives dans les grands groupes. D'abord, car ce type de consultation des salariés équivaut à une forme de désaveu des partenaires sociaux. Le référendum peut durablement détériorer le climat des négociations futures et plus largement, le climat social. Ensuite, parce que si l'on regarde les cas emblématiques de référendums organisés par des grands groupes, Smart par exemple, on constate qu'ils ont entériné des reculs de droits pour les salariés - à replacer, certes, dans un contexte qui était celui de l'avenir de l'activité. Les cas d'Air France et de RTE l'année dernière ont mis en évidence d'autres écueils : la difficulté à anticiper le résultat et le risque de perte de crédibilité de l'employeur. Je vois donc le référendum davantage comme une solution de dernier recours, une voie de sortie en situation de blocage que comme un facilitateur.

Certains diront que c'est un outil dans l'air du temps, en politique comme dans l'entreprise. Je pense que tout dépend du rapport de forces et de la manière dont le référendum est pratiqué et interprété. Là où le référendum se limite à une alternative « oui » ou « non », la négociation permet plus de subtilité et est donc préférable. Il est d'ailleurs révélateur que l'accord collectif majoritaire à l'exclusion du référendum soit le seul vecteur autorisé pour entériner un certain nombre de sujets relatifs au comité social et économique.

Au sein des sociétés du groupe Fnac Darty, nous n'avons pas eu recours au référendum, y compris pour notre accord sur le travail dominical de la Fnac, qui a été signé en 2017 après quinze mois de négociations.

Le dialogue avec les organisations syndicales est toujours privilégié car nous devons construire l'avenir du Groupe avec nos partenaires sociaux.



Par Pascal LOKIEC, professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Je suis en plein accord avec les propos de Frédérique Giavarini. Rappelons d'abord pourquoi, fondamentalement, on a promu le référendum. Depuis les dernières réformes, on a voulu faire de l'accord d'entreprise le pivot de notre droit du travail. Il faut donc des accords ! Or, à juste titre, et parce que le déclin du principe de faveur ne permet plus de garantir que la négociation collective ne détériorera pas les protections des salariés, le choix a été fait de généraliser la règle majoritaire (conclusion de l'accord par des syndicats ayant obtenu 50 % des suffrages). Choix qui rend plus difficile la conclusion d'accords collectifs et a obligé à trouver une solution de rattrapage : le référendum. C'est donc une sorte de « bricolage » qui a conduit à la promotion du référendum de rattrapage. Je ne crois pas non plus que ce référendum va prospérer. Le risque, pour les syndicats demandeurs ou pour l'employeur, de se retrouver face un référendum hostile, en dissuadera plus d'un ! Et les retours de la pratique sont que ce type de référendum est peu pratiqué. Il en va autrement de l'autre référendum, celui dans les TPE (entreprises de moins de 11 salariés et de moins de 21 en l'absence d'élus) qui sert à pallier l'absence de délégués syndicaux et, accessoirement, l'échec des voies alternatives explorées jusqu'à présent - à commencer par le mandatement. L'employeur propose à la ratification des deux tiers des salariés un projet d'accord, un délai minimum de quinze jours devant courir à compter de la communication à chaque salarié du projet d'accord et des modalités d'organisation de la consultation (C. trav., art. L. 2232-21). Ce référendum, contrairement au premier, semble prendre dans les petites entreprises puisque d'après les chiffres dont nous disposons au comité d'évaluation des ordonnances(1), il y avait en décembre 2018, un peu plus de 500 textes approuvés par référendum qui ont été publiés dans l'application DaccordNG.

Certes, un certain nombre d'arguments sont avancés en faveur du recours au référendum, notamment le fait que le référendum recueille les suffrages de l'ensemble des suffrages exprimés alors que le caractère majoritaire de l'accord est calculé sur la base d'un cercle plus restreint, celui des seuls suffrages exprimés en faveur des organisations syndicales représentatives. Il est aussi avancé que l'audience des syndicats vaut, en principe, pour tout le cycle électoral, sachant que les points de vue des salariés ont pu évoluer en quatre ans - le référendum, au contraire, mesure la volonté des salariés à l'instant T. Cependant, les risques liés au référendum sont tout sauf négligeables. Outre les risques d'atteinte à la paix sociale dans l'entreprise, c'est une façon de remettre en cause l'idée d'intérêt collectif représenté par les syndicats, au profit d'une somme d'intérêts individuels. Rien n'oblige celle ou celui qui participe à un référendum de prendre en compte des intérêts autres que le sien. Ensuite, l'argument principal en faveur du référendum, qui consiste à dire qu'il incarne la légitimité démocratique, tombe depuis que les syndicats sont eux-mêmes soumis, pour être représentatifs, à un critère d'audience. Restent les problèmes de compétence qui font que les salariés ne seront pas tous à même de mesurer l'impact concret d'un projet d'accord qui peut être complexe et rédigé dans un langage - celui du droit - pour lequel ils n'auront ni compétence préalable ni aide dans la compréhension.





Par Vincent MARTY et Cécile PAYS, avocats du cabinet Hoche Avocats

Antérieurement très circonscrit, les ordonnances *Macron* ont élargi le champ de la négociation par référendum d'entreprise en permettant aux TPE d'y avoir recours et en limitant les risques de blocage liés à la généralisation de l'accord majoritaire. Il semble, comme l'ont souligné les précédents intervenants, que le référendum sera appréhendé de manière très différente selon la taille de la structure et la présence ou non de délégués syndicaux. L'analyse des effets de cette nouvelle norme ne peut être pour l'heure en tout état de cause que quantitative et non qualitative.

La culture des TPE/PME n'était pas et n'est pas encore celle de la négociation collective. L'absence notable de moyens internes dédiés, notamment d'interlocuteurs, et de moyens externes, tels qu'un accompagnement par la branche professionnelle (les observatoires départementaux de la négociation collective seront à terme, pour les entreprises de moins de 50 salariés, un moyen de diffusion des connaissances en termes de négociation collective), est un frein pour ces petites et très petites entreprises. Depuis quelques années, les nouveaux dispositifs facilitent quelque peu cette négociation, mais le mandatement a ses limites dans la mesure où il suppose l'intervention et le volontarisme d'interlocuteurs qui n'ont pas toujours le temps et le bagage juridique nécessaires pour mener cette procédure. La faculté pour l'employeur de soumettre un projet d'accord - ouvert à tous les thèmes de négociation - à ses salariés sans intermédiaire devrait pallier cette difficulté et définitivement emporter l'adhésion des employeurs comme des salariés qui, à travers le prisme de l'actualité, semblent pour partie afficher une forme de défiance vis-à-vis de leurs représentants.

Ainsi, même si dans ces petites entreprises la négociation collective, y compris par le biais du référendum, n'est pas encore entrée dans les mœurs, nous sommes optimistes quant à sa progression qui devrait selon nous se poursuivre sous l'effet de deux leviers : le souci d'adapter les normes supérieures qui leur sont applicables aux spécificités de l'entreprise et le besoin de régulariser certaines situations de fait parfois à la limite de la légalité. Sur les questions relatives à la durée du travail par exemple, nous avons eu l'occasion d'accompagner plusieurs moyennes et petites entreprises qui, dépourvues de délégués syndicaux, ont spontanément opté pour la conclusion d'un accord d'entreprise par la voie du référendum. Nos clients ont ainsi souhaité limiter le risque de rappel d'heures supplémentaires en soumettant les salariés éligibles à des conventions individuelles de forfait en jours basés sur des accords d'entreprise conformes à toutes les exigences légales et jurisprudentielles. D'autres ont profité du référendum pour soumettre à leurs salariés des projets de réaménagement de leur durée de travail et/ou se doter d'outils supplémentaires comme un compte-épargne temps, après avoir respectivement constaté un dérapage de la masse salariale sans corrélation avec le niveau d'activité (recours croissant aux contrats courts par exemple) et/ou une hausse des provisions pour congés payés non pris et reportés d'année en année.

La tendance du recours au référendum d'entreprise des TPE sur les sujets relatifs à la durée du travail que nous constatons dans notre exercice professionnel se confirme au niveau national puisqu'en octobre 2018 il était recensé : près de 400 accords ratifiés par les salariés par référendum dans les entreprises de moins de 10 salariés dont 85 % sur le temps de travail ; 125 accords ratifiés dans les entreprises de 11 à 20 salariés dont 81 % sur le temps de travail ; et enfin, près de 600 accords ratifiés dans les entreprises de 20 à 50 salariés après négociation avec un salarié mandaté. Ces chiffres démontrent que ces référendums dans les TPE, adossés aux branches qui devraient parvenir à se saisir de ces questions dans les prochaines années, ont un bel avenir.

Concernant les entreprises au sein desquelles un ou plusieurs délégués syndicaux sont désignés, la validation de l'accord collectif par référendum est un outil qui ne pourra être manié qu'avec précaution. Il y a une frilosité évidente de la part des directions et des syndicats sur le recours à un tel mécanisme. En effet, si le référendum peut permettre de faire face à une situation de blocage, il ne pourra à notre sens être utilisé comme un mode de fonctionnement classique de négociation, au risque d'entraîner inévitablement une crispation du dialogue social avec les syndicats d'un côté et un désaveu cinglant des salariés à l'égard de la direction de l'autre (2). Ainsi, pour une pérennisation du dialogue social, il ne nous semble pas que cet outil sera utilisé de manière régulière dans cette configuration.

(1) Pascal Lokiec est membre du comité national d'évaluation des ordonnances, mis en place sous l'égide de France Stratégie.

(2) V. *supra* les cas d'Air France et de RTE précédemment évoqués par Frédérique Giavarini.



## 11 QUATRE QUESTIONS/ RÉPONSES AUTOUR DU COMITÉ ÉCONOMIQUE ET SOCIAL

### 1. La mise en place du comité économique et social a-t-elle contribué à la modification de la structuration des instances représentatives du personnel ?



Par Frédérique GIAVARINI, DRH du Groupe Fnac Darty

Dès 2016, le rapprochement des deux enseignes a mis en évidence les divergences - historiques - de structuration des instances représentatives du personnel (IRP) entre Fnac et Darty. La Fnac avait, pour la majorité de ses sociétés, des IRP locales (79 comités d'entreprise (CE) et comités centraux d'entreprise, 73 comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) et 558 délégués du personnel (DP)), à l'échelle du magasin. Darty avait déjà engagé la centralisation des IRP au gré de ses réorganisations, avec un CE par unité économique et sociale (UES) - 3 au total. Les CHSCT étaient, quant à eux, mis en place au périmètre de la filière métier (6), et les DP présents en magasin. Cette structure sociale représentait plus de 1 400 représentants du personnel à la Fnac et 900 chez Darty (pour un nombre de salariés équivalent entre les deux enseignes).

Pour l'enseigne Fnac, la structuration des IRP n'était plus adaptée à la réalité de notre organisation, tant sur les plans stratégique qu'économique et social, et induisait un dialogue social redondant et inefficace. La négociation sur la mise en œuvre des ordonnances constituait dès lors une opportunité unique de repenser, pour la Fnac, la structure sociale alors que pour Darty, il convenait de préserver peu ou prou l'existant de ce point de vue. C'est pourquoi nous avons souhaité redéfinir la notion d'établissement distinct au sein de la Fnac et conserver l'organisation centralisée en place chez Darty. Dans le cadre de la nouvelle représentation du personnel, nos deux enseignes sont organisées sur la base d'une structure sociale identique - à quelques exceptions près liées à des particularités de certaines sociétés. L'établissement distinct correspond désormais au périmètre de la société juridique, ce qui est plus adapté à notre réalité opérationnelle puisque c'est à leur niveau que se prennent les décisions.

Naturellement, une transformation sociale et culturelle aussi profonde ne pouvait se faire sans travailler à préserver un bon niveau de proximité avec les salariés : c'est pourquoi nous avons négocié dans chacun des accords la mise en place des représentants de proximité (RP) sur chacun de nos sites (magasins, entrepôts, centres de services). Ils sont un maillon essentiel de la nouvelle organisation et les accords Fnac et Darty ont d'ailleurs confié à ces nouveaux représentants du personnel des attributions touchant au plus près de la vie de nos collaborateurs : la présentation des revendications individuelles et collectives, mais aussi la possibilité de contribuer à la gestion des activités sociales et culturelles. Cette proposition a rapidement recueilli l'adhésion d'une grande partie des organisations syndicales réunies autour de la table des négociations.

Enfin, comme prévu par les textes, pour toutes nos entreprises de plus de 300 salariés à la Fnac et chez Darty, une commission santé, sécurité et conditions de travail (CSSCT) a été mise en place, mais nous avons cherché la meilleure adaptation possible à notre organisation et aux réalités de notre secteur d'activité, en augmentant par exemple le nombre de réunions annuelles du CSE portant sur ses attributions en matière de santé, sécurité et conditions de travail et donc par ricochet des réunions de la CSSCT.

Finalement, cette nouvelle structure sociale a induit une diminution sensible du nombre de représentants de personnel, mais elle a également permis d'accompagner la transformation des mandats avec des moyens renforcés.





Par Fabrice ROSA, professeur à l'Université de Reims

Les opérations de mise en place du CSE donnent assurément l'occasion de repenser et de rationaliser les cadres de représentation. La liberté qu'offre la loi aux partenaires sociaux pour déterminer le nombre et le périmètre des établissements distincts risque cependant d'achopper sur certaines exigences fondamentales : assurer la représentation effective des intérêts collectifs, délimiter un cadre adéquat et pertinent de mesure de l'audience électorale. Si elle ambitionne de délivrer la négociation des périmètres de toute entrave, la loi ne parviendra dès lors peut-être pas à tarir toute source de contentieux.

Le législateur appelle prioritairement de ses vœux une détermination « négociée » des périmètres. Au premier chef, le nombre et le périmètre des établissements doivent être déterminés par accord collectif d'entreprise majoritaire (*C. trav., art. L. 2232-12, al. 1<sup>er</sup>* par renvoi de *C. trav., art. L. 2313-2*). C'est à défaut d'un tel accord que la détermination des établissements distincts peut être réalisée par accord conclu avec le CSE (V. les conditions posées à *C. trav., art. L. 2313-3*) et encore plus subsidiairement par décision de l'employeur (*C. trav., art. L. 2313-4*).

Outre qu'elle lui imprime un caractère subsidiaire, la loi assortit la décision unilatérale de l'employeur de garde-fous. Elle fait en effet obligation à ce dernier, et à lui seul, de se déterminer « *compte tenu de l'autonomie de gestion de l'établissement, notamment en matière de gestion du personnel* » (*C. trav., art. L. 2313-4*) (1). En cas de litige, les établissements distincts seront fixés par décision administrative de la Direccte sous le contrôle éventuel du juge judiciaire (*C. trav., art. L. 2313-5, al. 2*).

Un principe de liberté régit au contraire la détermination négociée des établissements : la loi n'énonce aucun critère ni n'institue aucun recours en contestation. Reste à explorer l'hypothèse d'une action en nullité de l'accord sur le fondement de l'ordre public (2). Dans ce cadre, le juge pourrait-il contrôler, notamment au regard du critère de l'autonomie de gestion, le périmètre négocié en tant qu'il relèverait de « l'ordre public absolu » (3) ? Un tel contrôle paraît peu vraisemblable tant il est vrai que le législateur a choisi de faire de l'établissement distinct un « objet de négociation » avec les partenaires sociaux ou le CSE, refusant par là-même - dans les deux hypothèses envisagées - d'ériger au rang d'ordre public absolu son critère d'identification.

Il n'est en revanche pas exclu que des parties à un litige mettent en cause la constitutionnalité même du dispositif légal. Sans doute est-il exact que le législateur peut renvoyer à l'accord collectif le soin de définir « les modalités concrètes de mise en œuvre des normes qu'il édicte » (4). On peut toutefois se demander si le législateur n'était pas tenu, pour exercer pleinement la compétence qu'il tient de l'article 34 de la Constitution, d'énoncer un critère ou en tout cas une « définition objective » de l'établissement distinct afin d'attacher au principe constitutionnel de participation des garanties légales permettant qu'il n'y soit pas porté atteinte (5). Dans le prolongement de cette idée, une autre cause de contestation pourrait être soulevée sur le front de la liberté syndicale des organisations non représentatives. Alors qu'elles sont exclues de la négociation en cause, elles ne disposent à ce jour d'aucun droit de recours devant le juge pour contester le périmètre dessiné. Autant dire qu'elles auront à subir une règle du jeu qui pourrait éventuellement les défavoriser lors des élections à venir. C'est, peut-être, dans ces conditions, la substance même de leur liberté syndicale qui se trouve atteinte. Voici quelques causes de contestation qui justifieraient un examen approfondi.



