Actualités

Aperçu rapide

140 En questions : le projet de loi « Travail »

Viviane Stulz,
avocat, membre de la scm 5QB Avocats, membre d'AvoSial

Amélie d'Heilly,
avocat, membre de la scm 5QB Avocats, membre d'AvoSial

Rapport de Jean-Denis Combrexelle, livre d'Antoine Lyon-Caen et de Robert Badinter, rapport de Robert Badinter, rapport de Jean-François Cesaro, projet de loi « Travail », futur nouveau Code du travail, le droit du travail est en pleine évolution. Si celle-ci va majoritairement dans le bon sens du point de vue des praticiens en droit social, on peut regretter la reculade du Gouvernement sur le projet de loi qui le vide grandement de sa substance.

1. Quels sont selon vous les éléments principaux du projet de loi que vous jugez utiles ?

Au-delà des quelques sujets limités qui ont fait la Une des medias et se sont attirés les foudres des syndicats de salariés (durée du travail, plafonnement des indemnités en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse et motivation du licenciement économique), des étudiants et des lycéens, le projet est beaucoup plus riche qu'il pourrait y paraître ; il touche un nombre considérable de dispositions du Code du travail : médecine du travail, portage salarial, détachement, concurrence déloyale, droit à la déconnexion...

Le projet de loi remplace intégralement le Titre II et le Titre V du Livre 1er de la 3è partie du Code du travail relatifs à la durée du travail, la répartition et l'aménagement des horaires d'une part, le compte épargne temps d'autre part. Ce faisant, chaque paragraphe est scindé en trois parties : les dispositions d'ordre public auxquelles il ne pourra pas être dérogé à quelque niveau que ce soit, les dispositions qui pourront être modifiées par la voie de la convention ou de l'accord d'entreprise ou d'établissement et les dispositions supplétives qui s'appliqueront en l'absence de négociation collective, soit parce qu'une telle négociation a échoué, soit parce que l'entreprise ne dispose pas de délégués syndicaux représentatifs. Une telle articulation, tirée des préconisations du rapport Combrexelle, est particulièrement novatrice. Elle permet de prendre en compte la situation des grandes entreprises comme celle des TPE-PME. En outre, comme le souhaite le Gouvernement, cette approche favorise le dialogue en entreprise et l'adaptation du cadre juridique à chaque cas particulier.

2. Avez-vous, en tant que praticiens, des critiques à formuler ?

Si, en tant que conseils d'entreprises, nous sommes globalement favorables au projet de loi, celui-ci n'est pas exempt de critiques et mérite d'être revu lors des débats parlementaires.

On peut se réjouir que le nouveau projet de loi ne prévoie plus l'insertion des 61 principes issus du rapport Badinter comme préambule au Code du travail mais simplement comme guide de rédaction du futur nouveau Code du travail. Ces principes risquaient à notre sens de bloquer l'évolution du droit du travail qui serait devenu immuable autour de ces principes. D'autant plus que le rapport en question n'a pas pris en compte l'évolution des méthodes de travail (télétravail, etc.). Le travail effectué « à droit constant » impose en effet une vision passéiste du droit du travail.

En outre, il faut s'arrêter sur certaines des dispositions qui devraient servir de guide à la réécriture du Code du travail et qui nous semblent particulièrement risquées. Le rapport Badinter qui a dégagé les 61 principes nous semble positif en ce qu'il réaffirme le droit à la négociation collective notamment en matière de durée du

Ndlr : Dans cette rubrique mensuelle « En questions », un avocat, membre d'AvoSial, présente un point de vue sur un thème d'actualité et ses implications pratiques.

travail, étend le principe de proportionnalité (notamment en matière de libertés fondamentales et de croyances), réaffirme le principe de faveur, sauf disposition légale contraire.

Cependant, plusieurs déclarations de principe nous laissent perplexe quant à leur pertinence et aux risques de contentieux futurs qui pourraient en découler.

Le sixième principe pose que : « *La liberté du salarié de manifester ses convictions, y compris religieuses, ne peut connaître de restrictions que si elles sont justifiées par l'exercice d'autres libertés et droits fondamentaux ou par les nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise et si elles sont proportionnées au but recherché* ». Pour quelle raison l'entreprise devrait-elle laisser le salarié « manifester » ses convictions religieuses dans ses locaux ? Quel rapport y a-t-il entre la religion (découlant de croyances éminemment personnelles) et la gestion de l'entreprise ? Pourquoi le salarié devrait-il pouvoir « manifester » ses convictions dans l'entreprise ? Et que signifie « manifester ses convictions » ? Porter un signe extérieur distinctif ? Décorer son bureau à volonté en fonction de sa religion ? Avoir une salle de prières ? Prier en public ? Et outre les trois principales religions pratiquées en France (catholicisme, islam, judaïsme), où faut-il s'arrêter ? Quid des religions hindouiste, bouddhiste... ? La religion ne devrait pas entrer dans l'entreprise, pas plus qu'elle n'entre à l'école dans un pays laïque, et la généralité d'une telle déclaration est particulièrement dangereuse ; si cette proposition est reprise comme base du nouveau Code du travail en l'état, l'on peut s'attendre à de nombreux contentieux relatifs à la validité des restrictions invoquées par les employeurs.

