

NUMÉRO SPÉCIAL PROJET DE LOI EL KHOMRI

Sommaire

REVUES

	2
Projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs : vers la "refondation" du Code du travail ?	2
Projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs : dispositions relatives au temps de travail (titre I)	9
Projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs : favoriser une culture du dialogue et de la négociation (titre II)	20
Projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs : sécurisation des parcours professionnels (titre III)	33
Projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs : favoriser l'emploi (titre IV)	41
Projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs : moderniser la médecine du travail (titre V), renforcer la lutte contre le détachement illégal (titre VI) et dispositions diverses (titre VII)	47

Revue

01

Lexbase Hebdo édition sociale n°650 du 7 avril 2016

[Social général] **Projet, proposition, rapport législatif**

Projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs : vers la "refondation" du Code du travail ?

12558651

N° Lexbase : N2111BW4



par *Christophe Radé, Professeur à la Faculté de droit de Bordeaux, Directeur scientifique de Lexbase Hebdo — édition sociale*

Réf. : *Projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs, 24 mars 2016*

Alors que la recodification intervenue en 2008 était censée doter la France d'un Code du travail stabilisé jusqu'en 2020, le projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs, dit "El Khomri" propose une "refondation de notre modèle social" dont la démarche, en trois temps, passe par une "réécriture du Code" confiée à une "commission de refondation" (I). Cette commission se voit attribuer des objectifs (II) et sera guidée par les "principes essentiels" dégagés par le comité "Badinter" (III).

I — La méthode

La mise en place d'une commission de refondation. Le projet de loi instaure "une commission de refondation chargée de mener ce travail à son terme, dans un délai de deux ans". Cette commission sera, selon les termes de l'article 1er du projet, composée "d'experts et de praticiens des relations sociales". Elle devra associer "à ses travaux les organisations professionnelles d'employeurs et syndicales de salariés représentatives au niveau national".

Nouveauté. La constitution d'une commission chargée d'élaborer le "nouveau" Code du travail fait évidemment penser à la Commission de recodification qui a œuvré à la précédente recodification, entre 2005 et 2008 (1), à quelques différences près.

En premier lieu, cette commission-ci est prévue par le projet de loi, alors que lors de la précédente recodification il s'agissait d'une initiative du ministère du Travail lors de l'élaboration du projet d'ordonnance. Il faudra, toutefois, attendre la mise en place effective de cette nouvelle commission pour en découvrir le vrai visage, tant pour ce qui concerne le nombre de ses membres, que leur identité. On ne sait d'ailleurs pas s'il faudra attendre un décret d'application pour en préciser la composition, puis un arrêté pour la nomination de ses membres, ou si un arrêté ministériel suffira.

Le poids paradoxal des experts. En deuxième lieu, cette commission ne reprend pas exactement les équilibres de la précédente. Certes, elle devrait toujours comporter un noyau dur constitué de fonctionnaires du ministère du Travail, et deux cercles, l'un composé d'experts, l'autre des partenaires sociaux, sans doute choisis selon les mêmes principes de parité (entre organisations syndicales et patronales) et de représentativité qu'en 2005. Mais, alors que la commission de 2005 avait confié aux experts et aux partenaires sociaux un rôle identiques, la "nouvelle" commission fait clairement pencher la balance du côté des "experts", à qui est confiée la mission de "*proposer au Gouvernement une refondation de la partie législative du Code du travail*", les partenaires sociaux étant simplement "*associés*" à ses travaux. L'étude d'impact précise qu'il s'agira bien seulement de les auditionner et de les tenir informés de l'avancée des travaux, sans qu'une possibilité effective de proposer des éléments ne soit formellement prévue.

Ce choix est très étonnant, pour ne pas dire paradoxal. La "refondation sociale" annoncée vise, en effet, à "*attribuer une place centrale à la négociation collective, en élargissant ses domaines de compétences et son champ d'action*", et s'inscrit donc clairement dans le prolongement des différents aspects de la réforme de la démocratie sociale engagée ces dernières années. Il pourrait donc sembler logique que les partenaires sociaux, qui sont placés au cœur de la réforme, soit pleinement associés à celle-ci, non pas comme simples spectateurs, mais bien comme acteurs (2). Ils l'avaient été, au même titre que les experts, entre 2005 et 2008, et ce alors même que la précédente recodification avait été voulue à droit constant. On aurait donc pu croire qu'*a fortiori* ils auraient dû l'être aussi, alors que tout le droit du travail devrait être concerné dans le cadre d'une refonte substantielle.

Un cadre temporel et politique peu favorable. Le cadre de la réforme fait également difficulté. Le projet laisse, en effet, à la commission, deux années pour réussir cette refondation, ce qui semble peu, compte tenu de l'ampleur des travaux, sauf à limiter cette refondation à une série de principes généraux sans véritable portée, à l'image des "principes essentiels" issus du comité "Badinter". Il n'est pas également certain que les moyens humains suffisants pourront être dégagés du côté du ministère du Travail pour réaliser le travail.