Par Vincent MARTY et Cécile PAYS, avocats du cabinet Hoche

Au 1<sup>er</sup> janvier 2020, l'ensemble des entreprises d'au moins 11 salariés équivalent temps plein devra avoir mis en place un CSE. Nous sommes donc désormais à moins d'un an de la fin annoncée des instances antérieures.

À ce stade le bilan ne peut être fait que de manière parcellaire. Si plus de 10 500 CSE ont d'ores-et-déjà été mis en place au sein des entreprises et de leurs établissements distincts, l'année 2019 sera certainement décisive dans l'évaluation de la réforme, certains ayant opté pour la prorogation des mandats en vue de permettre une meilleure appréhension de la réforme.

Si à la lecture des chiffres fournis par le ministère du Travail les TPE semblent avoir été plus proactives dans la mise en place du CSE, il s'agit d'un chiffre en trompe-l'œil tant le nombre de TPE soumis à cette réforme dépasse en réalité celui des moyennes et grandes entreprises (139 000 PME en 2015 dont 54 % emploient moins de 20 collaborateurs et 14 % atteignent ou dépassent 50 salariés). Les TPE semblent donc repousser l'inéluctable, probablement plus par manque de temps et de moyens que par manque de volonté. Reste à découvrir, probablement à la fin de l'année 2020, la part des TPE qui n'aura pas encore mis en œuvre la réforme. Cette proportion d'entreprises mal ou non informées pourrait se révéler importante, la rapidité et la densité des réformes sociales ne permettant pas à tous les chefs d'entreprise de correctement s'approprier ces dernières. Si la grande majorité de nos clients avait intégré que les IRP pouvaient être rationalisées par le regroupement des mandats (ancienne délégation unique du personnel (DUP), DUP élargie et instance regroupée) ou du fait de la redéfinition de leur périmètre par la reconnaissance d'une UES, nous avons constaté que certains d'entre eux ne souhaitaient pas sortir du schéma classique CE + CHSCT + DP. Probablement par crainte de bouleverser leurs habitudes ou d'entrer dans des négociations dures avec les organisations syndicales, plusieurs chefs d'entreprise ont manifesté leur volonté de proposer, dès la négociation du protocole d'accord préélectoral (PAP), la mise en place de commissions de la santé et de la sécurité du travail ou de RP, en méconnaissance même du périmètre de négociation du PAP (6). Par ce biais, c'était une façon « d'annuler » la réforme, en remettant en place contre l'esprit et la lettre de la loi les 3 IRP.



Outre l'avertissement nécessaire relatif à l'erreur juridique de vouloir négocier certains éléments relevant de l'accord collectif d'entreprise dans le PAP, nous avons rappelé aux clients concernés que cette réforme était un moyen d'inventer une nouvelle forme de dialogue social qui décloisonnerait enfin les problématiques économiques et celles de santé, de sécurité et des conditions de travail et qui permettrait une véritable stratégie globale. Nous avons également tenté de donner à nos clients des outils pour anticiper la défiance des organisations syndicales et des salariés vis-à-vis de cette réforme qui inspire pour eux, de prime abord, une volonté d'affaiblissement de la représentation du personnel (7). Ces outils peuvent par exemple être ceux de l'amélioration de la formation des élus ou encore de la modulation du nombre d'élus et des heures de délégation.

Nos clients ont enfin massivement rejeté l'hypothèse de la mise en place d'un CE. Ce dernier, qui bénéficie d'attributions étendues en matière de négociation collective, pourrait faire de l'ombre aux organisations syndicales. La place et le rôle de ces derniers seraient alors menacés au sein de l'entreprise. Ce conflit de compétences a manifestement été anticipé par les chefs d'entreprise et les organisations syndicales au niveau national puisque seuls deux CE, disposant du pouvoir de négocier à la place des délégués syndicaux, auraient pour l'heure été mis en place (8).

(1) V. la précision apportée par la Cour de cassation (*Cass. soc.*, 19 déc. 2018, n° 18-23.655, P+B+R+I : *JurisData* n° 2018-023659) : à la faveur d'un tel recours, la Cour de cassation a récemment précisé que « caractérise au sens de ce texte un établissement qui présente, notamment raison de l'étendue des délégations de compétence dont dispose sont responsable, une autonomie suffisante en ce qui concerne la gestion du personnel et l'exécution du service ».

(2) *Comp.*, sous l'empire des dispositions antérieures, *Cass. soc.*, 2 mars 2011, n° 09-60.483 : *JurisData* n° 2011-002609.

(3) V. la proposition de Y. Pagnerre et E. Jeansen, *La détermination des établissements distincts dans la tourmente de la réforme* : RDT 2018, 358.

(4) V. par ex., *Cons. const.*, déc. 29 avr. 2004, n° 2004-494 DC, consid. 8.

(5) Le grief étant invocable dans le cas où l'incompétence négative affecte par elle-même un droit ou une liberté que la Constitution garantit.

(6) V. *infra*.

(7) V. *Semaine sociale Lamy* n° 1842-1843, p. 5.

(8) Le premier dans le secteur de l'industrie au sein de la Société nouvelle d'installations électriques (SNIE) (450 salariés en Île-de-France) et le deuxième dans les services à la personne au sein de la Société Léa et Léo (130 salariés).

## 2. Les nouveaux périmètres de négociation du dialogue social sont-ils clairement identifiés et simplificateurs ?



Par Frédérique GIAVARINI, DRH du Groupe Fnac Darty

Les nouveaux périmètres de négociation que le législateur a introduit au fil des réformes, notamment en plaçant l'accord de groupe au même rang que l'accord d'entreprise, seront à terme, des vecteurs de simplification tant pour les DRH que pour les partenaires sociaux. Toutefois, nous sommes encore dans une période de changement et pour l'heure, les périmètres de négociations sont souvent questionnés. Ainsi à la Fnac, nous avons choisi de mener la négociation sur la mise en place du CSE au niveau de l'enseigne Fnac (qui regroupait à l'époque 13 sociétés) alors que côté Darty, nous ouvririons des négociations au niveau de chacune des UES. La négociation, puis l'accord Fnac ont été contestés par certaines organisations syndicales qui considéraient que la loi ne nous permettait pas d'engager une négociation sur l'ensemble des sujets que sont le CSE, la définition de l'établissement distinct, les moyens accordés aux représentants du personnel... à ce niveau. Les juges de première instance ont suivi à deux reprises notre position, considérant que « le recours à un accord de groupe apparaît être le périmètre de négociation le plus approprié pour décider au niveau du groupe du « nombre et du périmètre des établissements distincts » [...] en concertation avec les organisations syndicales représentatives habilitées à négocier un tel accord avec l'employeur » (1).

Nous serons évidemment attentifs aux suites judiciaires qui pourraient être données à cette décision, mais cette divergence d'interprétation de la loi illustre les questionnements que les évolutions, quelles qu'elles soient, engendrent pour l'ensemble des acteurs. Et seul le temps et la jurisprudence viendront répondre à ces questions.

Par ailleurs, la nécessité de définir l'établissement distinct dans un accord autre que le PAP a entraîné la négociation des accords relatifs à la mise en place du CSE préalablement aux négociations des PAP. Cela présentait l'avantage de permettre aux DRH des différentes entités du Groupe de débiter leur négociation de PAP en s'appuyant sur un socle commun, ce qui est une véritable avancée par rapport au passé. Toutefois, cela a induit un allongement significatif des discussions lors de la négociation CSE compte tenu des nombreux désaccords portant sur la conception de l'établissement distinct. Le calendrier des élections a dû être repoussé d'autant.

En outre, alors que la négociation et la conclusion d'un accord traitant de ces sujets au niveau de l'enseigne étaient inédites, les réunions de négociation de nos PAP ont également mis en lumière des difficultés à distinguer le périmètre du PAP et de celui de l'accord de groupe. Par exemple, les organisations syndicales ont souvent souhaité modifier le nombre de RP dans le cadre du PAP alors même que l'accord d'enseigne Fnac traite de façon complète ce sujet. Cette volonté entre en contradiction avec l'esprit de la loi selon lequel seul un accord collectif majoritaire peut décider de désigner des RP. En réalité, dans cette période, toute discussion avec les partenaires sociaux constitue une opportunité de tenter de rouvrir la négociation sur la mise en place des CSE.





Par Fabrice ROSA, professeur à l'Université de Reims

Dans la nouvelle nomenclature, la « convention d'entreprise » désigne toute convention ou accord conclu soit au niveau du groupe, soit au niveau de l'entreprise, soit au niveau de l'établissement (*C. trav., art. L. 2232-2*). Est-ce à dire que l'article L. 2313-2, par renvoi à l'accord collectif d'entreprise majoritaire, autorise les partenaires sociaux à négocier les établissements distincts au niveau du groupe ? Les termes de l'article L. 2232-33 militent en faveur d'une réponse positive : ce sont en effet « ***Pensemble des négociations prévues par le présent code au niveau de l'entreprise*** » qui peuvent être négociées « ***au niveau du groupe*** » sous réserve de quelques adaptations.

Reste que des organisations syndicales représentatives au niveau de l'entreprise, et qui ne le sont pas nécessairement à l'échelle de l'ensemble des entreprises comprises dans le périmètre de l'accord, pourraient se trouver exclues de la négociation de l'accord délimitant l'établissement distinct. Ce périmètre étant crucial pour l'obtention du sésame de la représentativité, c'est un autre sujet vraisemblable de contestation sur le fondement du principe de liberté syndicale (2).

Les nouvelles dispositions imposent, par ailleurs, une claire répartition entre les matières relevant de l'accord collectif et celles relevant du PAP. Outre que la loi attribue expressément à l'accord collectif de droit commun, et à lui seul, la négociation sur les établissements distincts, les RP (*C. trav., art. L. 2313-7*) ainsi que sur les consultations du CSE (*C. trav., art. L. 2312-19 et s.*), la durée de mandat de ses membres (*C. trav., art. L. 2314-34*) ou encore ses modalités de fonctionnement (*C. trav., art. L. 2315-2*), elle définit restrictivement l'objet du PAP. Aussi diverses soient-elles (*C. trav., art. L. 2314-1, L. 2314-7, L. 2314-12, L. 2314-13 et L. 2314-28*), les matières déterminées par le PAP sont regroupées dans une rubrique intitulée « *élection* », dont l'objet devrait exclure tout empiètement du protocole sur le champ de l'accord collectif de droit commun.

À l'épreuve du terrain, les frontières pourraient toutefois se brouiller. Certes, en principe, il n'entre pas dans le pouvoir des négociateurs de décider du régime de validité de l'acte (3), ni par conséquent de ses objets légalement déterminés. La jurisprudence antérieure retenait cependant que l'accord préélectoral conclu à la double majorité prévue à l'article L. 2314-3-1 (aujourd'hui L. 2314-6) était régulier en tant qu'accord de droit commun parce qu'il satisfaisait, par hypothèse, aux conditions moins exigeantes de l'accord de droit commun (4).

Le maintien d'une telle lecture libérale des nouvelles dispositions légales s'avérerait cependant inopportune. Si la loi ventile les objets de négociation pour les confier à des négociateurs différents, c'est qu'elle entend rationaliser le processus de négociation. Les organisations non représentatives invitées à la négociation du PAP n'appartiennent pas au cercle des négociateurs de l'accord de droit commun. Leur seule présence à la négociation de l'accord de droit commun devrait, dans la rigueur des principes, entacher d'irrégularité la conclusion de l'acte. Ce n'est pas un problème d'ordre seulement textuel : des concessions en principe sans rapport les unes avec les autres risqueraient d'être mises dans la discussion. Alors même qu'elles ne sont pas habilitées à négocier l'accord de droit commun, certaines des organisations invitées à la négociation du PAP pourraient de cette façon influencer indirectement sur la délimitation des établissements distincts. Il leur serait outre loisible, en pratique, de remettre en cause les acquis de l'accord collectif conclu préalablement. Ce sont autant de conséquences regrettables de la jurisprudence évoquée qui justifieraient un retour à une distinction plus claire des deux catégories d'actes et de négociations.



Par Vincent MARTY et Cécile PAYS, avocats du cabinet Hoche Avocats

Nous avons également fait le constat auprès de nos clients, à l'occasion des premières mises en place du CSE, que ces derniers, à l'instar de leurs organisations syndicales représentatives, faisaient preuve de nombreuses approximations dans la délimitation du périmètre de chaque négociation. La plupart d'entre eux ne s'est pas spontanément approprié la question de l'accord majoritaire « non référendable » (*C. trav., art. L. 2312-2* renvoyant à *C. trav., art. L. 2232-12, al. 1<sup>er</sup>*) relatif à la définition des établissements distincts. Ils n'ont probablement pas mesuré l'intérêt de cette négociation qui, au-delà de la définition des établissements distincts, est l'occasion de négocier sur d'autres éléments essentiels comme les modalités de mise en place de RP ou de commissions supra-légales, ceci en amont ou bien même en aval de la mise en place du CSE.

Les mauvaises habitudes ont la vie dure, et les entreprises que nous suivons ont toutes, à quelques rares exceptions près, négocié uniquement un PAP sans négocier d'accord d'entreprise au préalable. C'est surtout le cas des PME qui n'ont probablement pas les ressources suffisantes en interne pour mener de front à la fois la négociation d'un accord majoritaire avec la préparation dans la foulée de nouvelles élections professionnelles. C'est ainsi que les négociateurs du PAP, tant côté employeur que côté salarié, ont été tentés de s'emparer de tous les sujets relatifs au CSE, y compris de ceux qui relèvent de l'accord majoritaire d'entreprise, ce qui pose également la question de la validité des dispositions évoquées par Fabrice Rosa.



Aussi, à la confusion PAP - accord collectif majoritaire -, nous serions tentés d'ajouter une troisième source de confusion, celle du règlement intérieur du CSE. L'institution de ce dernier a créé un nouvel effet d'aubaine, cette fois-ci pour les membres du CSE, de définir les contours et les modalités de consultation de leur institution. Les membres du CSE ont ainsi parfois profité de l'absence d'accord majoritaire pour trancher dans le cadre de l'élaboration du règlement intérieur du CSE certaines questions n'appartenant pourtant pas au périmètre de ce texte, comme la mise en place de commissions ou la détermination du nombre de réunions ordinaires du CSE. Compte tenu du manque d'expertise de certains représentants du personnel fraîchement élus, difficile d'y voir là une forme d'opportunisme ou de mauvaise foi. Certains chefs d'entreprise, eux-mêmes dépassés par les réformes successives, n'ont pas pointé cette irrégularité. Notre rôle, en tant qu'avocat, a donc été avant tout de recadrer les débats, intervenant parfois trop tardivement pour apporter un véritable conseil pratique et innovant en vue de la mise en place du CSE. Nous avons été confrontés à une forme de résistance de la part de certains employeurs qui ne prenaient alors pas la mesure d'un risque pourtant double : le délit d'entrave à l'exercice des fonctions syndicales et le risque, certes faible, de contestation en justice de la validité du règlement intérieur par une organisation syndicale ou par voie d'exception par un salarié au cours d'un contentieux individuel. Nous considérons pourtant qu'il y a lieu d'être vigilant quant au respect des périmètres de négociation de chaque texte dès la première mise en place du CSE, au risque de répéter les mêmes erreurs lors de chaque mandature, par confort ou par ignorance du droit, et de faire perdurer les risques précités. Cette confusion entre plusieurs fondements juridiques et l'insécurité juridique qu'elle engendre n'est pas sans rappeler l'abondante jurisprudence relative à la validité des UES reconnues à l'occasion de la négociation du PAP (5).

Ces difficultés surviennent donc à notre sens essentiellement en raison de l'absence de négociation d'un accord d'entreprise majoritaire relatif au CSE antérieure à la mise en place de ce dernier, quand bien même, comme l'a très justement souligné Frédérique Giavarini, cela ne tarit pas l'ensemble des difficultés juridiques et notamment la tentation de rouvrir les débats lors de la négociation du PAP. Ces difficultés sont par ailleurs renforcées du fait qu'il s'agit de la mise en place des premiers CSE, les partenaires des négociations navigant encore à vue. Un unique véhicule juridique ne serait-il pas la solution idoine et simplificatrice ?

(1) V. TGI Créteil, 3<sup>e</sup> civ., 21 janv. 2019.

(2) V. *supra*.

(3) V. Cass. soc., 23 juin 1999, n° 96-44.717 : *Juris-Data* n° 1999-002651, qui juge, sous l'empire du droit antérieur, que les dispositions du protocole préélectoral qui n'avaient pas une « nature électorale » étaient soumises, quant à leur efficacité, au régime des accords de droit commun. Elles ne requéraient donc pas l'unanimité des signataires.

(4) V. Cass. soc. 14 nov. 2013, n° 13-12.712 : *JurisData* n° 2013-025589. - Cass. soc., 30 juin 2015, n° 14-12.522.

(5) V. not. Cass. soc., 14 nov. 2013, n° 13-12.712 : *JurisData* n° 2013-025589.