Le neuvième principe prévoit que : « *La conciliation entre la vie professionnelle et la vie personnelle et familiale est recherchée dans la relation de travail.* ». De nombreux arrêts de la chambre sociale de la Cour de cassation sont venus, ces dernières années, interdire à l'employeur de prendre des décisions affectant les salariés lorsque de telles décisions ont un impact trop important sur leur vie privée. Il en est ainsi, par exemple, de l'application d'une clause de mobilité qui, figurant dans le contrat de travail et donc acceptée par le salarié, lui imposerait de déménager à l'autre bout de la France, impactant ainsi sa vie familiale et personnelle. De telles décisions jurisprudentielles sont légitimes pour protéger les salariés. Cependant, prendre en compte les conséquences sur la vie personnelle et familiale du salarié des décisions managériales n'est pas « rechercher » une conciliation entre la vie professionnelle et la vie personnelle. Que signifie « rechercher » ? Comment apprécier une telle « conciliation » ?

Comme l'indique fort à propos l'ANDRH, à ce jour le droit positif prescrit le respect de l'équilibre entre la vie personnelle et familiale et la vie professionnelle uniquement pour les salariés en forfait jour, dans une décision de mobilité professionnelle ainsi que dans la prise d'une sanction. Mais le principe de la recherche même de la conciliation n'existe pas. Est-ce à dire que l'employeur devra prendre ses décisions sur la base de cet objectif au même titre que celui du bon fonctionnement de l'entreprise ?

De plus, le onzième principe dispose que « *Chacun est libre d'exercer l'activité de son choix* ». Qu'est-ce que cela signifie ? Le salarié a-t-il le droit de refuser de poursuivre ses fonctions parce qu'il en préfère d'autres ? ! Là encore, la formulation rapide est dangereuse et peu claire. On se demande d'ailleurs de quels articles actuels du Code du travail une telle déclaration de principe pourrait avoir été tirée puisque le rapport Badinter est censé n'avoir fait que dégager les grands principes d'ores et déjà existants.

De même, le quarante-sixième principe pourrait laisser penser qu'il y a sanctuarisation du recours aux accords collectifs sans possibilité d'accords "atypiques" (« *L'exercice de certaines prérogatives peut être réservé par la loi aux syndicats et associations professionnelles reconnus représentatifs* ») même si selon le président de la commission ce principe n'interdit pas le recours à des modes dérogatoires de négociation.

En outre, il nous semble regrettable que les modes alternatifs de règlement des litiges ne soient pas plus pris en compte. En effet, le cinquante-neuvième principe impose le recours au conseil de prud'hommes (« *Les litiges en matière de travail sont portés devant une juridiction composée de juges qualifiés dans le domaine du droit du travail.* ») même si une fois encore, le président de la commission se défend d'avoir voulu empêcher le recours aux modes alternatifs.

Enfin, selon le trente et unième principe : « *L'employeur assure l'égalité de rémunération entre les salariés pour un même travail ou un travail de valeur égale* ». Il nous semble que ce principe "oublie" la référence clé aux salariés placés dans une situation identique ce qui peut entraîner un risque d'extension infinie du principe.

3. Que pensez-vous du retrait dans le projet de loi du plafonnement des indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse ?

Nos clients nous demandent toujours d'évaluer le risque prud'homal qu'ils encourent en cas de contentieux. Cela leur permet de provisionner leur risque pour des raisons comptables et de bonne gestion. Aujourd'hui, en l'absence de référentiel légal, cet exercice est des plus périlleux. Il semble totalement incongru d'imaginer que parce qu'il y aurait eu un plafond légal au montant des dommages-intérêts accordés en justice aux salariés injustement licenciés que les licenciements auraient été plus fréquents.