Surtout, la commission est mise en place à la veille de l'élection présidentielle, et verra son mandat se poursuivre après celle-ci, comme si le changement possible d'équipe dirigeante était sans effet sur le projet. Or, celui-ci est éminemment politique et il n'est pas certain que les prochains occupants du Palais de l'Élysée et de l'Hôtel Matignon auront le désir de poursuivre ce projet-ci, avec cette méthode là.

II — Les objectifs

Refonder. La "*refondation du modèle social*" auquel aspire le Gouvernement part des différents constats dressés (la mondialisation, la part croissante des services dans l'économie, l'élévation des qualifications, le numérique, l'émergence de nouvelles formes d'emploi, la multi-activité, la transition énergétique, les changements dans les parcours professionnels, dans les modes d'organisation du travail) et des réformes intervenues ces dernières années (attachement des protections aux personnes, plus qu'aux emplois, et mise en place de nouveaux droits comme le CPF, les droits rechargeables à l'assurance chômage, le droit à la complémentaire santé et la portabilité de la prévoyance ; gouvernance sociale des entreprises ; anticipation des situations de difficultés grâce notamment à la GPEC ; accompagnement des difficultés avec les AME ; réforme de la démocratie pour accorder plus de place aux acteurs ; modernisation des politiques de santé et de sécurité dans les entreprises).

Pour le Gouvernement, il s'agit désormais d'aller plus loin, et c'est la direction qui est ici indiquée à la future commission et constitue l'objet de cette "refondation" sociale : "*mieux protéger les personnes tout au long de leur parcours professionnel indépendamment de leur statut, permettre aux entreprises de mieux anticiper les mutations économiques dans le dialogue avec les représentants de leurs salariés*".

Ces principes sont explicités dans l'exposé des motifs, et il s'agira de "*renforcer la place de la négociation collective, notamment au niveau de l'entreprise*".

L'emploi du terme de "refondation" n'est sans doute pas un hasard, car il ne figurait nullement dans le rapport remis par Jean-Denis Combrexelle au Premier ministre en septembre 2015 (3), dont il constitue pourtant la principale source d'inspiration (4). Ce terme emprunte, en réalité, à d'autres projets plus anciens (5) et un autre rapport, et n'est pas sans rappeler le rapport remis par Jacques Barthélémy et Gilbert Cette au Conseil d'analyse économique en 2010 (6), et les nombreuses publications des intéressés depuis cette date à commencer par le rapport publié au même moment en 2015 (7). Même si les objectifs particuliers poursuivis par les uns et les autres ne sont pas exactement les mêmes, le sens général des réformes préconisées est convergent : moins d'ordre public légal, et plus de droit conventionnel, avec une priorité donnée aux normes d'entreprises sur les accords de branche. L'objectif poursuivi est donc, en simplifiant à peine, de transférer la production des normes du national étatique vers le local négocié, et de construire l'architecture du Code autour de la nouvelle trilogie de la refondation sociale distinguant "*les règles d'ordre public auxquelles il n'est pas possible de déroger*", les règles négociables, et "*les règles supplétives applicables en l'absence d'accord*".

Un objectif trompeur. Présenté ainsi dans l'exposé des motifs, l'objectif est trompeur.

Il ne s'agit pas, en toute logique, de réécrire tout le droit du travail, comme semble le suggérer le Gouvernement, et de reconstruire l'intégralité du plan du Code (8) pour le remplacer par les fameuses trois parties (tant en partie législative que réglementaire) distinguant ce qui est d'ordre public, ce qui est négociable et ce qui est supplétif, ce qui mettrait par terre l'intérêt du passage à une numérotation à quatre chiffres voulue par la commission supérieure de codification lors de la précédente recodification intervenue après 2004. Le plan du Code devrait donc toujours demeurer dans sa structure globale divisée en huit parties thématiques (9), et la plupart des sous-distinctions en titres, voire en chapitres, être maintenues, pour les mêmes raisons, chaque "ensemble" faisant simplement l'objet de la distinction ternaire évoquée par le projet, et mise en œuvre dans les dispositions relatives à la durée du travail. On en voudra d'ailleurs pour preuve précisément ces dispositions relatives à la durée du travail qui n'opèrent cette fameuse distinction ternaire que question par question, et non de manière globale (10).

On peut d'ailleurs se demander si cette nouvelle architecture, présentée comme la clef de voûte du futur Code du travail, n'aurait pas été abusivement construite sur le modèle des futures dispositions relatives à la durée du travail, tant ces questions se prêtent à la distinction entre ce qui n'est pas négociable (notamment les durées maximums), ce qui l'est et ce qui s'applique à défaut d'accord. Mais d'autres sujets semblent plus hermétiques à cette distinction, comme les parties relatives à la santé et la sécurité au travail, à l'emploi, à la formation professionnelle, ou au contrôle de l'application de la législation du travail, où les dispositions d'ordre public risquent d'être très nombreuses, et les dispositions négociables et supplétives finalement assez rares.