### 3. Les accords comité économique et social/dialogue social ont-ils permis d'innover en termes de fonctionnement des instances ?



Par Frédérique GIAVARINI, DRH du Groupe Fnac Darty

L'innovation réside d'abord dans le fonctionnement de l'instance car nous avons négocié la mise en place, pour la première fois dans nos enseignes, d'un agenda social du CSE adapté à nos réalités opérationnelles et stratégiques. Ainsi, nous avons prévu de consulter le CSE sur les orientations stratégiques de l'entreprise tous les trois ans, contre tous les ans auparavant, tout en prévoyant une information annuelle sur l'avancée de la mise en œuvre de la stratégie.

Conscients du changement majeur que représente le cumul des attributions de trois anciennes IRP pour un seul et unique membre titulaire ou suppléant du CSE, nous avons également décidé d'accorder aux représentants du personnel des heures de délégation supérieures aux niveaux légaux.

Quelques exemples : notre accord Fnac peut accorder 30 heures mensuelles de délégation aux membres titulaires du CSE quand la loi en prévoit 24. Chez Darty, le secrétaire du CSE peut avoir jusqu'à 100 heures de délégation mensuelles supplémentaires pour accomplir ses missions. Ce sont des mesures fortes qui traduisent une volonté commune DRH/partenaires sociaux d'accompagner le changement que représente la mise en place du CSE.

Nous avons également eu une approche innovante en considérant que le bon fonctionnement de l'instance était indissociable des mandats de RP mis en place dans nos deux enseignes.

C'est ce qu'illustre particulièrement la création d'un mandat de RP spécialisé dans la sécurité, santé et conditions de travail, dit RPSSCT, présent dans la majorité de nos magasins Fnac. J'ai la conviction que ces deux types de relais locaux contribueront au bon fonctionnement du CSE car ils favoriseront le règlement au plus près du terrain des problématiques locales et permettront au CSE de se concentrer sur les sujets d'importance nationale ou régionale (qui relèvent de ses attributions). Miser sur la complémentarité entre le CSE et les relais locaux est un gage d'efficacité.



C'est cette complémentarité qui nous a également conduits à prévoir la possibilité de confier aux RP une partie du budget des activités sociales et culturelles. Pour faciliter cette gestion locale, nous avons créé un mandat de RP « trésorier » sur délégation du CSE.

Les modes de communication entre les différents niveaux de représentation du personnel ont enfin été revus pour répondre à une préoccupation légitime des représentants du personnel sur le partage de l'information. Comment garantir une bonne diffusion et une retombée de l'information à tous les niveaux en mettant en place une structure sociale plus centralisée que par le passé ? Nous avons apporté une réponse à cette préoccupation en encourageant le cumul des mandats. Ainsi, par exemple, un membre titulaire du CSE est prioritaire pour être RP sur son site : il peut donc transmettre l'information au niveau du CSE, et vice versa, et fait office de courroie de transmission auprès des salariés de son site. C'est pour les mêmes raisons que nous avons décidé d'ouvrir l'accès à la base de données économiques et sociales (BDES) aux RP.



Par Fabrice ROSA, professeur à l'Université de Reims

L'organisation mise en place par la Fnac met à profit la liberté que la loi donne aux partenaires sociaux pour régler le fonctionnement du CSE et son articulation avec les RP.

La part de l'ordre public est prépondérante s'agissant des attributions générales au titre desquelles le CSE est consulté, selon la clause générale de l'article L. 2312-8, sur « les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise ». Les missions en matière de sécurité (transmission des réclamations émanant des salariés, consultation de l'employeur, analyse des risques professionnels, initiatives spontanées, etc.) revêtent également un caractère impératif (C. trav., art. L. 2312-8 et s., art. L. 2312-5 à L. 2312-7 par renvoi de C. trav., art. L. 2312-8, dernier al.) sous réserve d'un accord amélioratif.

C'est à propos des trois grandes consultations périodiques (1) que le Code du travail adopte la répartition normative entre l'ordre public, le champ ouvert à la négociation et les dispositions supplétives.

L'objet des dispositions supplétives (C. trav., art. L. 2312-22 et L. 2312-33) est précisément d'en fixer les modalités. Le champ de la négociation - conduite toujours selon les mêmes modalités (C. trav., art. L. 2312-19 (2)) - est encadré par des dispositions d'ordre public, au demeurant peu contraignantes, qui imposent une consultation sur les trois thèmes et la mise à disposition d'une base de données économiques et sociales (C. trav., art. L. 2312-17 et L. 2312-18). Ceci posé, la négociation peut porter aussi bien sur le contenu, la périodicité et les modalités des consultations, le nombre de réunions et les niveaux où elles sont conduites... que sur la liste et le contenu des informations nécessaires à ces consultations. Le code autorise l'accord de groupe à décider que les consultations seront conduites à ce niveau (C. trav., art. L. 2312-20).

Quant à la mise en place des RP, elle découle normalement de l'accord de mise en place du CSE, lequel s'entend ici exclusivement d'un accord d'entreprise (ou de groupe) à l'exclusion de l'accord conclu avec le CSE (C. trav., art. L. 2313-7). Le code est laconique au sujet des attributions : il exige seulement que l'accord en donne une énumération « notamment en matière de santé, de sécurité et de conditions de travail ». Rien n'interdirait donc à l'accord de confier aux RP la mission de porter les réclamations des salariés, autrement dit de leur confier une mission recoupant en partie celles du CSE. Mais s'ils peuvent de ce fait agir en renfort du CSE, les RP ne sauraient pour autant s'y substituer.

Cette directive générale trouve à s'appliquer différemment selon que les représentants sont mis en place à un niveau identique ou inférieur à celui du CSE. Si les deux institutions sont situées au même niveau, l'employeur devra veiller à mettre en œuvre les hypothèses de consultation obligatoire du CSE. Quant aux salariés, ils devront pouvoir toujours adresser leurs réclamations aux CSE même si les RP pourront, en pratique, constituer le canal idoine. Si les RP sont mis en place à un niveau inférieur à celui du CSE, le risque d'atteinte aux compétences du CSE est difficilement concevable. Les RP assumeront dès lors une utile fonction de relais de l'action du CSE.

Un mot enfin sur la qualité des RP. La loi précise que ces représentants sont « membres du CSE ou désignés par lui ». Il est donc possible de réserver le mandat aux membres titulaires du CSE, ne serait-ce que pour permettre une parfaite communication entre les deux instances (3).



Par Vincent MARTY et Cécile PAYS, avocats du cabinet Hoche Avocats

Il est tout d'abord nécessaire de souligner que la mise en place du CSE n'implique pas obligatoirement en amont la négociation d'un accord collectif d'entreprise mais peut être mis en place uniquement par le biais d'un PAP, ce qui est le cas notamment pour la plupart des TPE/PME. Dans ce contexte, il n'est pas possible de réaliser un bilan « qualitatif » de ce qui est pratiqué dans ces structures concernant le fonctionnement du CSE.

Pour les autres structures qui ont opté pour la négociation d'un accord collectif en la matière, on décompte d'ores et déjà plus de 2 000 accords sur Légifrance qui ont trait en tout ou partie au fonctionnement du CSE.

Bien que le Gouvernement ait vivement incité à la négociation d'accord « CSE » au niveau de l'entreprise, en prévoyant une véritable adaptabilité du dispositif en fonction des besoins des entreprises, il ressort des premiers accords que peu d'entreprises ont véritablement fait preuve d'innovation.



La nécessité d'un accord relatif au fonctionnement du CSE est prégnante au sein de grandes structures dont l'effectif est important ou encore dont l'organisation est plus complexe (reconnaissance de plusieurs établissements distincts notamment). Le fonctionnement du CSE nécessite dans ce contexte que soit clarifiée la communication entre les différents niveaux d'instances instituées (comité social et économique d'établissement, comité social et économique central, RP ou encore commissions), à l'instar de ce que décrit Frédérique Giavarini pour le Groupe Fnac/Darty. L'enjeu est de trouver le fonctionnement adéquat pour répondre aux besoins tant au niveau local - par exemple par la mise en place de RP - que central - par l'adaptation par exemple de la périodicité et/ou des modalités des consultations récurrentes au fonctionnement de la structure.

Une réelle innovation en la matière implique pour les entreprises le temps d'appréhender les possibilités offertes par les ordonnances. Or, le timing dicté par les ordonnances - mise en place de tous les CSE au plus tard le 1<sup>er</sup> janvier 2020 - n'a pas à notre sens permis à certaines entreprises (notamment celles qui n'avaient pas jusqu'alors opté pour une certaine centralisation) de disposer du temps nécessaire pour faire un bilan du fonctionnement de leurs IRP existantes et confronter ce bilan aux nouvelles modalités de fonctionnement permises par la loi.

Pour disposer d'un délai complémentaire, certaines entreprises - en particulier les grandes entreprises au regard des chiffres publiés par le comité d'évaluation et le ministère - ont différé la mise en place de leur CSE pour prendre la mesure de la réforme et se donner les moyens de négocier un accord CSE en limitant le bouleversement de leur agenda social. Au-delà de la seule mise en place du CSE, le fonctionnement du dialogue social dans son ensemble devrait être appréhendé de manière globale, ce qui supposerait la négociation concomitante d'un accord relatif aux consultations récurrentes à la mise en place de la BDES, deux sujets majeurs et intrinsèques du fonctionnement du CSE. Pour les entreprises ayant déjà institué un CSE, au vu des données connues et de la pratique constatée chez nos clients, il apparaît que ces deux sujets sont particulièrement au cœur des débats. Il en ressort tout d'abord la crainte de l'absence de proximité de l'instance au vu de sa centralisation. Une des véritables nouveautés des ordonnances *Macron* est la création du RP. Celui-ci peut être la réponse au risque d'éloignement du dialogue social. Ensuite, la disparition du CHSCT. Sur ce point, de nombreux partenaires sociaux (quand cela n'est pas directement proposé par le chef d'entreprise) tentent d'imposer la mise en place d'une CSSCT quand bien même celle-ci ne serait pas imposée par les textes. Or, bien que le CHSCT n'existe plus en tant que tel, il est indéniable que les obligations de l'entreprise en matière de santé, sécurité, hygiène et conditions de travail ne sont aucunement amoindries.

Enfin, l'innovation du dialogue social ne pourra se faire sans l'amélioration de la formation de l'ensemble de ses acteurs. À défaut, comme le constat est fait pour les premiers CSE mis en place, les prochains CSE ne répondront pas aux attentes tant du Gouvernement que des employeurs et des partenaires sociaux.

- (1) Portant sur les orientations stratégiques de l'entreprise, sur la situation économique et financière et sur la politique sociale.
- (2) Accord d'entreprise ou, par extension, de groupe ; subsidiairement accord conclu avec le CSE.
- (3) Cet impératif pourrait justifier l'éventuelle atteinte au principe constitutionnel de participation, à la supposer caractérisée, que pourrait invoquer au soutien d'une QPC un salarié, non membre titulaire du CSE, privé du droit d'obtenir un mandat de RP (V. à propos de l'inéligibilité des salariés mis à disposition à la DUP de l'entreprise utilisatrice, *Cons. const.*, 13 oct. 2017, *déc. n° 2017-661 QPC*, rejetant le grief).

## 4. Les ordonnances ont-elles entraîné une appréhension différente de la gestion des carrières des représentants du personnel ?



Par Fabrice ROSA, professeur à l'Université de Reims

La protection de la liberté syndicale et de l'exercice de fonctions élues a été historiquement envisagée au travers de dispositions réprimant les discriminations directes ou indirectes. Une telle approche exclusivement centrée sur la correction de situations pathologiques ne se donne pas pour objectif de valoriser les parcours professionnels des intéressés. Elle ne tient pas compte au demeurant d'une difficulté d'ordre pratique (1) : comment l'employeur doit-il concrètement évaluer le travail du salarié investi de fonctions représentatives (2), sans commettre un acte discriminatoire (3), lorsque l'intéressé s'est éloigné de son poste de travail en raison de l'exercice de son mandat ? Une approche plus volontariste a été initiée par les réformes de 2008 et 2015 (4) aux fins de pacifier et promouvoir les relations sociales dans l'entreprise. Dorénavant, la négociation collective doit œuvrer à la valorisation des mandats. Il doit en être question dans les négociations portant sur la gestion prévisionnelle de l'emploi et des compétences (*C. trav.*, art. L. 2242-20). Par ailleurs, l'article L. 2141-5 prévoit qu'un accord vise à concilier la vie personnelle, la vie professionnelle et les fonctions syndicales et électives. Cet accord doit également prendre en compte l'expérience acquise, dans le cadre de l'exercice de mandats, par les représentants élus ou désignés dans leur évolution professionnelle.



La loi ne sanctionne pas expressément le défaut de négociation sur la valorisation des parcours professionnels. Cette négociation présente cependant les traits d'une négociation obligatoire. À défaut de l'initier, l'employeur s'expose-t-il à une action en discrimination ? D'un point de vue strictement technique, l'éventuelle carence de l'employeur à cet égard paraît étrangère aux « éléments de fait » que le salarié est censé présenter pour laisser « supposer l'existence d'une discrimination » au sens de l'article L. 1134-1. Mais elle pourrait subrepticement peser de façon négative sur l'issue du litige... En tout état de cause, elle justifierait le prononcé d'une mesure indemnitaire ou d'une condamnation de l'employeur à ouvrir les négociations.

Les négociateurs devront par ailleurs veiller à ce que les mesures positives prévues reposent elles-mêmes sur un critère « objectif » faute de quoi elles pourraient être à leur tour contestées par les intéressés voire par les salariés non investis de mandats qui s'estimeraient lésés... Par exemple, avant l'entrée en vigueur des dispositions évoquées, la mise en place d'un système d'avancement différent pour les seuls salariés exerçant des activités syndicales à plein temps a été jugé illicite (5).

Cette crainte ne doit cependant pas être surestimée car la conclusion d'un accord conforme aux objectifs de l'article L. 2141-5 pourra justement fournir une justification solide. Une fois ces accords conclus, l'effectivité des mesures qu'il contient sera assurée par les dispositions du droit commun des conventions et accords collectifs. Outre des dommages et intérêts, le juge pourrait prononcer des mesures d'exécution forcée à l'encontre de l'employeur qui n'en assure pas la mise en œuvre.



Par Frédérique GIAVARINI, DRH du Groupe Fnac Darty

L'appréhension n'est pas en soi différente, car nous avons toujours accordé de l'importance à la gestion de carrière des représentants du personnel. En revanche, pour la majeure partie des sociétés du Groupe Fnac Darty, c'est la première fois que nous formalisons nos intentions et notre vision en la matière, et nous avons naturellement tenu compte de l'impact des évolutions législatives.

Les accords conclus sur ce sujet reflètent la volonté de valoriser les compétences et la carrière des représentants du personnel en faisant du mandat, qu'il soit électif ou désignatif, une véritable étape du parcours professionnel du salarié. Ainsi, nous avons souhaité garantir un accompagnement en début de mandat, en cours de mandat et à l'issue du mandat de représentant du personnel.

Typiquement, l'accord Fnac encadre cet accompagnement en déterminant différents seuils de mandats (temps dédié aux mandats) qui vont permettre aux salariés élus ou désignés entrant dans ces seuils de bénéficier de mesures adaptées, telles qu'une possibilité d'évolution de l'échelon conventionnel par exemple. D'autres mesures socles, comme la valorisation des compétences acquises en cours de mandats, s'adressent à tous les représentants du personnel. Elles pourront être prises en compte dans la gestion de sa carrière et de son parcours professionnel.

La carrière des représentants du personnel a donc été un sujet de négociation à part entière, avec des focus particuliers sur la formation professionnelle ou encore la garantie de non-discrimination dans le cadre de la politique d'évolution salariale et de rémunération variable, etc. Nous avons également accordé une importance particulière à la gestion du retour à l'emploi et/ou de la perte de mandats des représentants du personnel - qui se concrétise en ce moment avec l'organisation des premières élections professionnelles organisées dans le groupe. Les accords Fnac et Darty encadrent cette problématique, en prévoyant des modalités de réintégration dans l'emploi via un plan d'accompagnement individualisé du salarié (proposition de formation, période d'observation sur le poste de travail, etc.). Ces mesures ont été très favorablement accueillies par nos partenaires sociaux lors des négociations, beaucoup ne concevant pas un accord portant sur un sujet aussi structurant que le CSE sans traiter celui de la gestion de carrière des représentants du personnel et la valorisation de leurs compétences.

Ces sujets apparaissent d'autant plus prégnants aujourd'hui que la durée des mandats est désormais limitée : les ressources humaines et le management doivent donc s'en saisir. C'est chose faite chez Fnac Darty où la majorité du management a été sensibilisée à la gestion de la carrière des représentants du personnel grâce à une formation dédiée que nous avons organisée à l'issue des accords signés.