Un employeur ne licencie pas pour le plaisir. Il faut sortir de ce schéma manichéen « patron/ouvrier » digne du XIX^{e} siècle. Un employeur licencie parce qu'un salarié n'est pas performant ou a commis une faute ou parce que cela s'avère nécessaire pour la gestion de son entreprise. Si le motif du licenciement est jugé insuffisant, il est normal que le salarié soit indemnisé. Cela étant, il ne faut pas oublier que les dommages-intérêts judiciaires ne sont que la **compensation de l'abus**, le salarié licencié (sauf faute grave ou lourde) a de toute façon droit à son préavis, à l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement et aux indemnités chômage. Plafonner les dommages-intérêts judiciaires n'enlevait rien aux salariés. Cela aurait permis en revanche d'harmoniser les condamnations entre les différents conseils de prud'hommes et entre les cours d'appel, celles-ci pouvant considérablement varier d'une juridiction à l'autre ce qui rompt aussi l'égalité entre les citoyens.

Cela aurait aussi et surtout permis de limiter à des montants raisonnables les condamnations des TPE et PME qui souvent ne peuvent pas supporter les conséquences des condamnations exorbitantes dont elles sont l'objet. Une TPE au bord de la faillite qui est condamnée à verser à plusieurs salariés trois ans de salaire au motif que le licenciement est dépourvu de motif réel et sérieux parce qu'elle appartient à un groupe non déficitaire, peut se retrouver contrainte de déposer le bilan, emportant ainsi le licenciement des salariés restants.

À noter que la France est de plus en plus isolée sur le sujet. En effet, nombre de pays, notamment en Europe, ont plafonné les dommages et intérêts judiciaires : l'Angleterre il y a bien longtemps, l'Espagne et l'Italie plus récemment sans augmentation du nombre des licenciements depuis ces modifications législatives.

4. Qu'en est-il des dispositions de la loi sur la notion de motif économique de licenciement ?

Il y a deux éléments essentiels sur ce point dans le projet de loi. La définition du motif économique et le champ d'appréciation de ce motif lorsque l'entreprise appartient à un groupe, notamment international.

On ne peut que se féliciter de la volonté du Gouvernement de revenir à plus de raison et de mettre un terme à la jurisprudence de la chambre sociale tendant à considérer que, parce qu'un groupe notamment étranger est bénéficiaire, il doit nécessairement soutenir ses filiales françaises à n'importe quel prix. Or, quelle est la légitimité d'une telle position ?

Il est injustifiable de devoir démontrer la réalité des difficultés économiques au sein du groupe dans son ensemble, groupe qui peut comprendre des centaines d'entreprises dans des dizaines de pays, pour opérer le licenciement d'un ou deux salariés en France ! L'appréciation du motif économique, lorsque l'entreprise appartient à un groupe, uniquement au niveau du secteur d'activité commun aux entreprises implantées sur le seul territoire national semble déjà beaucoup plus raisonnable ; ce n'est pas parce qu'un groupe international est bénéficiaire qu'il doit maintenir en vie des entreprises défaillantes ou qu'il ne peut les restructurer pour en assurer la viabilité à terme. La jurisprudence de la Cour de cassation sur ce sujet est difficilement compréhensible pour les entreprises, *a fortiori* pour les investisseurs étrangers, et n'existe dans aucun autre pays à notre connaissance.

Il semblerait toutefois juridiquement plus légitime de se limiter au périmètre de l'entreprise en tant qu'entité juridique, même en présence d'un groupe limité à la France. L'entreprise qui n'appartient pas à un groupe, qui est donc seule sur le territoire français et qui peut licencier en démontrant ses difficultés propres se trouve dans une situation moins délicate que l'entreprise dont le groupe en France détient par exemple trois filiales et qui ne pourra pas licencier, même si elle présente des difficultés, si les autres entités du groupe en France agissant dans le même secteur ne rencontrent pas de difficultés économiques. Pour éviter cette rupture d'égalité entre les sociétés françaises placées dans des situations différentes, il conviendrait à notre sens que, dans le cadre des débats parlementaires, soit réintroduite la limitation du périmètre d'appréciation du motif économique à la seule société concernée, le juge étant, si nécessaire, le garant de l'absence de fraude en la matière.

Quant à la tentative de clarification de la définition légale du motif du licenciement économique, on ne peut que la saluer ; elle devrait permettre de limiter les différences d'interprétation entre les juridictions sans ôter l'obligation de justifier d'un motif économique réel. Le projet présenté en conseil des ministres détermine les motifs justifiant un licenciement économique : baisse des commandes ou du chiffre d'affaires, pertes d'exploitation ou importante dégradation de la trésorerie de l'entreprise. C'est l'accord de branche qui déterminera cependant les critères d'appréciation de ces éléments, à défaut de quoi le Code du travail prendra le relais.