Refonder la seule partie législative ? Le projet de loi limite la refondation à la partie législative du Code, ce qui peut sembler logique dans la mesure où il s'agit d'un projet de loi, et où le Gouvernement n'a pas à faire figurer dans ce texte de dispositions qui relèvent de la compétence du pouvoir réglementaire (11). Il ne faudrait toutefois pas sous-estimer l'impact de cette réforme sur la partie réglementaire du Code du travail qui ne pourra demeurer indemne.

En premier lieu, le principe qui a été adopté en 2008 par l'ancienne commission de recodification, est celui de l'identité des plans des parties législative et réglementaire, et ce afin de faciliter l'accès aux dispositions réglementaires à partir du plan de la partie législative. Lorsqu'on modifie le plan de la partie législative, on modifie donc également celui de la partie réglementaire.

En second lieu, le projet vise à simplifier la partie législative et à transférer de nombreuses normes étatiques vers les normes négociées. Il faut donc alléger la partie législative du Code du travail, mais un même effort devra nécessairement être réalisé pour ce qui concerne la partie réglementaire.

Certes, le Gouvernement, qui sera à l'origine de la future version du Code du travail, certainement dans le cadre d'une habilitation législative à procéder par voie d'ordonnance, aura tout le loisir de procéder de manière identique pour la partie réglementaire, mais on sait, par l'exemple, de la précédente recodification, que pour construire intelligemment le plan de la partie législative, il convient d'anticiper sur le plan de la partie réglementaire, notamment pour construire le plan à partir des dispositions réglementaires lorsque celle-ci est particulièrement importante, ce qui est le cas notamment en matière de santé et de sécurité où de nombreuses subdivisions du plan de la partie législative ont été créés uniquement en miroir au plan de la partie réglementaire, et se trouvent vides de toute disposition législative.

Le Gouvernement l'avait d'ailleurs bien compris lors de la précédente recodification, et avait maintenu la commission en place jusqu'à la préparation de la partie réglementaire, en mars 2008, soit un an après la publication de l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 concernant la partie législative (N° Lexbase : L6603HU4) (12).

On peut donc imaginer que la commission ne pourra pas s'en tenir à la seule partie législative et qu'elle devra donc aussi envisager de réformer certains pans de la partie réglementaire, ce qui ne fera qu'alourdir encore la tâche et rendre le délai de deux ans encore plus improbable.

III — Les principes

A — Une histoire mouvementée

L'ouvrage. La publication de l'ouvrage *Le travail et la loi en juin 2015* (Fayard) par Robert Badinter et Antoine Lyon-Caen avait fait l'effet d'une bombe. Partant du constat, par ailleurs largement partagé, de l'échec des politiques visant à favoriser l'entrée sur le marché du travail des plus jeunes et le maintien dans l'emploi des "seniors", les auteurs y instruisaient, après d'autres, le procès d'un droit du travail devenu trop complexe et incapable de répondre aux objectifs qui lui avaient été assignés et exacerbant le sentiment d'incompréhension des chefs d'entreprise. Pour rompre avec un Code aussi lourd qu'inefficace, les auteurs avaient souhaité "*extraire du droit actuel ses lignes directrices, ou mieux, ses principes*" (page 20).

Immédiatement, les ambiguïtés et les limites du projet étaient apparues. S'agissait-il de remplacer le code actuel par quelques principes, ou au contraire de renforcer la protection des salariés par une déclaration des droits inscrits au frontispice du Code du travail et renforçant les garanties actuelles ? Au-delà de l'exercice de style, cette approche par les "principes essentiels" allait-elle préfigurer un Code du travail d'un nouveau genre, plus économe en normes étatiques et laissant plus de place aux acteurs, bref d'un ballon d'essai habilement, et discrètement, lancé par le Gouvernement ?

Le comité. La réponse ne tarda pas, et quelques semaines plus tard, ces mêmes auteurs se voyaient, cette fois-ci de manière "officielle", investis de la mission de compléter leur travail en proposant de nouveaux principes "essentiels" destinés à figurer en tête d'un futur Code du travail "refondé", principes qui furent élaborés dans un délai exprès par un comité de neuf Sages (13) et immédiatement repris dans un "*préambule pour le Code du travail*" par l'avant-projet de loi dit "El Khomri", visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs.

Le recul du Gouvernement. Mais après les réserves émises par le Conseil d'Etat lors du premier avis (14), le nouvel avant-projet présenté en Conseil des ministres le 24 mars 2016 renonce à les placer dans un chapitre préliminaire au futur Code du travail pour en faire uniquement la "base" des travaux de la future commission de "refondation" du Code du travail.

B — Des principes "essentiels"

Une synthèse. Le comité "Badinter" s'est efforcé de travailler "*à droit constant*", en fondant son analyse sur les dispositions actuelles du droit du travail au travers d'une "*synthèse*" des "*textes constitutionnels, législatifs, internationaux et européens ainsi que [des] jurisprudences constitutionnelle, judiciaire et administrative, pour en dégager les principes qui constituent leur armature*".