Par Vincent MARTY et Cécile PAYS, avocats du cabinet Hoche Avocats

Cette question, comme l'a souligné Fabrice ROSA, était auparavant juridiquement traitée de manière quasi-exclusivement « négative » - sauf peut-être pour les entretiens spécifiques des salariés titulaires d'un mandat (*C. trav., art. L. 2141-5*) (6) - avec pour objectif une obligation générale d'égalité de traitement et d'absence de discrimination. Dès lors, ce sujet revenait de manière assez fréquente dans le cadre de contentieux individuels.



Aujourd'hui, ce sujet devra être au cœur des dispositifs RH et ce bien plus qu'auparavant tant au regard des nouvelles dispositions légales que de l'inquiétude des partenaires sociaux liée à la réduction du nombre de mandats successifs à compter de la première mise en place du CSE (*C. trav., art. L. 2314-33*). Au regard de cette réduction, un nombre important de mandats ne sera pas renouvelé. Dès lors, au-delà des questions d'adaptabilité au poste de travail, d'entretien professionnel, d'égalité de traitement, la question de la prise en compte des connaissances et des compétences acquises par les représentants du personnel dans leur parcours professionnel sera cruciale. Cette problématique risque de se poser avant même que n'intervienne l'interdiction de se présenter à un quatrième mandat successif, puisque nous avons constaté parmi nos clients que certains salariés qui avaient déjà effectué de nombreux mandats et qui s'approchaient de la retraite n'avaient pas déposé leur candidature aux élections du CSE. La mise en place du CSE pourrait donc être l'occasion d'assister à un véritable renouvellement du paysage syndical et représentatif au sein des entreprises, impliquant des difficultés immédiates dans la gestion « de l'après » pour les élus sortants.

Le devenir des élus doit donc être partie intégrante des accords CSE, ce qui ressort des premiers accords publiés. Ce point fait partie des éléments « innovants » de ces accords, alors même que les commentateurs sont unanimes pour indiquer qu'il y a trop peu d'innovation sur le reste des thèmes de négociation.

Certaines entreprises avaient néanmoins d'ores et déjà traité ce point de manière plus positive notamment via le plan de formation, le suivi de carrière et la rémunération. Pour ces entreprises, la nouvelle réglementation n'est pas en soi une modification profonde de la gestion des carrières des représentants du personnel. Ainsi, comme le souligne Frédérique Giavarini, la négociation de l'accord dialogue CSE est surtout pour ces dernières l'occasion de valoriser les compétences acquises et d'adapter l'existant aux nouvelles dispositions législatives.

Pour les autres entreprises qui n'auraient pas encore traité cette question, cette absence de disposition conventionnelle risque d'être un élément épineux dans le cadre de contentieux liés aux discriminations syndicales et/ou à l'égalité de traitement. Or, il est important également de rappeler que ces éléments sont des cas de nullité entraînant l'exclusion du barème *Macron* quant à l'indemnisation d'un salarié dont le contrat serait rompu.

(1) V. *Rapp. par J.-D. Simonpoli et G. Gateau remis à Muriel Pénicaud, févr. 2018*.

(2) Le salarié titulaire d'un mandat peut d'ailleurs invoquer comme une discrimination l'absence d'organisation d'entretien professionnelle, V. *Cass. soc., 29 juin 2011, n° 10-15.792 : JurisData n° 2011-012761*.

(3) V. *Cass. soc., 25 nov. 2015, n° 14-14.422 : JurisData n° 2015-026333*, « l'employeur avait pris en considération l'exercice d'une activité syndicale par la salariée pour arrêter ses décisions en matière d'avancement, de rémunération, de conduite et de répartition du travail, ce qui caractérisait une discrimination syndicale ».

(4) Moyennant quelques correctifs résultant de l'article 5 de l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 (*JO 23 sept. 2017, texte n° 31*).

(5) V. *Cass. soc., 23 févr. 2005, n° 02-47.433*.

(6) Tel que modifié par la loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi (*JO 18 août 2015, p. 14346*).



## 12 TROIS QUESTIONS/ RÉPONSES RELATIVES AU BARÈME MACRON

### Les nouveaux enjeux de la procédure prud'homale et de la procédure de licenciement

1. Les barèmes d'indemnisation instaurés par l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 sont-ils valides eu égard au droit international (analyse et portée des décisions récentes rendues par plusieurs Conseil de prud'hommes) ?



Par Frédéric GUIOMARD, professeur à l'Université Toulouse 1 Capitole

Le mécanisme de « barémisation » des indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse prévu par l'article L. 1235-3 montre le caractère fragile de la promesse d'une « sécurisation » des entreprises face à la contestation des licenciements injustifiés.

La fixation d'un barème rigide, d'un tarif fixé à l'avance, s'avère d'une portée incertaine, malgré le blanc-seing conféré par le Conseil constitutionnel et l'absence de réserve du Conseil d'État quant aux engagements internationaux de la France. Certains ont pu s'étonner que de simples juges prud'hommes ne se soumettent pas à une telle appréciation. La compatibilité de tels barèmes avec des principes juridiques supérieurs n'a pourtant rien d'une évidence.

Le Conseil constitutionnel a fait preuve d'un incompréhensible recul sur le terrain du droit à réparation intégrale : il apparaît dès lors que les normes internes ne sont pas celles qui feront obstacle à la mise en œuvre de ces règles.

Le Conseil d'État a eu une position somme toute plus prudente au regard des normes internationales. Se prononçant dans le cadre d'une procédure de référé, il a considéré que le principe d'un barème n'était pas incompatible avec les normes internationales, en particulier l'article 24 de la Charte sociale européenne tel qu'interprété par le Comité européen des droits sociaux (1). Comme le Professeur Jean Mouly l'a montré (2), les décisions rendues par ce dernier font peser un doute sérieux sur la compatibilité des dispositions de l'ordonnance avec l'article 24 (3), texte auquel le Conseil d'État a déjà accepté de donner un effet direct dans le droit français (4).

Si le principe du plafonnement n'est pas complètement incompatible avec le respect du droit à une réparation adéquate, c'est à la condition que l'État puisse montrer que des mécanismes complémentaires tels que le droit de la responsabilité civile puissent compléter de façon effective le plafonnement dans les cas où le barème ne permet pas de satisfaire le droit à réparation intégrale.

Les différents jugements prud'hommes qui sont aujourd'hui rendus permettent d'éprouver cette situation et d'observer les effets d'un plafonnement des indemnités sur le droit à indemnisation.

Certains jugements ont parfois appliqué le barème, et l'ont d'autres fois écarté en raison de son incompatibilité avec les normes internationales (5). Il serait vain d'opérer un décompte : la conformité au droit international ne se mesurera pas en nombre de décisions rendues dans un sens ou dans l'autre.

Il est par contre intéressant de confronter les décisions avec les situations factuelles rencontrées par les juridictions. Les décisions par lesquelles les conseils de prud'homme font le choix de s'affranchir du barème sont toujours celles pour lesquelles la stricte application de celui-ci conduit à une situation qui montre le caractère très insuffisant de la réparation, en particulier en présence de salariés ne disposant que de peu d'ancienneté (par exemple, en cas de requalification des CDD), ou licenciés en méconnaissance flagrante du droit. Ces circonstances font apparaître le caractère très réducteur d'un barème qui ne s'appuie que sur la dimension de l'ancienneté pour déterminer la réparation. Conformément aux pratiques anciennes des prud'hommes, les indemnisations proposées ne sont pas marquées par des montants très élevés.



Ces jugements sont-ils appelés à faire jurisprudence ? Nul ne peut le prédire. La Cour de cassation pourrait faire le choix d'une lecture peu audacieuse du texte et de l'influence du droit international, à l'instar du Conseil d'État. À l'inverse, il existe de bonnes raisons de penser que l'autorité juridique acquise par le Comité européen des droits sociaux, qui est parvenu à s'imposer par sa grande expertise juridique, ne pourrait manquer de l'influencer dans ses choix interprétatifs, d'autant que d'autres cours supérieures comme en Italie ont déjà accepté de franchir le pas (6). La mode de la réforme du marché du travail semble par ailleurs s'émuousser dans un contexte social et international fragile.

Dans l'immédiat, cette situation va affaiblir la promesse de sécurisation portée par le Gouvernement. Tant que la Cour de cassation ne sera pas prononcée, le risque est celui d'une division des juridictions, au gré des particularités des affaires. Certaines vont sans doute appliquer le barème, d'autres vont l'écarter, quand d'autres, conformément à la suggestion du Professeur Dockès, vont tenter de le contourner par référence aux règles de la responsabilité civile et à la théorie de l'abus de droit (7).

On ne peut, dans ce contexte, que souhaiter une saisine pour avis de la Cour de cassation pour remédier aux incertitudes juridiques, encore que la situation pourrait se compliquer en cas de désaveu ultérieur de la position de la Cour de cassation par le Comité européen des droits sociaux.

L'ensemble de la situation promet des nœuds à contentieux et des recours encore plus nombreux contre les décisions rendues.



Par Audrey TAPIÉ, DRH adjointe d'Universcience

Les ordonnances *Macron* s'étaient assignées pour objectif, s'agissant du contentieux individuel, de sécuriser les entreprises, en particulier d'un point de vue économique et de favoriser, par voie de conséquence, le recrutement de salarié.e.s. Il est permis de penser que ces deux points ne sont pas nécessairement liés mais tel était en tout cas le but affiché de la réforme.

La pratique montre qu'il est encore trop tôt pour dresser un bilan de ces ordonnances dans le domaine du contentieux individuel, en raison non seulement des résultats contrastés mais également des incertitudes juridiques qui subsistent sur leur mise en œuvre, ainsi que le soulignent Maître Schlupp et Monsieur le Professeur Guiomard, constat que nous ne pouvons que partager.

S'agissant en premier lieu de la question de l'inconventionnalité des barèmes, dont on sait qu'elle a déjà été retenue par plusieurs décisions qui ont reçu une large publicité, cette argumentation n'a pas été pour l'heure invoquée par les salariés de notre entreprise dans le cadre des contentieux en cours liés à la rupture du contrat de travail.

Tant que la Cour de cassation n'aura pas tranché ce point, il est à craindre que des décisions divergentes se multiplient. Il en résulte une grande insécurité juridique pour les praticiens et une difficulté incontestable à construire une stratégie contentieuse.

Compte tenu du caractère récent des décisions rétives à appliquer ce barème, il paraît peu probable que la Cour de cassation soit amenée à se prononcer avant deux ans, ce qui, par un « effet boomerang », va plutôt être de nature à inciter les salariés à multiplier les contentieux, ce qui n'est pas le moindre des paradoxes lorsque l'on se rappelle que le but des ordonnances était précisément de le réduire. Seul un avis de la Cour de cassation serait à même de lever des incertitudes.

Dans l'intervalle, pour les entreprises qui ont à mener des procédures de rupture de contrat de travail ou des dossiers contentieux en cours sur ces sujets, la situation est donc peu sereine et incertaine, ce qui laisse à penser que dans un grand nombre de cas, elles pourraient préférer avoir recours à des procédures de rupture amiable pour limiter le risque contentieux.

La recherche de solutions par des règlements amiables avant tout contentieux semble la plus adaptée pour les employeurs dans la majorité des situations, dans le champ du barème ou hors barème, sauf divergence manifeste d'appréciation entre les parties, après analyse des situations individuelles remontées, de sorte que le contentieux ne devienne que l'ultime recours.

En définitive, en pratique, on ne peut que regretter que la « barémisation » mise en œuvre par les ordonnances ne sécurise pas encore les entreprises ni sur le risque contentieux lié à la rupture du contrat de travail ni sur le coût économique induit et crée des écarts d'appréciation entre les différents ressorts, ce qui constituait pourtant l'esprit de ces dispositions.





Par Marie-Sophie SCHLUPP, avocat du cabinet Hoche Avocats

En préambule, il convient de préciser que plus d'un an après l'entrée en vigueur de la « barémisation » des indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, nous disposons au sein du cabinet de très peu de décisions portant sur des licenciements prononcés à compter du 24 septembre 2017, compte tenu des délais de traitement des affaires par les juridictions, et ce, malgré la baisse significative du contentieux prud'homal.

En pratique, avec l'entrée en vigueur des ordonnances puis la décision du Conseil constitutionnel du 21 mars 2018, la mise en place du barème d'indemnisation semblait « bon an mal an » être acceptée par les avocats de salariés à la faveur d'une stratégie consistant à réinventer le contentieux prud'homal en repensant le fondement des demandes principales comme accessoires pour, soit déroger aux barèmes avec des licenciements frappés de nullité, soit multiplier les demandes de dommages et intérêts pour compenser le cas échéant le « manque à gagner » imposé par le barème. Cette stratégie a manifestement été privilégiée à celle d'une opposition frontale à l'application du barème.

En effet, malgré la diffusion par le Syndicat des Avocats de France (SAF), le 6 février 2018, de son argumentaire contre le plafonnement des indemnités prud'homales (8), je n'avais jamais été confrontée, dans ma pratique contentieuse, à des arguments relatifs à l'inconventionnalité des barèmes fondés sur l'article 10 de la Convention OIT n° 158 et l'article 24 de la Charte sociale européenne dans les écritures de mes contradicteurs.

Par ailleurs, j'ai même constaté une forme d'« excès de zèle » de la part de certains conseils de prud'hommes qui ont eu tendance à appliquer les barèmes dans les litiges antérieurs à l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 22 septembre 2017.

Mon impression a été confortée par les premières décisions rendues en la matière, et notamment par le conseil de prud'hommes du Mans qui, dans son jugement rendu le 29 septembre 2018, avait refusé d'appliquer l'article 24 de la Charte sociale européenne et avait jugé que le barème était conforme à la Convention OIT n° 158 (9). Puis, le conseil de prud'hommes de Saint-Quentin s'est déclaré incompétent pour statuer sur la conventionalité des barèmes et avait invité le demandeur à saisir la CJUE d'une question préjudicielle (10).

Par la suite, au fur et à mesure que les affaires soumises aux nouvelles règles d'indemnisation ont afflué vers les juridictions, nous avons assisté à l'émergence d'un mouvement de résistance des juges du fond à Troyes (11), Lyon (12), Grenoble (13), Amiens (14) et Angers (15) consistant à refuser l'application du barème aux motifs, en substance, qu'il serait contraire aux engagements internationaux de la France. Dans le contexte social particulièrement difficile auquel le Gouvernement est confronté depuis la mi-novembre 2018, ces décisions ont été très largement diffusées et commentées tant dans la presse générale que spécialisée. C'est pourquoi, à mon sens, la portée de ces décisions doit certainement être relativisée. À l'évidence, ces décisions n'auraient pas connu une médiatisation aussi large sans le mouvement des « gilets jaunes ».

Par conséquent, ce n'est que depuis quelques semaines, que je vois apparaître des arguments fondés sur l'inconventionnalité du barème soit dans les écritures de mes contradicteurs, soit dans les plaidoiries à la barre, voire même à l'occasion de négociations transactionnelles. Il est certain que ces arguments vont être repris de plus en plus fréquemment jusqu'à ce que la Cour de cassation ne tranche définitivement cette question. Les avocats de salariés auraient tort de s'en priver.

La médiatisation massive de ces décisions a également eu un effet direct sur nos clients, dont les inquiétudes se sont soudainement accrues, et qui nous interrogent régulièrement sur la portée de ces décisions et les risques encourus concernant les procédures en cours.

Si pour bon nombre de commentateurs (16), ce mouvement de résistance face au barème ne repose sur aucun fondement juridique tangible dans la mesure où l'applicabilité directe de la Charte sociale européenne dans les litiges entre justiciables est très contestable, et que la plupart des pays signataires de la Convention OIT n° 158 ont instauré des barèmes parfois plus contraignants et laissant moins de marge d'appréciation au juge que le barème français, il est à noter que dernièrement, et pour la première fois, une formation de départage présidée par un juge professionnel, s'est également écartée de l'application du barème (17).

Cette décision émanant d'un juge professionnel a forcé une portée plus large et permet à certains d'espérer que quelques cours d'appel, du moins, s'opposeront également à l'application du barème.

Si la sécurisation des relations de travail voulue par le Gouvernement permet certes de simplifier et d'accélérer les procédures en unifiant les décisions rendues sur l'ensemble du territoire national - voire peut-être même, comme ce dernier l'espère, de faciliter à terme les embauches - elle entraîne également des effets pervers puisqu'avec l'instauration des plafonds, certains employeurs de mauvaise foi se sentent autorisés à adopter des comportements manifestement abusifs vis-à-vis de salariés fragilisés ayant acquis une faible ancienneté, et à la lecture des décisions précitées, ce sont justement ces abus qui sont sanctionnés par les juges du fond, qui refusent dans certains cas appliquer les barèmes.