Nouveauté du projet de loi par rapport à l'avant-projet : la possibilité pour le juge de contrôler que les difficultés économiques invoquées par l'employeur à l'appui du licenciement n'ont pas été créées artificiellement. Mais cela n'allait-t-il pas de toute façon de soi ? Comment imaginer en effet que les juges ne se seraient pas saisis, d'une manière ou d'une autre, de ce sujet, poussés par les avocats de salariés – et c'est légitime.

5. L'abrogation de l'élargissement du forfait-jours, notamment pour les TPE, vous semble-t-elle judicieuse ?

Le projet réécrit l'intégralité des dispositions du Code du travail sur la durée du travail, l'aménagement et la répartition des horaires, le repos quotidien, les jours fériés et les congés payés, tout en maintenant la durée légale du travail à 35 heures. On ne peut que se féliciter de ce souci de clarification. Cependant, il nous semble tout à fait inéquitable qu'ait été supprimée la possibilité pour les TPE ou PME sans représentant du personnel de bénéficier des dispositions sur les forfaits-jours. En effet, aujourd'hui, sans accord d'entreprise point de forfait, à moins que l'accord de branche contienne des dispositions claires et complètes sur le sujet.

Le projet de loi prévoyait des dispositions supplétives sur les forfaits-jours en l'absence d'accord d'entreprise, les TPE et PME auraient ainsi pu mettre en place des forfaits-jours sans accord, les salariés étant protégés par l'encadrement minimal prévu par la loi.

Cette mesure nous semblait donc rétablir l'égalité entre petites et grandes entreprises « sans casse » pour les salariés. Cette mesure a toutefois été supprimée. Ainsi, les entreprises sans représentants du personnel pourront uniquement prévoir le recours au forfait-jours dans le cadre d'un accord dérogatoire conclu, par exemple avec un salarié mandaté. Nous ne pouvons que regretter cette reculade du Gouvernement sur un dispositif qui aurait contribué à l'embauche de salariés au sein des TPE qui représentent plus de 90 % du tissu économique français, comme on peut regretter la marche arrière du Gouvernement sur la possibilité de fractionner le repos quotidien. Quoi qu'on ait pu prétendre, cette mesure était favorable aux cadres en forfait-jours, leur permettant d'interrompre leur travail en fin de journée, pour s'occuper de leur famille ou autres activités personnelles pour reprendre leur activité professionnelle ultérieurement à leur gré.

6. Quel est votre point de vue sur la possibilité de recourir au référendum pour valider les accords d'entreprise ?

Il nous semble que cette mesure constitue une avancée en termes de démocratie sociale. D'une part, il est envisagé que les accords majoritaires deviennent progressivement la règle d'ici au 1er septembre 2019, comme le prévoit le projet en matière de durée du travail, de repos ou de congés. S'il ne peut-être trouvé de consensus pour un accord majoritaire, la voix des syndicats représentant 30 % des suffrages exprimés lors des dernières échéances électorales ne pourra que s'en trouver renforcée par une confirmation de l'ensemble des salariés. On sait qu'en France, les syndicats sont beaucoup plus faibles que dans d'autres pays – et on ne peut que le regretter ; dans les entreprises où seul un faible pourcentage des salariés participe aux élections professionnelles, le recours au référendum pour valider un accord collectif signé par des syndicats ne représentant que 30 % des suffrages exprimés pourra établir le souhait réel de la majorité des salariés.

7. Que pensez-vous de l'éventuelle taxation des CDD ?

Le Gouvernement, face à la fronde contre son projet de loi, essaye par tous les moyens de contenter les syndicats. Ainsi, il serait prêt, dans le cadre de la nouvelle convention d'assurance chômage en cours de négociation, à favoriser la proposition de la CGT de taxer les CDD et les ruptures conventionnelles. La taxation des CDD

avait déjà été introduite en 2014 par une augmentation des cotisations patronales d'assurance chômage pour les CDD d'usage et les CDD dont le motif du recours est l'accroissement temporaire d'activité, lorsque le CDD a une durée initiale inférieure ou égale à trois mois et que la relation contractuelle ne se poursuit pas en CDI.

Or, si les employeurs ont massivement recours aux CDD, c'est qu'une telle mesure est restée inefficace ; suite à l'augmentation de la part patronale des contributions chômage sur les contrats courts, le nombre de CDD a au contraire continué de progresser et le taux de chômage des jeunes actifs a lui aussi continué à monter...Augmenter la charge des entreprises sur les CDD aura l'effet inverse et ne fera que limiter l'embauche sans augmenter le recours aux CDI. Une entreprise qui a besoin de recruter temporairement ne recrutera pas en CDI ; soit elle pourra absorber les cotisations supplémentaires et recrutera en CDD soit elle ne recrutera simplement pas.