La lecture des 61 principes, organisés en huit sections, ne réserve pas de véritable surprise pour le lecteur, féru de droits fondamentaux, qui y retrouvera l'influence familière de certaines conventions de l'OIT, des Chartes européennes, ou encore du Préambule de la Constitution de 1946. Ceux qui attendaient que nouveaux principes émergent en seront donc pour leurs frais (15).

Le Conseil d'Etat, dans son second avis (16), n'a pas manqué, d'ailleurs, de retracer cette filiation (17) et identifier ceux qui résultaient de la Déclaration des droits e l'Homme et du citoyen de 1789 (ainsi l'égalité de l'article 4 N° Lexbase : L1368A9K), de la CESDH (ainsi la liberté de convictions de l'article 6 N° Lexbase : L7558AIR), des conventions de l'OIT, singulièrement de la Convention n° 158 de 1982 (ainsi le droit à préavis et à indemnité de licenciement de l'article 29 N° Lexbase : L0963AII), des dispositions du droit de l'Union (ainsi l'obligation de sécurité de l'article 39).

Le comité en a soigné la rédaction, les principes étant rédigés avec sobriété et concision (18). Les mauvaises langues (19) ont toutefois regretté le caractère minimaliste, voire régressif, de certaines formules (20), et ce sont effectivement les modifications intervenues dans la reprise de certains droits issus des Conventions internationales qui ont conduit le Conseil d'Etat à sortir les principes du Code, comme le principe du maintien des contrats de travail en cas de transfert d'entreprise, issu de la Directive 2001/23 du 12 mars 2001 (N° Lexbase : L8084AUX), dite "transferts", et repris à l'article 19 en des termes différents (21).

Ces principes demeurent, par la force des choses, à un haut niveau de généralité et manquent considérablement

"d'épaisseur" (22), et ne pourront véritablement livrer leurs secrets qu'une fois mis en œuvre plus concrètement par le législateur. C'est également pour cette raison que le Conseil d'Etat a émis des réserves sur leur intégration au sein du Code du travail, singulièrement pour les principes à valeur législative qui se retrouvaient rédigés en des termes différents des dispositions légales actuelles, créant ainsi une incertitude sur leur interprétation (23).

Une élaboration "à droit constant" ? La référence au "droit constant", brandie notamment par le Premier ministre à l'occasion de la remise du rapport, est d'ailleurs des plus incertaines.

Elle est d'abord fâcheuse dans la mesure où elle introduit une confusion avec la recodification intervenue en 2008 qui s'était *réellement* réalisée à droit constant. Or, pour parvenir à ces 61 principes, le comité a dû faire des choix (24), écarter certains principes (25), en tronquer d'autres (26), en consacrer d'autres encore (27) et adopter des formulations qui sont loin de réaliser l'objectif du droit constant ; que peut-on ainsi penser de la définition du droit de grève de l'article 49 qui nous dit que l'exercice de ce droit du salarié vise à la défense "*de ses intérêts*", chassant ainsi la référence aux revendications professionnelles ?

Des principes en porte-à-faux. La consécration des principes *actuels* en guise d'introduction au Code du travail *futur* traduisait, par ailleurs, un certain décalage entre le comité et les intentions du Gouvernement telles qu'elles se traduisent dans le projet de loi "El Khomri". Ainsi, le comité consacre formellement le "principe de faveur" comme principe de règlement des conflits de normes (art. 56) au moment où, dans le prolongement de la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 et du rapport "Combrexelle", l'ordre public recule et le principe de subsidiarité progresse, ce qui réduit de manière spectaculaire les hypothèses de conflits entre normes et partant, le champ d'application du principe de faveur.

Un autre décalage apparaît à la lecture du rapport entre l'ambition affichée par le comité, qui est d'"*assurer le respect des droits fondamentaux de la personne humaine au travail*", et l'intitulé du projet de loi "El Khomri" "*visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs*". Ainsi, la liberté d'entreprendre, pourtant protégée par le Conseil constitutionnel dont Robert Badinter a été le président pendant près de dix ans, ne figure nulle part dans les principes, l'entreprise n'apparaissant dans la liste que comme espace d'exercice des droits des salariés mais non comme titulaire de droits ou de libertés propres. Le comité n'a donc pas exactement réalisé une photographie fidèle de "principes" latents en droit du travail, mais propose une certaine vision de ces principes.

Au-delà des réserves concernant les principes eux-mêmes, il est possible de s'interroger sur l'utilité de ce catalogue, pris à la fois dans sa dimension juridique et symbolique.

C — Une autorité symbolique

Dès l'origine. De l'aveu même des membres du comité qui se sont largement exprimés lors de la "tournee de promotion" du rapport (28), il ne s'agissait pas, à proprement parler, de consacrer une Charte des droits sociaux fondamentaux conférant aux principes une autorité normative nouvelle, mais de leur donner une lisibilité particulière, de réaffirmer l'attachement du Code du travail, de créer "*un système de références pour ceux qui auront pour mission d'interpréter les règles et de les appliquer*", ainsi d'"*éclairer tout le Code du travail*". Loin de constituer de véritables normes, ces "principes essentiels", à tout le moins dans cette forme là, ne constituent ainsi que de simples "*propositions descriptives*", pour reprendre l'expression d'Antoine Jeammaud (29), un simple "*guide d'interprétation*" (30) n'ayant pas vocation à produire des effets de droit propres (31).