En effet, en voulant sécuriser le coût inhérent à la rupture du contrat de travail pour des raisons économiques, le Gouvernement a pris le risque de s'éloigner de la conception philosophique du droit du travail visant à protéger « la partie faible » au contrat de travail. Reste à savoir si ce risque sera compensé par une baisse effective du chômage à l'aune des autres réformes sociales en cours comme en matière de formation professionnelle.

Je rejoins l'analyse du Professeur Guimond et constate qu'en réalité les juges du fond tentent de combler les imperfections du barème qui n'est pas adapté à toutes les situations d'espèce notamment lorsqu'aucune atteinte aux libertés fondamentales, ne peut être invoquée par le salarié qui justifie d'une faible ancienneté, pour déroger à son application.



Au demeurant, la portée de ces décisions que l'on pourrait qualifier de « moralisatrices » dans la mesure où elles viennent sanctionner la mauvaise foi d'employeurs face à certaines catégories de salariés fragilisés, semble somme toute limitée.

En effet, on observe, dans la majorité des cas, une stabilité des quantum de condamnations prononcées depuis l'entrée en vigueur des ordonnances puisque le barème avait justement été élaboré sur la base de la pratique judiciaire préexistante.

En définitive, je doute que ce mouvement de résistance n'aboutisse à la suppression du barème mais il a le mérite de poser la question de la nécessité ou non de procéder à son adaptation.

Ainsi, on pourrait imaginer une revalorisation des planchers et plafonds d'indemnisation pour laisser une marge de manœuvre plus importante au juge visant à garantir les principes de juste indemnisation du salarié et d'effet dissuasif de la sanction, conformément aux dispositions de l'article 10 de Convention OIT n° 158 et de l'article 24 de la Charte sociale européenne.

(1) V. CE, 7 déc. 2017, n° 415243, n° 6.

(2) V. J. Mouly, *Le plafonnement des indemnités de licenciement injustifié devant le Comité européen des droits sociaux. Une condamnation de mauvais augure pour la « réforme Macron »* : Dr. soc. 2017, p. 745.

(3) V. spéc. Déc. CEDS, 8 sept. 2016, n° 106/2014, *Finnish Society of Social Rights c/ Finlande*.

(4) V. CE, 7<sup>e</sup> et 2<sup>e</sup> ss-sect. réunies, 10 févr. 2014, n° 358992, Fischer.

(5) V. Écartant le barème, Cons. prud'h. Troyes, sect. activités diverses, 13 dec. 2018, n° F 18/00036. - Cons. prud'h. Lyon, sect. activités diverses, 21 déc. 2018, n° F 18/01238. - Cons. prud'h. Lyon, 7 janv. 2019, n° F 15/01398. - Cons. prud'h. Amiens, sect. commerce, 19 déc. 2018, n° F 18/00040. - Cons. prud'h. Amiens, 24 janv. 2019, n° 18/00093. - Cons. prud'h. Grenoble, 18 janv. 2019, n° F 18/00989. - Cons. prud'h. Angers, 17 janv. 2019, n° F 18/00046. - Cons. prud'h. Agen, 5 févr. 2019, n° 18/00049 (départage). - Admettant l'application du barème, V. Cons. prud'h. Caen, 18 déc. 2018, n° 17/00193 (départage). - Cons. prud'h. Le Mans, 26 sept. 2018, n° F 17/00538.

(6) V. C. Alessi et T. Sachs, *La fin annoncée du plafonnement de l'indemnisation du licenciement injustifié : l'Italie montre-t-elle la voie ?* : RDT 2018, 802.

(7) V. Cons. prud'h. Angers, 17 janv. 2019, préc., se basant sur le licenciement vexatoire. - V. E. Dockès, *Le retour du licenciement abusif* : Dr. soc. 2018, p. 541. - Sur la controverse engagée avec J. Mouly, *La réactivation de la théorie du licenciement abusif. Un expédient illusoire au plafonnement des indemnités prud'homales* : Dr. soc. 2018, p. 824.

(8) V. SAF, 6 févr. 2018 : « Argumentaire à disposition des salariés, des défenseurs syndicaux et des avocats contre le plafonnement prévu par le nouvel article L. 1235-3 du Code du travail sur la réparation intégrale du préjudice et l'inapplicabilité du plafond de l'article L. 1235-3 du Code du travail en raison de son inconventionnalité ».

(9) V. Cons. prud'h. Le Mans, 26 sept. 2018, préc.

(10) V. Cons. prud'h. Saint-Quentin, 10 sept. 2018.

(11) V. Cons. prud'h. Troyes, 13 dec. 2018, préc.

(12) V. Cons. prud'h. Lyon, 21 déc. 2018, préc. - Cons. prud'h. Lyon, 7 janv. 2019, préc.

(13) V. Cons. prud'h. Grenoble, 18 janv. 2019, préc.

(14) V. Cons. prud'h. Amiens, sect. commerce, 19 déc. 2018, préc.

(15) V. Cons. prud'h. Angers, 17 janv. 2019, préc.

(16) V. par ex., 5QB Avocats, *E questions : la conventionalité des barèmes d'indemnisation prud'homale* : JCP S 2018, act. 160.

(17) V. Cons. prud'h. Agen, 5 févr. 2019, préc. (départage).

## 2. Quelle est l'incidence de la mise en place des barèmes d'indemnisation et de la réforme de la procédure prud'homale introduite par les ordonnances sur l'évolution du contentieux prud'homal ?



Par Frédéric GUIOMARD, professeur à l'Université Toulouse 1 Capitole

Les statistiques montrent un effondrement rapide des contentieux prud'homaux : près de 45 % de saisines en moins entre 2015 et 2017 ; celles de l'année 2018 ne sont pas connues mais la presse régionale a fait part de la poursuite à la baisse des demandes devant différents conseils de prud'hommes : la baisse atteindrait alors plus de 50 % en quatre ans.

Les ordonnances Travail ne sont donc pas à l'origine de cette diminution du volume contentieux, mais elles contribuent à entretenir un tel mouvement. Les causes de cette diminution ne sont pas clairement établies. Elles sont le produit d'un cumul de facteurs : la formalisation croissante des procédures depuis les réformes de 2015, le déploiement des formes de rupture amiable, la précarisation croissante d'une partie des salariés qui ont de moins en moins de droits à faire valoir en justice.

Peut-on penser que la « barémisation » va à son tour peser sur cette pression à la baisse du contentieux ? L'hypothèse est crédible, mais il faudrait analyser de manière plus fine ces contentieux (ce que ne permettent pas les statistiques judiciaires).

Les barèmes peuvent avoir des incidences différentes selon les publics.

Ils peuvent inciter au règlement amiable les affaires concernant des salariés disposant d'une ancienneté plus longue et dont les litiges sont moins complexes : l'article L. 1235-3 permet en ce cas de définir des montants dont le montant, jusqu'à 20 mois de salaire, fournissant l'horizon d'un accord. Le barème permet alors de stabiliser une partie déjà importante de différends réglés par voie amiable.

À l'opposé, le barème va dissuader les salariés qui ont une faible ancienneté de faire valoir leurs droits en justice. Les affaires jugées montrent que les actions en requalification des CDD sont très impactées par de telles dispositions.



Resteront enfin les litiges les plus complexes et les plus conflictuels, dans lesquels les salariés peuvent invoquer la violation de libertés fondamentales, des faits de harcèlement ou de discrimination, non soumis à barème, pour lesquels les salariés peuvent trouver davantage de matière à contentieux. On peut par ailleurs imaginer que la fermeture de la voie de la contestation sur le préjudice de perte d'emploi pourrait inciter à mettre en avant des questions qui jusqu'alors étaient absorbées par la réparation des licenciements sans cause réelle et sérieuse : atteinte à la santé et à la sécurité, harcèlement, discrimination, inégalité de traitement, etc. En ce cas, la réforme, en fermant la voie à une part significative de litiges sur la rupture, déplacerait les objets de contestation vers de nouveaux objets, qui jusqu'ici n'étaient invoqués que de façon résiduelle, l'essentiel du contentieux étant celui de la rupture du contrat de travail.

Si ces hypothèses sont vérifiées, le barème aurait pour effet principal de dissuader les salariés dans les situations les plus précaires de se prévaloir de leurs droits, ce qui est à l'évidence problématique.

Les réformes du droit du licenciement et du droit de la procédure prud'homale conduisent au total à rendre plus difficile l'accès au juge, au détriment des personnels disposant des droits les plus faibles.

Il n'est par ailleurs pas sûr que les entreprises parviennent mieux à maîtriser le risque de contentieux du fait de la persistance de litiges plus complexes qui, par nature, échappent à la « barémisation », et à d'autres objets de contestation, peut-être plus imprévisibles encore que celle de la rupture.



Par Audrey TAPIÉ, DRH adjointe d'Universcience

S'agissant en deuxième lieu de l'impact des barèmes d'indemnisation et de la réforme des procédures prud'homales sur l'évolution du contentieux, il semble impossible de donner une réponse univoque pour l'ensemble des entreprises.

En effet, l'activité contentieuse d'une entreprise dépend non seulement des actions des salarié.e.s et/ou des organisations syndicales qui les représentent lorsqu'elles existent, mais également de la taille des entreprises concernées.

Pour les grandes entreprises, le risque contentieux est provisionné et la durée d'une procédure n'a en général qu'un impact marginal sur le fonctionnement de la société. De ce point de vue, ni la « barémisation » ni la réforme de la procédure prud'homale ne semble de nature à modifier profondément la gestion du contentieux individuel.

Dans les entreprises de taille plus modeste, en revanche, le coût et la durée d'une procédure peuvent revêtir un aspect déterminant pour la pérennité de celles-ci. Mais en raison des incertitudes liées à la mise en œuvre des barèmes qui viennent d'être rappelées, les ordonnances *Macron* n'ont guère sécurisé ces entreprises dans leur appréhension et leur gestion du contentieux.

C'est dire qu'en pratique, à ce jour, la réforme n'a pas modifié en profondeur la gestion du contentieux par les sociétés, quelle que soit leur taille.

Si la réforme issue de la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques du 6 août 2015 avait manifestement exercé une influence sur le volume du contentieux entraînant une nette diminution de celui-ci, comme le soulignent fort justement Monsieur le Professeur Guiomard et Maître Schlupp, notre entreprise n'a pas constaté un même phénomène à la suite de la mise en place des ordonnances *Macron* en matière contentieuse. Mais il est sans doute encore trop tôt pour tirer des enseignements fiables sur l'évolution du contentieux.

S'agissant en particulier de notre entreprise, nous observons un double mouvement, qui peut paraître paradoxal.

S'agissant en particulier de notre entreprise, nous observons un double mouvement, qui peut paraître paradoxal. D'une part, une diminution importante d'actions contentieuses liées à la rupture du contrat de travail au profit du développement de modes de rupture amiable, notamment par le recours aux ruptures conventionnelles, aux transactions qui permettent, de gré à gré, soit d'appliquer en dehors de toute procédure contentieuse l'application des barèmes fixés par les ordonnances *Macron*, soit de trouver un accord pour les majorer pour augmenter le niveau d'indemnisation des salariés concernés. Il convient également de noter que, pour l'heure, ce type de demandes, lorsqu'elles émanent de salarié.e.s, viennent de ceux/celles qui ont peu d'ancienneté et pour lesquels le barème est le moins avantageux. D'autre part, en pratique, la stigmatisation liée au mode de rupture et à un éventuel contentieux de même que le bénéfice d'une indemnisation au titre du chômage semble revêtir une importance particulière pour ces salariés.

Pour l'entreprise, la nécessaire limitation des coûts liés au contentieux (honoraires, suivi des procédures, provisions pour contentieux), l'attention portée à son image et la considération de cet élément comme indicateur du climat social sont également toujours déterminants.

Pour ce qui concerne les contentieux engagés liés à la rupture du contrat de travail avant l'entrée en vigueur des ordonnances, nous constatons, en revanche, un développement de chefs de demandes non liés à la « barémisation », notamment pour ce qui concerne les demandes de dommages et intérêts pour préjudice moral. L'incitation au recours aux procédures de médiation judiciaire devant les cours d'appel semble également être une voie intéressante pour mettre un terme, à l'amiable, à ces contentieux.

D'autre part, en parallèle, nous constatons, à l'inverse de la tendance nationale, un développement sensible des contentieux individuels, pour des salarié.e.s en poste, hors de toute rupture du contrat de travail, avec une ancienneté importante, se fondant sur des questions de discrimination, de rupture d'égalité de traitement, de reconnaissance de préjudice moral... avec des chefs de demande et des évaluations associées d'un montant extrêmement important.

Le développement de ce type de contentieux semble lié, d'une part, au fait que ces sujets ne sont nullement visés par la « barémisation » mise en place par les ordonnances et, d'autre part, à la volonté politique parallèle de mettre en exergue, au sein des entreprises, la question globale du nécessaire respect de la notion d'égalité de traitement et d'inclusion de nombreux salarié.e.s (égalité femmes/hommes, politiques en faveur de l'insertion des personnels en situation de handicap, prévention des harcèlements sexuel et moral, etc.).

Il est encore trop tôt pour affirmer que ce type de contentieux est lié ou non à l'application des ordonnances et à la « barémisation » ou s'il s'agit d'un « phénomène de mode » lié à l'actualité réglementaire sur les questions d'égalité au sens large et aux modes de règlement induits en interne par les entreprises pour engager des mesures correctives, le cas échéant.



Ceci implique, cependant, une attention particulière de la part des entreprises compte tenu des coûts induits qui, hors « barémisation », sont nécessairement bien plus lourds économiquement, d'autant qu'ils concernent un nombre de salarié.e.s en poste bien plus important et un effet en terme d'image qui peut s'avérer stigmatisant.

Enfin, on peut voir dans les effets plus indirects des ordonnances *Macron* une limitation du contentieux en amont par le développement du recours aux procédures négociées (ruptures conventionnelles, transactions, procédures de médiation, etc.).



Par Marie-Sophie SCHLUPP, avocat du cabinet Hoche Avocats

L'instauration des barèmes a eu pour effet de modifier en profondeur le contentieux prud'homal et de favoriser le recours à la négociation. En effet, concernant l'évolution du contentieux prud'homal, j'ai constaté une multiplication des stratégies en demande pour tenter d'échapper aux plafonds prévus par les barèmes.

Ainsi, comme on pouvait s'y attendre, on assiste à une recrudescence des demandes tendant à la reconnaissance de la nullité du licenciement notamment sur le terrain du harcèlement moral, de la discrimination ou encore de la violation d'une liberté fondamentale sur le fondement de l'article L. 1235-3-1 du Code du travail.

Comme annoncé, en préambule, à ce jour, nous n'avons pas assez de recul sur la pratique judiciaire postérieure à l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 et pouvons difficilement nous prononcer sur l'augmentation ou non des cas de reconnaissance de nullité des licenciements par les juridictions prud'homales.

Toutefois, à titre personnel, je constate une légère tendance des juridictions à reconnaître plus facilement l'existence d'une cause de nullité du licenciement permettant de déroger au barème, même si, à ce stade, il s'agit d'une première impression qui sera ou non confirmée dans les mois à venir.

Dans le même temps, on assiste à une véritable multiplication des demandes de condamnations à titre accessoire relatives à l'exécution du contrat de travail notamment sur le terrain de la violation de l'obligation de sécurité de résultat, de l'absence de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail ou de la déloyauté de l'employeur. À titre d'exemple, je constate, entre autres, une multiplication des demandes de dommages-intérêts pour violation des durées maximales du travail ou non-respect du repos quotidien ou hebdomadaire de travail en complément des demandes formulées au titre des rappel d'heures supplémentaires, ce qui était beaucoup plus rare auparavant.

Désormais, pour tenter d'échapper aux plafonds, les salariés fractionnent leurs demandes et les font reposer sur des fondements juridiques distincts alors qu'antérieurement à l'entrée en vigueur des ordonnances, il n'était pas rare qu'un salarié se borne à saisir le conseil de prud'hommes d'une seule demande pour licenciement sans cause réelle et sérieuse pouvant atteindre 12 mois, 18 mois, voire 24 mois de salaires.

Aujourd'hui, les salariés sollicitent automatiquement une indemnisation pour licenciement sans cause réelle et sérieuse égale au maximum prévu par le barème et multiplient les demandes accessoires pour, en définitive, atteindre le montant de la demande d'indemnisation pour licenciement sans cause réelle et sérieuse qu'ils auraient formulée en l'absence d'application des barèmes, ce qui revient à complexifier les procédures.

Ces nouvelles pratiques, semblent recevoir un écho plutôt favorable des juridictions qui ont tendance à accorder plus facilement des dommages-intérêts reposant sur des demandes accessoires que précédemment.

Dans le même temps, avec le revirement de jurisprudence intervenu le 13 avril 2016 (1) relatif à « l'abandon de la notion de préjudice nécessairement constitué », on constate que les juridictions sont plus exigeantes envers les salariés en ce qui concerne la démonstration du préjudice qu'ils invoquent à l'appui de leurs demandes.

En effet, si auparavant, il n'était pas rare qu'aucune pièce ne soit produite en demande sur la démonstration du préjudice lié au licenciement sans cause réelle et sérieuse, hormis des justificatifs de prise en charge par Pôle Emploi, les juges s'étonnent aujourd'hui de ne pas voir les salariés produire tous les éléments nécessaires à la justification des préjudices invoqués à l'appui de leurs demandes : factures, avis d'imposition, attestations de témoins, document bancaires, échéancier de prêt, etc.

Par ailleurs, préalablement, le décret du 20 mai 2016 (2) était venu imposer la saisine de la juridiction prud'homale par voie de requête motivée en fait et en droit afin d'encadrer et d'alléger la procédure prud'homale. Si l'efficacité de cette mesure sur le déroulement de la procédure prud'homale est incontestable, elle a aussi pour effet de rendre très difficile l'accès à la juridiction prud'homale pour les salariés sans être assistés d'un professionnel. Cette réforme a sans aucun doute eu un effet dissuasif sur les justiciables, notamment devant la formation de référés, où le nombre d'affaires a chuté de plus de 50 % devant le conseil de prud'hommes de Paris.

Se pose alors la question de l'accès effectif au juge prud'homal, notamment des salariés les plus fragilisés.

Là encore, si les ordonnances ne sont pas à l'origine des difficultés d'accès au juge prud'homal, elles sont venues renforcer ces difficultés notamment en divisant par deux le délai de prescription de l'action portant sur la rupture du contrat de travail qui est passé à 12 mois à compter de la notification de la rupture (*C. trav., art. L. 1471-1*).

Cependant, cette réduction du délai de prescription est venue renforcer la sécurisation des relations de travail et a donc permis aux entreprises de gagner en efficacité tout en harmonisant l'ensemble des délais de contestation de la rupture du contrat de travail : jusqu'alors le délai de prescription était de 2 ans en matière de licenciement mais d'un an en matière de licenciement économique et de contestation de la rupture conventionnelle.

Enfin, la baisse du contentieux prud'homal a eu pour corollaire le développement de la négociation transactionnelle ou amiable.



En effet, le mouvement de sécurisation des relations de travail introduit par les ordonnances a également eu pour effet de favoriser, un peu plus, le recours à la négociation transactionnelle, ce qui permet à l'entreprise de maîtriser parfaitement le coût financier de la rupture du contrat de travail et d'éviter à chaque partie les aléas d'une procédure prud'homale qui demeure longue - même si les délais de traitement des affaires ont considérablement été réduits ces dernières années - et coûteuse.

On assiste également à une augmentation du nombre d'homologation d'accords amiables devant le bureau de conciliation et d'orientation (*C. trav.*, art. R. 1471-1) grâce à l'instauration d'un régime social et fiscal incitatif.

(1) *V. Cass. soc.*, 13 avr. 2016, n° 14-28.293 : *JurisData* n° 2016-006999.

(2) *D.* n° 2016-660, 20 mai 2016 relatif à la justice prud'homale et au traitement judiciaire du contentieux du travail : JO 25 mai 2016, texte n° 30.

### 3. Quel est l'impact des mesures relatives à la sécurisation de la procédure de licenciement (allègement de la motivation de la lettre de licenciement et mise en place de modèles types de lettre de licenciement) ?



Par Frédéric GUIOMARD, professeur à l'Université Toulouse 1 Capitole

La portée des réformes, pour ce qui est de la procédure de licenciement est également incertaine, mais à un moindre degré. L'ordonnance modifie les règles de la motivation à travers la promotion de lettres types, et surtout amoindrit la sanction de l'imprécision de la motivation de la lettre de licenciement au regard de la jurisprudence antérieure.

La réforme de la motivation de la lettre de licenciement laisse d'abord dubitatif sur sa signification exacte : celle-ci devient-elle une simple formalité, nécessitant le recours à des formulaires standardisés ? La mise à disposition des Cerfa pourrait le laisser penser. La difficulté est alors de figer les explications sur la rupture autour de modèles préétablis, sans insister sur le sens de la motivation, qui est de faire connaître au salarié les raisons qui sont à l'origine de la rupture. La formalisation de cette exigence conduit à valoriser le fait d'avoir bien complété le bon formulaire, sans exiger d'engager un processus d'explication sur le bien-fondé de la rupture du contrat de travail.

Par exemple, l'annexe I du décret du 29 décembre 2017 sur le motif disciplinaire de rupture insiste sur l'indication de la matérialité des faits, et si le licenciement est prononcé pour faute grave la mention du maintien impossible du salarié dans l'entreprise. Il n'est pas fait mention d'expliquer les raisons qui conduisent à considérer le fait comme fautif ou particulièrement grave pour l'entreprise.

Il n'est toutefois pas sûr que les entreprises y trouvent une sécurité accrue, la portée du respect de ces formulaires étant incertaine, il n'est jamais exclu que les juges y voient une motivation insuffisante. La prudence devrait donc les inciter à ne pas baisser le niveau d'exigence à l'égard de la teneur de la motivation.

Le mécanisme de la sanction du défaut de motivation est plus pernicieux. La sanction sur le fond des licenciements insuffisamment motivés est désormais limitée au cas où le salarié n'aurait pas demandé de précision (*C. trav.*, art. L. 1235-2). Le délai laissé au salarié est particulièrement bref : il doit agir dans les 15 jours de la notification du licenciement. On peut ici aussi comprendre que le législateur a privilégié une lecture très administrative du processus de licenciement, estimant que chacune des parties devait à tour de rôle et dans des délais stricts se prévaloir de ses droits. Les ordonnances ont volontairement cherché à affaiblir la portée que la jurisprudence avait donné à la procédure préalable de licenciement. Toutefois, la précision selon laquelle l'insuffisance de motivation ne prive pas « à elle seule » le licenciement de cause réelle et sérieuse ne met pas à l'abri les entreprises contre une telle sanction en cas de motivation erronée ni en cas de stratégie destinée à dissimuler les véritables motifs de la rupture.



Par Audrey TAPIE, DRH adjointe d'Universcience

S'agissant des mesures relatives à la sécurisation de la procédure de licenciement, notre entreprise n'a apporté aucune modification aux procédures déjà en place en ce qui concerne le licenciement ou la motivation de la lettre de licenciement. Nous n'avons pas eu recours au complément de procédure pour insuffisance de motifs et aucun salarié n'en a fait la demande.

Nous n'avons pas non plus recours aux formulaires Cerfa, qui ne couvrent pas tous les cas de rupture et qui nous semblent de surcroît être également quelque peu « abrupts » pour les salariés concernés, en raison de leur caractère stéréotypé et non personnalisé.

Il existe sans aucun doute une différence d'appréciation selon la taille des entreprises concernées. En effet, dans les entreprises de taille conséquente, qui possèdent une équipe juridique dédiée au suivi des problématiques de droit social et qui ont souvent recours à un cabinet de conseil extérieur, le risque lié à l'élaboration de la lettre de licenciement est maîtrisé, ce qui rend le recours au complément de motivation plus limité en pratique.



Il est alors permis de se demander si cette réforme est véritablement de nature à aider et faciliter les démarches des PME, entreprises principalement visées par ces modifications de procédures, qui ne disposent le plus souvent pas de ces moyens, d'une part, et qui ont également des contraintes économiques plus fortes s'agissant du risque contentieux encouru, d'autre part.

De manière pratique, les formulaires Cerfa établis ne me semblent pas non plus susceptibles de les aider puisque, comme le soulignent le Professeur Guiomard et Maître Schlupp, leur existence ne couvre pas tous les cas de rupture et leur publicité demeure assez modeste.

Le recours à des modes de rupture amiable, et en particulier la rupture conventionnelle, sans nécessité de motiver la cause de la rupture, en utilisant les formulaires Cerfa adaptés et en ligne, semble plus efficient et plus adapté d'un point de vue pratique et économique pour ces PME.

L'on peut également s'étonner de ce que nos organisations syndicales soient pour l'heure silencieuses sur ces sujets alors qu'elles conseillent le plus souvent les salariés dans leurs démarches ainsi qu'en cours de procédure. Mais il faut reconnaître, d'une part, qu'elles sont très mobilisées actuellement par la mise en place du CSE et par les nouvelles dispositions relatives à la négociation collective et, d'autre part, que le suivi des contentieux relève plus des compétences d'un cabinet d'avocats, compte tenu de la technicité des procédures en place.

En contrepoint, dans les entreprises de petite taille, où la représentation du personnel est souvent problématique et où les procédures sont peut-être moins bien maîtrisées, le risque lié à la rupture semble intact tant pour les entreprises que pour les salariés.

En conclusion, le constat est le même que pour l'impact des barèmes d'indemnisation : il existe ici encore une grande disparité entre grandes et petites entreprises : les premières n'ont pas changé leurs pratiques et jouissent de moyens leur permettant d'éviter la plupart des écueils quand les secondes, qui devaient bénéficier de la réforme en sécurisant leurs procédures, ne semblent pas encore disposer des instruments pour atteindre ce but.



Par Marie-Sophie SCHLUPP, avocat du cabinet Hoche Avocats

Dans notre pratique au sein du cabinet, aucun changement majeur n'a été observé en ce qui concerne la procédure de licenciement ou la motivation de la lettre licenciement.

En effet, comme le souligne le Professeur Taquet, la mise à disposition auprès des employeurs de modèles de lettres de notification de licenciement dans la volonté de sécuriser les relations de travail constitue certes « une intention louable » mais qui n'est pas dénuée de critiques (1). Outre le fait que ces modèles ne sont pas exhaustifs, dans la mesure où ils ne couvrent pas tous les cas de rupture du contrat de travail, il aurait sans doute été judicieux de proposer également un modèle de convocation à l'entretien préalable.

En pratique, s'est posée la question de faire figurer ou non dans la lettre de licenciement, la mention relative à la faculté pour le salarié de demander des précisions sur les motifs du licenciement dans les 15 jours de la notification du licenciement et la faculté pour l'employeur de prendre l'initiative de compléter la motivation de la lettre de licenciement dans les 15 jours dans la mesure où cette mention figure dans les modèles préétablis.

Par précaution, nous recommandons à nos clients de faire automatiquement figurer cette mention au sein de la lettre de licenciement dans la mesure où aucun texte ne précise quelle sanction est attachée à une omission de cette mention en cas de contentieux.

Dans l'immédiat, nous n'avons jamais été confrontés à une demande de précision des motifs du licenciement émanant d'un salarié. En outre, aucun de nos clients employeurs n'a pris l'initiative de préciser les motifs d'une lettre de licenciement notifiée seulement 15 jours auparavant...

Là encore, nous ne disposons pas du recul nécessaire, pour nous prononcer sur l'efficacité de ces nouvelles mesures mais il semblerait que les modèles de courriers de notification du licenciement n'aient pas encore convaincu les employeurs, en tous cas dans les PME. Peut-être n'ont-elles pas fait l'objet de suffisamment de publicité de la part du Gouvernement contrairement à d'autres mesures ?

De surcroît, l'efficacité juridique de ces modèles nous semble d'une portée limitée dans la mesure où les ordonnances ne viennent pas supprimer l'obligation de motiver le licenciement par des éléments factuels pour justifier de la réalité du motif de licenciement invoqué et au regard du sacro-saint principe jurisprudentiel qui édicte que « la lettre de licenciement fixe les limites du litige » (2) et qui, à notre sens, n'a pas été remis en question.

Certes, l'insuffisance de motivation du licenciement ne prive plus à elle seule, le licenciement de cause réelle et sérieuse (*C. trav.*, art. L. 1235-2, al. 3) (3), comme c'était le cas précédemment, mais un licenciement non motivé, et pas seulement insuffisamment motivé, s'analyse toujours en un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

(1) V. F. Taquet, *Modèles de lettres de notification de licenciement : une intention louable non dénuée de critiques* : JCP S 2018, act. 11.

(2) V. Cass. soc., 12 févr. 2014, n° 12-11.554 : *JurisData* n° 2014-002130.

(3) « A défaut pour le salarié d'avoir formé auprès de l'employeur une demande en application de l'alinéa premier, l'irrégularité que constitue une insuffisance de motivation de la lettre de licenciement ne prive pas, à elle seule, le licenciement de cause réelle et sérieuse et ouvre droit à une indemnité qui ne peut excéder un mois de salaire ».



## 13 TROIS QUESTIONS/ RÉPONSES AUTOUR DES NOUVEAUX OUTILS D'ANTICIPATION POUR L'ENTREPRISE

1. L'accord de performance collective répond-il enfin quant à son contenu et à ses modalités de conclusion au besoin de souplesse revendiqué par les entreprises ? Répond-il aussi au besoin de sécurisation des relations professionnelles ?



Par Fabrice ROSA, professeur à l'Université de Reims

Au sein du chapitre relatif aux « rapports entre conventions et accords collectifs de travail », des dispositions régissent successivement les conventions et accords collectifs de travail (*C. trav.*, art. L. 2254-1) et les accords de performance collective (APC) (*C. trav.*, art. L. 2254-2). Tandis que les premiers peuvent porter sur l'ensemble des matières relevant du droit social (*C. trav.*, art. L. 2221-1), les seconds sont conclus pour une série de motifs que le Conseil constitutionnel tient pour « spécifiques » (1).

De fortes incertitudes persistent cependant quant aux causes de recours aux APC. Aux termes de l'article L. 2254-2, l'accord peut être conclu « afin de répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou en vue de préserver ou de développer l'emploi ». Si les deux derniers objectifs peuvent être identifiés sans difficulté majeure, celui tiré des « nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise » nourrit en revanche la perplexité. Empruntée à l'article 4 de la Convention OIT n° 158 et à l'article 24 de la Charte sociale européenne, cette terminologie peut se comprendre de deux façons : soit qu'elle renvoie à l'exigence d'une contrainte objectivable ; soit qu'elle se réfère au contraire à la seule volonté des parties.

À ce sujet, le Conseil constitutionnel met en avant le pouvoir des partenaires sociaux « de déterminer, lors de la négociation de l'accord, les motifs liés au fonctionnement de l'entreprise justifiant d'y recourir et, à ce titre, de s'assurer de leur légitimité et de leur nécessité » (2). Ces motifs paraissent en première analyse accréditer la thèse d'un contrôle judiciaire de faible intensité.

Mais en quoi le motif serait-il « spécifique » s'il suffisait aux négociateurs de le consigner comme tel dans l'acte ? L'enjeu de la discussion n'est pas seulement d'ordre terminologique : en plaçant l'article L. 2254-1 en tête des dispositions consacrées aux rapports entre conventions et accords collectifs et contrat de travail, le législateur assigne à l'article L. 2254-2 une place de second rang. Il en fait donc un *texte dérogatoire* qui ne saurait autoriser la modification des contrats individuels de travail que dans le champ qui lui est assigné.

Cette donnée de structure conduit à penser que le juge devrait à tout le moins s'assurer, d'une part, que l'accord est conclu en vue de la réalisation d'un objectif identifié et vérifiable (gagner des parts de marché, faire face à la concurrence, améliorer la productivité, etc.) et, d'autre part, que les mesures sont pertinentes, c'est-à-dire qu'elles sont en rapport avec l'objectif affiché. Au reste, si le Conseil met en avant la liberté des parties à l'accord, c'est pour réfuter le grief d'imprécision de la loi, non pour fermer tout contrôle judiciaire. On en veut d'ailleurs pour preuve qu'il autorise expressément un contrôle judiciaire de « pertinence des motifs ayant justifié l'accord » (3).

Le juge ne saurait pour autant contrôler ni la justification ni la proportionnalité même des mesures. Ce serait en effet manquer à la doctrine du fameux arrêt SAT qui proscrie toute appréciation judiciaire de l'opportunité même des mesures arrêtées (4).

Un autre foyer de contestation pourrait concerner la mise en œuvre des APC. Le législateur dit, à quelques lignes d'écart, que leurs stipulations « se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail » et que le salarié peut faire connaître « son refus par écrit » dans le mois suivant la date à laquelle il a été informé de l'existence du contenu de l'accord et de son « droit (...) d'accepter ou de refuser l'application à son contrat de travail de cet accord » - formule d'autant plus significative que la version du texte antérieure à la loi du 29 mars 2018 se bornait à prévoir que le salarié « peut refuser la modification » de son contrat.