Dans la mesure où ces principes n'avaient pas été institués par le comité mais simplement *identifiés* dans le chapitre préliminaire du Code du travail, la question de leur autorité au sein du Code du travail pouvait sembler secondaire dans la mesure où ils conservent leur valeur d'origine, constitutionnelle ou conventionnelle selon leur source, sans que leur reprise en figure de proue du Code du travail n'y change rien.

Mais alors, à quoi bon inscrire dans le Code du travail, qui constitue depuis plus d'un siècle la source des principales garanties accordées aux salariés, une liste de principes sans véritable portée normative propre, au risque de jeter le trouble sur la valeur et la portée des autres principes compris dans le Code (32), et dont le juge ne pourra tirer aucune conséquence nouvelle ?

C'est précisément pour cette raison que le Conseil d'Etat a vivement encouragé le Gouvernement à les faire figurer en dehors du Code du travail, ce qui a été fait à l'occasion de la présentation du nouveau projet.

Aujourd'hui. Si les principes essentiels demeurent dans le nouveau projet déposé à l'Assemblée nationale le 24 mars (33), leur importance a été sensiblement revue à la baisse puisque s'ils conservent leur autorité *morale*, ils ont perdu toute normativité, la commission devant seulement "s'appuyer" sur ces 61 principes. Si des doutes existaient

sur l'autorité proprement juridique de ces principes, ils sont désormais levés, et la réponse évidente : ils n'en auront aucune ...

L'occasion manquée. Cette fin sans gloire des 61 principes essentiels n'est pas satisfaisante, car le travail accompli fournissait la matière d'une véritable Charte sociale constitutionnelle, annexée à la Constitution comme le fut la Charte de l'environnement en 2004 (34), ce qui aurait eu le double mérite de compléter le très minimaliste Préambule de la Constitution de 1946 (N° Lexbase : L6821BH4) et de renforcer le rôle du Conseil constitutionnel dans la défense des droits économiques et sociaux ? N'y avait-il pas là matière à mobiliser positivement le Parlement sur une réforme constitutionnelle moderne et ambitieuse, loin de l'écume du débat sur la déchéance de nationalité et l'état d'urgence ?

(1) Sur le lancement du processus de recodification après la loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit (N° Lexbase : L4734GUU), voir nos obs., Lexbase, éd. soc., n° 151, 2005 (N° Lexbase : N4226AB7).

(2) Il est également étonnant de voir avec quelle légèreté le projet de loi prétend s'inscrire dans le cadre défini par les articles L. 1 à L. 3 du Code du travail : le Conseil d'Etat, dans son avis du 17 mars 2016 (CE, avis du 17 mars 2016, n° 391 197 N° Lexbase : A1701RBM), a pourtant considéré que la procédure retenue, à savoir une lettre transmise aux partenaires sociaux après la restitution du rapport "Combrexelle" pour leur demander s'ils souhaitaient négocier, et le refus opposé par ces derniers, permettait de considérer que la procédure instaurée par la loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 ([L2479HUD]) dite "Larcher" avait été respectée (consid. 3). Cela démontre, pour ceux qui pouvaient en douter, à quel point ces dispositions sont, en réalité, dépourvues de toute véritable normativité, en raison de leur placement dans le Code du travail, ce qui les prive de véritable valeur contraignante pour le Gouvernement qui tire son pouvoir d'initiative législative de la Constitution (en ce sens notre étude *La loi négociée : simple marketing politique ou véritable produit de la démocratie sociale ?*, Dr. ouvrier, 2010, pp. 319-323).

(3) G. Auzero, Lexbase, éd. soc., n° 626, 2015 (N° Lexbase : N9068BUE). J. Denis Combrexelle se défend pourtant de s'inscrire dans cette ligne et dénonce même les *"tenants d'une pensée circulaire qui partent de l'accord d'entreprise, pour y revenir"* : à lire dans le dossier spécial que la revue *Droit social* consacre aux projets en mai 2016.

(4) Exposé des motifs, page 5.

(5) Sur la critique de ce *"vieux projet de contrat collectif d'entreprise" [...]* qui emprunte à l'agenda néo-libéral des années 1970", A. Supiot, préf.. A la nouvelle édition de *Au-delà de l'emploi*, Flammarion, 2016, sp. p. XXI.

(6) *"Refondation du droit social : concilier protection des travailleurs et efficacité économique"*, La documentation française, 2010.

(7) Dernièrement, le rapport pour la fondation Terra Nova présenté dans Lexbase, éd. soc., n° 626, 2015 (N° Lexbase : N9030BUY).

(8) Et pourtant l'étude d'impact insiste lourdement sur cet aspect.

(9) Les relations individuelles de travail ; les relations collectives de travail ; durée du travail, salaire, intéressement, participation et épargne salariale ; santé et sécurité au travail ; l'emploi ; la formation professionnelle tout au long de la vie ; dispositions particulières à certaines professions et activités ; contrôle de l'application de la législation du travail.

(10) Le meilleur exemple est le premier, celui des dispositions relatives au travail effectif (page 36 du projet).

(11) Voilà pourquoi le Conseil d'Etat, dans son avis rendu public, a écarté du projet certaines dispositions de l'avant-projet (consid. 10).

(12) Lire nos obs., Lexbase, éd. soc., n° 253, 2007 (N° Lexbase : N3582BAW).

(13) Voir nos obs., Lexbase, éd. soc., n° 642, 2016 (N° Lexbase : N1135BWX).

(14) Le Conseil d'Etat a d'ailleurs clairement laissé transparaître, lors de son deuxième avis, ses doutes sur le placement initial de ces principes au sein du futur Code du travail : *"Le Conseil d'Etat estime pertinent le parti retenu par le Gouvernement de donner à ces principes essentiels le caractère d'un guide pour la refondation de la partie législative du Code du travail"*, en raison des différences d'interprétation possible résultant des libertés prises par le comité Badinter avec la rédaction des principes ayant leur source dans des instruments internationaux.

(15) M. Poirier, *L'essentiel du rapport Badinter*, Dr. ouvrier, 2016, p. 112, pour qui "*la montagne accouche d'une souris*"; E. Barbara, "*Des principes essentiels tournés vers le passé*", SSL n° 1708 du 1er février 2006, p. 6.

(16) Préc..

(17) Par ailleurs favorisée par la méthode de réalisation des principes, explicitée par les deux rapporteurs, qui ont expliqué que les services du ministère du Travail leur avait fourni un tableau comparatif des principes instrumentaux conventionnels pour leur permettre de dégager ces fameux principes (en ce sens, L. Pécaut-Rivolier et G. Dumortier dans la SSL, préc.).

(18) E. Barbara, préc., qui parle d'un "*travail d'orfèvre*".

(19) Sans doute les "déclinologues" dénoncés par F. Favennec au JCP éd. S, 2016, act. 81.

(20) Ainsi la référence au "*bon fonctionnement de l'entreprise*" comme limite aux droits et libertés des salariés dans l'entreprise : en ce sens E. Dockès, *La commission Badinter vaporise le droit du travail*, Dr. ouvrier, 2016, p. 114.

(21) Avis préc., §. 9.

(22) Expression empruntée à P. Lokiec, SSL, n° 1708 du 1er février 2016, p. 8.

(23) Avis préc., §. 9, à propos du principe n° 33 et de la référence à la durée "*normale*" de travail, qui évoque la durée "*légale*", mais qui n'est pas consacrée par le Code actuel et risque d'entraîner des confusions, au moins dans l'esprit du public.

(24) Sur l'explication de sa méthode de travail, G. Dumortier et L. Pécaut-Rivolier, SSL, n° 1708 du 1er février 2016 ; RDT, 2016, p. 79.

(25) Rien sur la responsabilité du salarié qui n'est engagée vis-à-vis de son employeur qu'en cas de faute lourde, rien sur le droit au remboursement des frais professionnels, ni sur la nullité du licenciement portant atteinte à une liberté fondamentale.

(26) L'article 7 protège la victime du harcèlement mais oublie celui qui dénonce, ou témoigne.

(27) Ainsi le principe de "*conciliation entre la vie professionnelle et la vie personnelle et familiale*" doit être "*recherchée*" (article 9), ou encore l'information du salarié, "*lors de son embauche, des éléments essentiels de la relation de travail*" issue d'une Directive non transposée (article 16).

(28) A. Lyon-Caen, D., 2016, p. 368 ; F. Favennec, préc. ; G. Dumortier et Laurence Pécaut-Rivolier, préc..

(29) A. Jeammaud, "*Des principes du droit du travail ?*" SSL du 21 décembre 2015.

(30) B. Serizay, "*Libres propos*", JCP éd. S, 2016, act. 55, et F. Favennec, préc..

(31) En ce sens P. Lokiec, préc..

(32) En ce sens J. — P. Agaesse dans *Le Monde* du 21 mars 2016.

(33) Projet n° 3600.

(34) Notre tribune dans Dr. soc., 2016, p. 97.

Revue

02

Lexbase Hebdo édition sociale n°650 du 7 avril 2016

[Social général] **Projet, proposition, rapport législatif**

Projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs : dispositions relatives au temps de travail (titre I)

12558669

N° Lexbase : N2116BWB



par Sébastien Tournaux, Professeur à la Faculté de droit de Bordeaux

Réf. : *Projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs, 24 mars 2016*

Comme l'énonce l'exposé des motifs accompagnant projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs, le titre Ier du projet "définit la nouvelle architecture pour la partie du Code relative au temps de travail et aux congés", formule qui constitue l'intitulé du chapitre 2 de ce titre qui reprend l'intégralité du titre II du livre Ier de la troisième partie du Code du travail. Le chapitre est composé de cinq articles redéfinissant les niveaux normatifs de ce titre du Code : un premier niveau est consacré aux règles légales d'ordre public ; un deuxième niveau détermine le champ de la négociation collective et un troisième niveau fixe les règles supplétives applicables à défaut d'accord.