Qu'est-ce donc qu'un effet de « *plein droit* » qui dépend de la décision du salarié d'accepter ou de refuser l'*application* de l'accord - et non pas seulement la modification du contrat ? Au-delà de sa dimension théorique, ce sont les incidences pratiques du problème qui doivent être mieux maîtrisées. Si c'est son consentement qui devait déclencher l'application de l'accord, le salarié devrait en toute rigueur pouvoir invoquer et démontrer l'existence d'un éventuel vice du consentement ; il pourrait aussi, par son refus, s'opposer à l'application de l'accord y compris pendant la période d'exécution du préavis consécutive à son éventuel licenciement. Mais peut-être les dispositions signifient-elles simplement que l'accord s'applique automatiquement *en principe* au terme du délai d'un mois sauf opposition expresse du salarié. Quoi qu'il en soit, on le vérifie en cette matière aussi : l'objectif de sécurisation poursuivi par le législateur est tributaire d'indispensables réglages jurisprudentiels.



Par Safia BENLAKHAL, Labor & Employment Counsel Manager France BENELUX Maurice chez Accenture

Il est difficile de donner une réponse tranchée d'autant que peu d'accords ont été conclus à ce jour et qu'il n'y a pas beaucoup de retours d'expériences sur la mise en œuvre des APC. Nous n'avons pas envisagé de mettre en œuvre ce type d'accord au sein de notre entreprise. À mon sens, l'intérêt de mettre en œuvre un APC dépend du contexte de l'entreprise et de la manière dont les négociations sont appréhendées par les partenaires sociaux.

Sur le papier, l'APC paraît un outil intéressant, en particulier pour des entreprises qui ont besoin de s'adapter rapidement et avec plus d'agilité à l'évolution de l'activité économique en dehors de tout contexte de difficultés économiques. Ceci est notamment vrai dans le secteur du numérique et du conseil dont les métiers évoluent très rapidement. L'APC pourrait s'inscrire dans (mais non remplacer) la mise en place d'une politique de gestion prévisionnelle des emplois et compétences afin d'anticiper l'évolution des métiers du numérique et assurer l'employabilité des salariés du secteur.

Je reste quand même assez réservée à ce stade sur la mise en œuvre de ce type d'accord. La principale difficulté de l'APC réside dans l'adhésion des organisations syndicales qui y verront certainement plus un outil visant à contourner les règles protectrices sur le licenciement pour motif économique et le plan de sauvegarde de l'emploi (PSE). Il existe un risque de surenchères des syndicats qui n'hésiteront pas à demander des mesures d'accompagnement significatives pour encadrer les départs des salariés.

C'est aussi l'adhésion des salariés eux-mêmes qui peut constituer un frein à la mise en œuvre d'un APC. La mise en œuvre de changements importants (telles que des mesures d'aménagement du temps de travail) nécessite souvent pour les DRH de mettre en place une vraie politique de conduite du changement et de communication pour obtenir l'adhésion des salariés à tous les niveaux de l'entreprise, notamment au niveau de l'encadrement, et leur permettre de mieux vivre lesdits changements. L'APC ne semble pas être adapté dans ce cadre et pourrait avoir l'effet inverse de celui recherché. Les salariés de l'entreprise pourraient mal vivre la menace d'un « licenciement » et avoir le sentiment de ne pas avoir le choix.



Par Maxime AUNOS et Emilie DUTRAIN, avocats associés du cabinet Versant Avocats

L'APC répond à l'objectif d'unifier quatre dispositifs dont le succès avait été plus que relatif (accord de mobilité interne, accord de préservation et développement de l'emploi, accord d'aménagement du temps de travail et de maintien de l'emploi et accord de réduction du temps de travail). Comme certains auteurs ont pu le relever, c'est du « 4 en 1 » (5).

Sans doute ce nouveau dispositif poursuit-il également la volonté d'accorder plus de souplesse aux entreprises en leur offrant un outil de flexibilité interne leur permettant d'agir sur la masse salariale. Mais encore faut-il que les partenaires sociaux acceptent de conclure un accord qui pourrait avoir des répercussions très contraignantes pour les salariés comme par exemple une baisse de salaire puisque l'APC autorise le contournement du contrat de travail et de l'accord du salarié pour procéder à sa modification. Ces mesures contraignantes ne nous semblent pouvoir être acceptées que si elles sont comprises et si elles se justifient par des données économiques et financières fiables. On aurait d'ailleurs pu douter de la constitutionnalité d'un tel dispositif dont les conséquences semblent méconnaître la liberté contractuelle pour « répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise » : un motif dont le caractère imprécis pourrait laisser la possibilité d'avoir recours à l'APC dans des conditions qui ne le justifieraient pas. Le Conseil constitutionnel a toutefois considéré qu'il « appartient aux partenaires sociaux de déterminer, lors de la négociation de l'accord, les motifs liés au fonctionnement de l'entreprise justifiant d'y recourir et, à ce titre, de s'assurer de leur légitimité et de leur nécessité » (6).

Ainsi, les entreprises disposent-elles d'un véritable outil de flexibilité négocié leur permettant par exemple de mieux réagir sur un marché concurrentiel, d'harmoniser le statut collectif après avoir procédé à une ou plusieurs fusions ou encore de gérer les conséquences d'un déménagement ou d'un changement de siège social lorsque plusieurs salariés s'y opposent, sans nécessairement avoir recours à la mise en œuvre d'un plan de sauvegarde de l'emploi.

On reste cependant plus réservée quant à la sécurisation des relations professionnelles que recherche le dispositif.



D'une part, l'APC pourra faire l'objet d'une contestation devant le tribunal de grande instance aux fins de démontrer qu'il ne répond pas aux conditions légales autorisant sa conclusion. Il reviendra ainsi au juge d'apprécier la pertinence des motifs invoqués à l'origine de la conclusion de l'accord et des objectifs qu'il poursuit ce qui pourrait le conduire à s'immiscer dans les choix et les décisions arbitrés par les partenaires sociaux.

Par ailleurs, en application de l'article L. 2262-14 du Code du travail, si l'on sait que les accords collectifs ne peuvent désormais faire l'objet d'une action en nullité que dans un délai de 2 mois à compter de leur notification ou de leur publication, il faut rappeler que les APC ne font pas l'objet d'une publication (*C. trav., art. L. 2231-5-1*). Le Conseil constitutionnel a, quant à lui, précisé que ce délai d'action ne saurait « courir à l'encontre des autres personnes qu'à compter du moment où elles en ont valablement eu connaissance » (7).

On comprend dès lors que le point de départ du délai de contestation de l'APC pourrait être décalé dans le temps pour tenir compte du moment où les salariés auront eu connaissance de l'accord. On ne peut par conséquent que suggérer aux entreprises de procéder systématiquement à la publication des APC sur la base de données nationale afin de limiter le risque de contentieux portant sur le point de départ du délai d'action en nullité.

L'APC pourrait également être indirectement contesté, par voie d'exception, à l'occasion de la saisine du conseil de prud'hommes par chaque salarié qui entendrait critiquer la modification de son contrat de travail ou la cause réelle et sérieuse de son licenciement. Le juge prud'homal pourrait ainsi devoir examiner de façon accessoire les conditions de recours et de conclusion de l'accord sans qu'il soit d'ailleurs certain qu'il adopte systématiquement le même raisonnement ou la même solution selon la juridiction ou la section du conseil de prud'hommes saisie.

(1) V. *Cons. const., déc. 21 mars 2018, n° 2018-761 DC, consid. 25*.

(2) V. *Cons. const., déc. 21 mars 2018, préc.*

(3) V. *Cons. const., déc. 21 mars 2018, préc., consid. 27*.

(4) V. *Cass. ass. plén., 8 déc. 2000, n° 97-44.219 : JurisData n° 2000-007299 ; Bull. ass. plén. 2000, n° 11*.

(5) V. *J.-E. Ray, Droit du travail droit vivant 2019. La relation individuelle de travail : Wolters Kluwer, coll. Broché, 27<sup>e</sup> éd., n° 427*.

(6) V. *Cons. const., déc. 21 mars 2018, préc.*

(7) V. *Cons. const., déc. 21 mars 2018, préc.*

## 2. La RCC peut-elle être perçue comme un nouveau moyen de procéder à un licenciement économique sans pour autant appliquer les règles du plan de sauvegarde de l'emploi ?



Par Fabrice ROSA, professeur à l'Université de Reims

Alors que la rupture conventionnelle collective (RCC) était censée remédier aux insuffisances du plan de départs volontaires sans licenciements contraints (le PDV « autonome »), l'administration soutient non sans paradoxe que le nouveau dispositif n'aurait pas vocation à absorber ces modes de rupture nés de la pratique (1). Trois arguments sont invoqués au soutien de cette analyse : la RCC doit être conclue par convention collective ; elle n'est pas conditionnée par l'existence d'un motif économique ; elle échappe à une logique de seuil d'effectif.

Les deux derniers arguments laissent entendre que la RCC ne recouperait pas le même champ d'application que le PDV autonome. Cette thèse appelle cependant quelques précisions. Sans doute la RCC est-elle conçue comme un outil de restructuration « à froid » ce qui l'autorise à prévoir des mesures détachées de toute difficulté économique avérée ou de menace sur la compétitivité de l'entreprise. Rien toutefois n'interdirait a priori de conclure un accord de RCC, dans un tel contexte économique, dès lors que l'employeur s'engagerait à maintenir les emplois pour exclure tout licenciement « contraint » (2). La RCC peut donc bien potentiellement recouper dans certains cas de figure le champ du PDV autonome. Quant aux seuils d'effectifs, ils sont effectivement sans application en matière de RCC. Mais c'est dire aussi que la RCC est d'application plus large que le PDV et qu'elle peut donc à nouveau se concevoir, ces seuils franchis, comme une alternative à ce dernier.

En bref, ce que l'employeur peut faire par PDV autonome, il pourrait le faire par RCC. Il se vérifie que les deux dispositifs ont bien vocation à se concurrencer au croisement de leurs zones communes d'application.

Faut-il alors maintenir - c'est le premier argument du ministère - la pratique des PDV allégés parce qu'ils peuvent être édictés sans négociation collective ? Le choix en faveur de la souplesse a sa part de légitimité (3) mais il ne saurait être entériné sans un examen préalable des garanties associées aux dispositifs concurrents.

Quant à son contenu, on peut dire que le PDV autonome, outre qu'il donne lieu à consultation du CSE (*C. trav., art. L. 1233-3, dernier al.*) - seulement informé en cas de RCC (4) -, s'avère au moins aussi protecteur que la RCC (5). Il est vrai toutefois, au stade du contrôle opéré par l'administration, que la substance de ces garanties est mieux assurée par la RCC que par un PDV résultant d'un accord collectif. L'administration « valide » le PSE négocié sans examen au fond des mesures de reclassement externe, lorsqu'elle s'assure au contraire du caractère précis et concret de telles mesures prévues par l'accord de RCC (*C. trav., art. L. 1237-19-3*). En revanche, lorsqu'il est adopté unilatéralement, le PDV est bien soumis à une procédure approfondie d'homologation qui vérifie le caractère suffisant des mesures mises en place.



Tout compte fait, l'accord de RCC ne se révèle à coup sûr plus protecteur qu'en tant qu'il fait l'objet d'une négociation (avantage sur le PDV unilatéral) et qu'il est soumis à un contrôle approfondi (avantage sur le PDV négocié). Ce n'est peut-être pas suffisant pour condamner le recours aux PDV autonome (6). Il convient en effet de tenir à l'esprit que lorsque le PDV s'avère moins protecteur, c'est précisément par application du régime du PSE commun aux grands projets de licenciements collectifs comme aux PDV autonomes ou mixtes. Il serait dans ces conditions paradoxal de condamner le recours au PDV autonome en raison de caractéristiques qui ne lui sont pas spécifiques : elles se retrouveront de toute façon au stade d'un éventuel plan prévoyant des licenciements contraints.



Par Safia BENLAKHAL, Labor & Employment Counsel Manager France BENELUX Maurice chez Accenture

Je ne pense pas que la RCC puisse vraiment être appréhendée comme un « outil d'évitement » du PSE. Il peut être en effet tentant pour une entreprise d'envisager la RCC comme une alternative à la mise en place d'un licenciement économique avec PSE mais cette stratégie demeure risquée compte tenu des incertitudes qui existent encore sur la RCC et la manière dont elle sera appréciée par les juges.

Il est indéniable que la RCC peut apporter plus de simplicité en permettant de faire l'économie de la démonstration du motif économique du licenciement surtout dans un groupe dont la situation est globalement profitable. Dans ce cadre, elle peut permettre de gagner du temps lorsqu'il s'agit de faire face à une situation d'urgence.

Mais elle n'est pas pour autant exempte de difficultés. Basée sur le principe du volontariat, elle se heurte, d'une part, aux mêmes limites que nous pouvions rencontrer s'agissant du PDV et tout particulièrement le risque lié aux départs des « talents » que l'employeur ne souhaite pas voir partir. D'autre part, le recours à la RCC n'est pas forcément plus économe pour l'entreprise. Les syndicats auront en effet tendance à solliciter *a minima* les mesures sociales dont les salariés auraient bénéficié dans le cadre d'un PSE. De même, les Direcctes sont particulièrement attentives aux mesures sociales qui seront prévues dans la RCC (notamment la mise en œuvre du congé mobilité qui peut être assez coûteux).

Le recours à la RCC doit à mon sens être mûrement réfléchi et anticipé. La décision dépendra de nombreux facteurs propres à chaque entreprise : secteur d'activité, contexte économique, passif social et historique, relation avec les organisations syndicales, employabilité des salariés, ampleur des suppressions d'emploi et objectif poursuivi (gestion d'une situation ponctuelle ou de difficultés structurelles). Une entreprise ayant opté pour la mise en œuvre d'une RCC pourrait en effet se retrouver dans une posture délicate si l'objectif de suppression d'emplois n'est pas atteint par ce moyen ou si les suppressions d'emploi ne permettent pas d'endiguer des difficultés qui s'avèrent structurelles.



Par Maxime AUNOS et Emilie DUTRAIN, avocats associés du cabinet Versant Avocats

Le législateur a au contraire conçu le dispositif de RCC comme un outil de gestion prévisionnelle des emplois « à froid » reposant exclusivement sur le principe du volontariat et déconnecté du régime du licenciement pour motif économique.

Il ne fait pas de doute que le dispositif de RCC, en ce qu'il exclut tout licenciement pour atteindre les objectifs fixés en termes de suppressions d'emplois, n'est pas adapté à une situation nécessitant d'atteindre impérativement un certain nombre de suppressions d'emplois comme, par exemple, une fermeture de site. L'engagement de maintien de l'emploi est d'ailleurs au cœur de ce dispositif et doit expressément figurer dans l'accord. Il s'agit d'un point de vérification obligatoire auquel la Direccte est attentive lors de la demande de validation (*C. trav., art. L. 1237-19*).

D'ailleurs, le ministère ne manque pas de préciser qu'une entreprise, qui détournerait le dispositif de RCC de sa finalité afin de contourner l'obligation de mettre en place un PSE, s'exposerait à ce que les juges considèrent qu'il s'agit d'un licenciement économique déguisé et condamnent l'employeur à des sanctions civiles (nullité des licenciements) et pénales (amende de 3 750 euros prononcée autant de fois qu'il y a de salariés concernés par application de l'article L. 1238-4 du Code du travail) (7).

Il est toutefois possible de relativiser les risques de fraude qui auraient pour objet la réalisation d'économies en fonction du dispositif choisi. D'une part, il faut rappeler que la RCC se trouve au moins soumise à une procédure d'information du CSE et à la conclusion d'un accord collectif majoritaire qui donnera lieu à un contrôle de la Direccte. D'autre part, les mesures d'accompagnement contenues dans l'accord de RCC devront nécessairement apparaître suffisantes aux yeux des partenaires sociaux si l'entreprise espère obtenir leur adhésion.

La RCC, si elle se rapproche davantage des plans de départs volontaires autonomes, n'en reste pas moins différente dès lors que ceux-ci obéissent à une logique de seuil et s'inscrivent nécessairement dans une situation où il est indispensable de faire la démonstration de l'existence d'un motif économique à l'origine des ruptures de contrats.

En pratique, un an après l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail (8) qui a créé le dispositif de RCC, 43 ruptures conventionnelles collectives ont été validées sur les 69 initiées sur la période du 1<sup>er</sup> janvier 2018 à fin août 2018. En parallèle, sur le premier semestre 2018, il y a eu 236 PSE validés/homologués. Si ce nombre recule depuis début 2015, cette tendance à la baisse ne semble pas cependant s'être accélérée au 1<sup>er</sup> semestre 2018 ce qui viendrait corroborer la position selon laquelle le dispositif ne serait pas appliqué en substitution d'un PSE (9).