Commentaire

I — Présentation générale des dispositions relatives au temps de travail. L'article 2-II projette d'introduire un nouvel article L. 3111-3 au Code du travail qui, en guise de chapeau coiffant l'ensemble du livre Ier de la troisième

partie du Code, annonce le découpage des différents titres et chapitres en trois niveaux normatifs : règles d'ordre public ; champ ouvert à la négociation ; règles supplétives à défaut d'accord.

Il convient immédiatement de préciser que l'exposé des motifs indique qu'en "*l'absence d'accord, les garanties sont maintenues à leur niveau actuel*". Si l'on fait donc abstraction des changements opérés en matière de hiérarchie des normes dans le domaine du temps de travail, les planchers actuels restent généralement inchangés et l'opération ne devrait donc être guère éloignée d'une recodification à droit constant du titre II du livre 1er de la troisième partie du Code.

L'article 2-I du projet vise à introduire les précisions apportées par la jurisprudence à la notion de cadre dirigeant, en modifiant le texte de l'article L. 3111-2 du Code du travail : est un cadre dirigeant celui "*participant à la direction de l'entreprise*" (1). Le très long III de l'article 2 du projet remodèle l'ensemble du titre II du livre 1er de la première partie du Code selon ce schéma directeur. Le IV de l'article 2 reprend, selon la même logique, le chapitre 1er du titre III consacré au repos quotidien, le chapitre III consacré aux jours fériés (2) et le chapitre 1er du titre IV consacré aux congés payés. L'article 3 du projet réforme les deux premières sections du chapitre II du titre IV du livre 1er consacrées aux très nombreux congés spéciaux encadrés par le Code du travail (3). La même méthode est employée par l'article 4 du projet pour le titre V du livre 1er de la troisième partie du Code consacrée au compte épargne-temps. L'article 5 du projet comporte des dispositions transitoires en vue de sécuriser les conventions individuelles de forfait conclues en application d'anciens accords collectifs non conformes aux nouvelles exigences introduites par le projet en la matière. Enfin, l'article 6 transpose la Directive 2014/112 du 19 décembre 2014, portant application de l'accord européen concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail dans le secteur de la navigation intérieure (N° Lexbase : L108517C).

La lecture de l'étude d'impact montre que l'objectif du Gouvernement est double : offrir davantage de souplesse aux entreprises en favorisant la négociation d'entreprise au détriment de la négociation de branche ; stimuler la négociation collective au niveau de l'entreprise par une présentation plus claire de la répartition des compétences entre législateur et partenaires sociaux (4). La priorité est donnée à l'accord d'entreprise ou d'établissement sur l'accord de branche, selon un procédé déjà employé à plusieurs reprises par la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail (N° Lexbase : L7392IAZ) (5). L'inversion de l'ordre a pour objectif d'empêcher, sans le dire aussi clairement, la stipulation dans l'accord de branche d'une clause de verrouillage destinée à interdire à l'accord d'entreprise de choisir des modalités ou des contreparties moins favorables que celles de l'accord de branche (6). La démarche n'est toutefois pas toujours très claire et comporte une ambiguïté qu'il est bien difficile d'atténuer.

Manque de clarté, d'abord, parce que si la majorité des textes réformés donne bien la priorité à l'accord d'entreprise dans les domaines ouverts à la négociation, un nombre non négligeable de dispositions maintiennent la primauté à la négociation de branche. Or, on peine à trouver une clé de répartition rationnelle entre les deux champs de négociation. Ainsi, pour ne donner, à ce stade, qu'un seul exemple, la détermination du montant de la majoration des heures supplémentaires est confiée à l'accord d'entreprise par priorité à la branche alors que, dans le même temps, la détermination du montant de la majoration des heures complémentaires reste, par principe, du domaine de la négociation de branche, sans que l'on puisse trouver une justification satisfaisante du choix opéré pour l'une et pour l'autre (7).

Ambiguïté, ensuite, en ce que le projet classe de très nombreuses dispositions dans le domaine de l'"ordre public", sans que l'on puisse savoir avec certitude de quel type d'ordre public il s'agit. L'article L. 2251-1 du Code du travail (N° Lexbase : L2406H9Y) n'est pas modifié par le projet de loi. Pour mémoire, ce texte dispose qu'une convention ou un accord collectif peut comporter des stipulations plus favorables aux salariés que la loi mais qu'"ils ne peuvent déroger aux dispositions qui revêtent un caractère d'ordre public". Cet ordre public, on le sait, peut revêtir deux significations : les volontés individuelles ou collectives ne peuvent jamais déroger aux dispositions légales d'ordre public qui sont alors qualifiées d'ordre public absolu ; elles ne peuvent y déroger qu'*in favorem*, elles sont alors qualifiées d'ordre public social. Traditionnellement, et par principe, les lois en droit du travail sont d'ordre public social et ce n'est que par exception qu'il est totalement interdit d'y déroger. Toutefois, puisque ce principe est maintenu à l'article L. 2251-1 du Code du travail, la qualification d'ordre public opérée dans la nouvelle architecture n'a aucun intérêt autre que pédagogique. La qualification d'ordre public proposée par le texte pourrait alors amener à penser que c'est d'ordre public absolu qu'il est question (8).