Si la RCC est bien distincte du licenciement pour motif économique et ne saurait lui être substituée, il n'en reste pas moins qu'un accord de RCC peut être conclu lorsqu'il existe un motif économique de licenciement au sens de l'article L. 1233-3 du Code du travail (10). Le juge administratif, dans ce jugement du 16 octobre 2018, a considéré que le fait que des suppressions de postes envisagées par un accord reposent sur un motif économique n'est pas de nature à imposer la mise en œuvre d'un PSE dès lors que l'accord de RCC prévoit une clause selon laquelle l'employeur s'engage à ne pas procéder à des licenciements économiques pendant un délai de 12 mois suivant les premiers départs. Ce délai a été jugé raisonnable et de nature à établir l'absence de contournement des règles relatives au licenciement pour motif économique.

À l'heure où nous écrivons ces lignes, la cour administrative d'appel de Versailles vient de valider, dans un arrêt du 14 mars 2019 (11), l'approche du tribunal administratif de Cergy-Pontoise en précisant que l'existence de suppressions de postes envisagées reposant sur un motif économique ne fait pas obstacle à la mise en œuvre d'une RCC.

En revanche, si la cour administrative d'appel ne reprend pas à son compte la notion de « délai raisonnable » séparant la RCC d'éventuels licenciements pour apprécier un contournement des règles applicables au PSE, elle considère, à l'instar du premier juge, qu'un délai de 12 mois séparant d'éventuels licenciements de la mise en œuvre des premiers départs ne permet pas de caractériser une fraude au PSE, à plus forte raison lorsqu'elle relève que la société a reçu, avant le terme de l'accord, un nombre de demandes de départ volontaire supérieur à celui des postes ouverts à la suppression.

Ces décisions illustrent le contrôle attentif et étroit du juge sur l'éventuel détournement qui pourrait être fait de la RCC et la caractérisation d'une fraude éventuelle aux règles relatives au PSE.

L'arrêt rendu par la cour administrative d'appel doit être approuvé sur le fond, d'autant que nous nous interrogeons déjà à l'occasion du jugement rendu par le tribunal administratif de Cergy-Pontoise sur la pertinence de la notion de « délai raisonnable » pendant laquelle aucun licenciement ne devait intervenir dès lors que celle-ci ne figurait pas dans les articles L. 1237-19 et suivants du Code du travail et aurait inévitablement été une source de contentieux et d'insécurité juridique. En tout état de cause, à suivre le raisonnement des juges du fond, la mise en œuvre d'un dispositif de RCC limiterait finalement considérablement, pour l'avenir, la liberté des entreprises de recourir à des licenciements économiques. Celles-ci pourraient ainsi être tentées d'y réfléchir à deux fois avant de se lancer dans une procédure de RCC qui, bien qu'attrayante de prime abord, limiterait leur marge de manœuvre future pour faire face à d'éventuelles fluctuations économiques.

(1) V. *Min. du Travail, Questions-réponses, 19 avr. 2018, Usage de la RCC, question 5, p. 3.* - V. égal., C. Chevrier, *La RCC, un nouvel outil de gestion prévisionnelle des emplois : Semaine sociale Lamy*, n° 1803, p. 23.

(2) En ce sens, V. *TA Cergy-Pontoise, 16 oct. 2018, n° 18-07099.*

(3) D'autant que le législateur n'a pas manifesté son souhait de supprimer les PDV autonomes.

(4) Selon les modalités prévues à l'accord conformément aux dispositions de l'article L. 1237-19-1, 1° du Code du travail, et sauf à réserver la consultation sur « les mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs », conformément aux dispositions de l'article L. 2312-8, 1° du Code du travail.

(5) V. G. Loiseau, *Quelques observations sur les ruptures collectives d'un commun accord : Semaine sociale Lamy* n° 1788, p. 9.

(6) V. *contra*, A. Fabre, *Rupture conventionnelle collective et congé de mobilité : de faux jumeaux : Semaine sociale Lamy* n° 1800, p. 3 et s.

(7) V. *Min. du Travail, Questions-réponses, préc., question 3, p. 3.*

(8) *JO 23 sept. 2017, texte n° 33.*

(9) V. *Rapp. du comité d'évaluation des ordonnances du 22 septembre 2017, 18 déc. 2018.*

(10) V. *TA Cergy-Pontoise, 16 oct. 2018, préc.*

(11) V. *CAA Versailles, 4<sup>e</sup> ch., 14 mars 2019, n° 18VE04158*

### 3. Est-ce que la modification du périmètre d'appréciation du motif économique d'une part et de l'obligation de reclassement d'autre part a réellement modifié les pratiques et les obligations des employeurs ?



Par Fabrice ROSA, professeur à l'Université de Reims

Pour l'appréciation de la cause économique du licenciement, l'article L. 1233-3 du Code du travail se réfère désormais aux textes du Code de commerce qui définissent le groupe à partir de la notion de contrôle. Le groupe est caractérisé lorsqu'une entreprise détient plus de la moitié du capital social d'une autre (*C. com., art. L. 233-1*), ou bien lorsqu'elle détient une fraction du capital ou des droits de vote selon les modalités définies aux I et II de l'article L. 233-3 ou à l'article L. 233-16 du Code de commerce. La loi ne reprend plus en revanche la notion d'« influence dominante » qui était également employée par la jurisprudence antérieure (1).

L'article L. 1233-3 précise en outre que l'existence de la cause économique s'apprécie au niveau du secteur d'activité commun à l'entreprise et aux entreprises du groupe « établies sur le territoire national » auquel elle appartient et ceci, précise le texte, « sauf fraude ». Enfin, l'avant-dernier alinéa liste les éléments caractéristiques du secteur d'activité.

Le groupe et le secteur d'activité recevant ainsi une définition précise, les difficultés devraient se concentrer sur l'identification d'une éventuelle situation de fraude. La plasticité que lui donne la théorie générale du droit privé ouvre à la notion de fraude une certaine fortune contentieuse. De fait, le Conseil constitutionnel a précisé « qu'il résulte des termes mêmes de la loi que l'appréciation cantonnée au territoire national ne s'applique pas en cause de fraude, quelle que s'en soit la forme, notamment l'organisation artificielle de difficultés économiques au sein d'une filiale » (2). Il reste cependant à identifier l'élément matériel et l'élément intentionnel de la fraude.



L'élément matériel pourrait, tout d'abord, tenir à la constitution de la cause économique, comme par exemple en cas de création artificielle de difficultés économiques au sein d'une filiale française. Il pourrait aussi se loger, comme cela a été suggéré, dans la structuration et/ou le fonctionnement du groupe (3).

Quant à l'élément intentionnel, il faudrait selon toute logique le définir au regard de l'effet juridique que la loi se propose de neutraliser. Comme le souligne le juge constitutionnel, c'est la règle de « cantonnement » de l'appréciation sur le territoire national qui peut être évincée. D'où il s'infère que l'élément intentionnel ne s'entend pas ici de la volonté de constituer artificiellement une cause économique (4) (sans quoi le licenciement aurait été réputé injustifié) mais de caractériser « artificiellement au niveau national » une cause économique qui ne l'aurait pas nécessairement été au regard « de l'ensemble du groupe ».

Parallèlement, la loi restreint le « groupe de reclassement » aux emplois disponibles, sur le seul territoire national, au sein de l'espace de permutableté du personnel (*C. trav., art. L. 1233-4*). Mais elle situe cet espace parmi les entreprises composant un groupe au sens que lui donne le droit commercial puisqu'elle renvoie à l'article L. 233-1, aux I et II de l'article L. 233-3 et à l'article L. 233-16 du Code de commerce. Il ne sera donc plus possible d'identifier un éventuel espace de permutableté au sein d'un réseau de contrats.

On relèvera enfin que cette localisation nationale du groupe de reclassement devrait rester sans incidence sur le groupe de « moyens » au regard duquel est apprécié le caractère suffisant des mesures du PSE établi par document unilatéral (*C. trav., art. L. 1233-57-3*). Le Conseil d'État a précisé « que les moyens du groupe s'entendent des moyens, notamment financiers, dont disposent l'ensemble des entreprises placées, ainsi qu'il est dit au I de l'article L. 2331-1 du code du travail, sous le contrôle d'une même entreprise dominante dans les conditions définies à l'article L. 233-1, aux I et II de l'article L. 233-3 et à l'article L. 233-16 du Code de commerce, ainsi que de ceux dont dispose cette entreprise dominante, quel que soit le lieu d'implantation du siège de ces entreprises ». Bien que rendue sous l'empire des dispositions antérieures, cette solution est appelée à perdurer dans la mesure où les ordonnances de 2017 ne régissent pas la notion de groupe de moyens (5).



Par Safia BENLAKHAL, Labor & Employment Counsel Manager France BENELUX Maurice chez Accenture

Fort heureusement, nous n'avons pas vraiment été impactés par ce volet des ordonnances *Macron*. Si je devais néanmoins faire un commentaire sur cette partie de la réforme, je dirais que c'est un très bon début sans être une vraie révolution. Il n'est pas évident que cela ait modifié en profondeur les pratiques et obligations des entreprises en la matière.

Le fait de recentrer le périmètre de l'obligation de reclassement et de l'appréciation du motif économique sur le territoire français a certainement permis de simplifier en pratique le travail des DRH appartenant à un groupe de dimension internationale lorsque la ou les filiales françaises du groupe font face à de réelles difficultés économiques ou une réelle baisse d'activité par rapport au reste du groupe.

Dans le cas inverse, c'est-à-dire si la situation économique du groupe sur le territoire français est positive, les DRH, qui se verraient contraints de mettre en œuvre un projet de réorganisation dicté par le groupe au niveau international, se retrouveront limités par la définition du motif économique comme c'était le cas auparavant. Dans ces situations, il pourrait rester pertinent de quand même prendre en compte le périmètre de consolidation du groupe (incluant les filiales étrangères) pour appuyer le motif économique de licenciement. Par ailleurs, en pratique, dans un groupe consolidé, il peut être plus difficile d'obtenir des éléments financiers tangibles au niveau local de nature à appuyer la justification économique du licenciement en dehors des éléments de comptes consolidés.

S'agissant du reclassement, dans le cadre des « grands licenciements » avec mise en place d'un PSE, les entreprises disposant d'une vraie politique de mobilité internationale pourraient avoir tout intérêt à quand même proposer des offres de reclassement à l'étranger dans le cadre du plan de reclassement interne afin de renforcer les mesures d'accompagnement contenues dans le PSE et limiter le nombre de licenciements.



Par Maxime AUNOS et Emilie DUTRAIN, avocats associés du cabinet Versant Avocats

On serait naturellement tenté de répondre, de prime abord, que les nouveautés introduites par l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 modifient sensiblement, en les allégeant, les obligations de l'employeur en matière de licenciement pour motif économique.

Pourtant, à ce stade, selon le comité d'évaluation des ordonnances, 64 % des dirigeants d'entreprises de 11 à 300 salariés n'imaginent pas un changement de leurs pratiques à la suite de l'entrée en vigueur des ordonnances, surtout dans les plus petites entreprises (6).

L'intention du législateur est sans doute louable et les évolutions conduites à l'égard du périmètre d'appréciation du motif économique du licenciement répondaient à une préoccupation croissante des entreprises et de leurs conseils.

Il n'était pas rare qu'une entreprise française, bien qu'impactée par de réelles difficultés économiques, se retrouve contrainte ou limitée dans la possibilité de mettre en place des licenciements pour motif économique puisque dans le même temps les sociétés étrangères évoluant sur le même secteur d'activité et appartenant au même groupe justifiaient d'une bonne santé financière.

Restait alors possible, dans cette hypothèse, d'invoquer un motif économique tiré de la nécessité d'avoir recours à une réorganisation pour sauvegarder la compétitivité de l'entreprise ou du secteur d'activité du groupe auquel elle appartient, en soulignant l'impact que pouvaient représenter, à l'échelle du groupe, les pertes enregistrées par les entités françaises.



Le législateur offre désormais la possibilité aux entreprises de procéder à un licenciement indépendamment de la situation économique des sociétés du groupe implantées à l'étranger appartenant au même secteur d'activité. De ce fait, dans certains cas, les sociétés françaises délaisseront peut-être le motif tiré de la sauvegarde de la compétitivité au profit d'un motif essentiellement assis sur la réalité des difficultés économiques rencontrées. Cette évolution nous semblerait d'ailleurs en adéquation avec la modification de la lettre de l'article L. 1233-3 du Code du travail qui, depuis la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, intègre de façon didactique une illustration de ce qui peut caractériser des difficultés économiques.

Peut-on pour autant considérer, sans risquer de raisonner un peu naïvement, que ce nouveau dispositif facilite nécessairement la démonstration de la réalité et du sérieux du motif économique ?

Certes, il faut probablement convenir, qu'hier comme aujourd'hui, justifier de la réalité du motif économique au niveau d'un groupe de dimension internationale peut confiner à l'aporie lorsque l'on sait les difficultés qui accompagnent parfois la collecte des informations économiques et des données financières relatives aux sociétés étrangères.

Mais le problème ne demeure-t-il pas similaire à l'égard d'un groupe très consolidé au sein duquel il serait par hypothèse extrêmement compliqué de tenter d'isoler des données financières concernant l'activité française et de les rendre intelligibles ?

Du reste, la réduction du périmètre d'appréciation du motif économique pourrait contrevenir aux velléités de restructuration, dans plusieurs pays, exprimées par un groupe qui connaîtrait un motif économique au niveau global sans pour autant pouvoir en justifier à l'égard de ses entités françaises. Dans une telle hypothèse, le recours au mécanisme de la RCC ou à un APC pourrait être envisagé, pour autant que les conditions afférentes à chacun de ces deux dispositifs soient réunies.

Par ailleurs, cette redéfinition du périmètre d'appréciation du motif économique n'empêcherait pas pour autant le juge de faire acte de résistance ou, à tout le moins, de tenter de se libérer d'une approche exclusivement nationale du périmètre d'appréciation de la cause économique, en ayant recours à des mécanismes tirés de la fraude.

Ainsi, l'augmentation des contentieux initiés par des salariés qui entendraient faire la démonstration de difficultés économiques artificiellement construites et organisées ne devrait pas nous surprendre

Il ne faudrait pas non plus s'étonner que la Haute juridiction fasse de plus en plus souvent appel au mécanisme de la responsabilité civile pour juger que le licenciement pour motif économique est sans cause réelle et sérieuse en raison des agissements fautifs de l'employeur (7).

En ce qui concerne l'obligation de reclassement interne, la réponse pourrait être plus évidente. Sans nul doute la nouvelle rédaction de l'article L. 1233-4 et l'abrogation de l'article L. 1233-4-1 du Code du travail ont-elles pour effet de simplifier les obligations de l'employeur en matière de reclassement mais aussi de renforcer la portée des propositions soumises au salarié en les rendant plus concrètes et efficaces.

Le propos mérite peut-être d'être nuancé s'agissant des grands groupes ayant de multiples établissements et implantations sur le territoire national pour lesquels le respect de l'obligation de reclassement demeure particulièrement contraignant, à plus forte raison lorsqu'ils doivent observer un gel des embauches et actualiser régulièrement les offres d'emploi disponibles.

Bien que plus simplifiée, l'obligation de reclassement n'a pas pour autant été vidée de son sens et il ne saurait être considéré qu'elle se réduise à peau de chagrin.

Du reste, ce nouveau dispositif ne fait pas obstacle à ce que l'employeur s'engage, excédant ainsi ses obligations légales, à proposer aux salariés concernés par un éventuel licenciement pour motif économique des offres de reclassement dans les sociétés du groupe implantées à l'étranger. Il n'interdit pas non plus au contrat de travail ou à un accord collectif de comporter des dispositions plus favorables.

À l'instar de ce que nous exprimions s'agissant du motif économique, il ne faudrait pas davantage ici s'émouvoir de voir se multiplier les arguments tirés de l'existence d'une fraude.

On pourrait y voir un moyen de combattre la tentation des employeurs qui imagineraient pouvoir supprimer des postes en France, les délocaliser à l'étranger et se réfugier derrière l'abrogation de l'article L. 1233-4-1 du Code du travail pour se dispenser de les proposer aux salariés visés par un licenciement économique.

(1) Hors le cas où cette influence résulte d'un contrat ou de clauses statutaires conformément aux dispositions de l'article L. 233-16, II, 3° du Code de commerce.

(2) V. *Cons. const.*, 21 mars 2018, *préc.*

(3) En ce sens, V. G. Auzero, D. Baugard, E. Dockes, *Droit du travail : Précis Dalloz*, 32<sup>e</sup> éd., 2019, p. 728.

(4) Ce que précise à juste titre S. Tournaux in *Droit du licenciement : les derniers ajustements issus de la loi du 29 mars 2018* : *Dr. soc.* 2018, p. 520.

(5) V. D. Piveteau, *Des frontières encore à préciser pour le juge du PSE : Semaine sociale Lamy* n° 1846, p. 7.

(6) V. *Rapp. du comité d'évaluation des ordonnances du 22 septembre 2017*, *préc.*

(7) V. *not. Cass. soc.*, 24 mai 2018, n° 17-12.560 : *JurisData* n° 2018-008648.