Les très nombreuses dispositions du projet placées dans des sections ou des sous-sections intitulées "*ordre public*" deviendraient-elles insusceptibles de dérogation, qu'il s'agisse de négociation *in pejus* ou *in favorem* ? Le doute s'intensifie lorsque l'on observe que, dans certains chapitres modifiés par le projet, la partie consacrée à la négociation collective permet expressément et assez souvent la dérogation *in favorem* (9), ce qui était, jusqu'ici, rarement le cas, puisqu'il s'agit, en droit positif, de la règle de principe. Les partenaires sociaux, quel que soit le niveau, savent

parfaitement qu'ils ont la possibilité d'améliorer l'existant, ce qui discrédite la thèse selon laquelle il ne s'agirait que de rappels d'ordre pédagogique.

En somme, avec prudence, compte tenu de l'ambiguïté entretenue, on en vient à se demander si l'ordre public social n'est pas sur le point de devenir exceptionnel. Si les intentions du Gouvernement ne sont pas de cet ordre, des précisions terminologiques (quel ordre public ? quelle dérogation ?) sont indispensables. Dans le cas contraire, si la méthode employée pour le temps de travail devait être transposée à l'ensemble des parties du Code du travail, ce ne serait donc pas seulement l'articulation entre accord de branche et accord d'entreprise qui serait inversée, mais également l'ordre public social, principe fondamental du droit du travail, qui serait en voie de disparition.

II — Réforme de la durée du travail, de la répartition et de l'aménagement des horaires

A quelques rares exceptions près, le projet de loi reprend le droit existant. Les changements les plus significatifs résultent de la priorité souvent donnée à l'accord d'entreprise ou à l'accord d'établissement sur l'accord de branche, en cas d'aménagement conventionnel.

Travail effectif, astreintes et équivalences. Le projet intègre les actuels articles L. 3121-1 (N° Lexbase : L0291H9N) à L. 3121-4 du Code du travail (définition du temps de travail effectif, temps de restauration, temps de pause, temps d'habillage et temps de déplacement professionnel) dans le champ de l'ordre public. Les renvois actuellement opérés à la négociation collective (rémunération éventuelle des temps de pause, contrepartie au temps d'habillage ou au temps anormal de trajet) sont renvoyés aux articles L. 3121-5 (N° Lexbase : L0295H9S) et L. 3121-6 (N° Lexbase : L0296H9T) sans aucun changement substantiel.

Les dispositions supplétives envisagées par l'article L. 3121-7 du Code du travail (N° Lexbase : L0297H9U) sont en apparence plus innovantes. L'article L. 3121-7 autorise, à défaut d'accord, le contrat de travail à fixer la rémunération des temps de pause, les contreparties au temps d'habillage et aux déplacements professionnels excédant le temps de trajet normal. Suivant son objectif de "refondation" à droit constant, le projet n'envisage donc pas d'établir des *minima* pour ces contreparties, si bien que la qualification de "*dispositions supplétives*" est trompeuse. Par ailleurs, la détermination de ces contreparties par contrat de travail semblait déjà envisageable, sans que le texte ne soit aussi précis, les dispositions en cause n'étant pas d'ordre public absolu.

Astreintes et équivalences. Les articles L. 3121-8 et L. 3121-9 issus du projet reprennent les dispositions législatives actuelles relatives à la définition de l'astreinte, à la qualification de temps de travail effectif du temps d'intervention, à l'obligation de prévoir des contreparties, à l'information des salariés du programme des astreintes et à la prise en compte des temps d'attente dans les temps de repos. Le projet ne modifie donc pas, comme il aurait pu le faire, l'articulation entre temps d'attente et temps de repos, dont on sait, pourtant, qu'elle est en porte-à-faux avec l'interprétation de la Charte sociale européenne révisée issue du Comité européen des droits sociaux (10).

Le champ de la négociation collective fait l'objet de l'article L. 3121-10 du Code du travail. L'objet de la négociation sera identique (modalités d'organisation, contreparties, etc.). Le projet prévoit un ordre de priorité, les astreintes étant mises en place par accord d'entreprise ou d'établissement et seulement, "*à défaut*", par accord de branche.

A nouveau, les dispositions supplétives présentent un intérêt particulier. L'article L. 3121-11 prévoit qu'à défaut d'accord, le mode d'organisation des astreintes et leur compensation sont fixées par l'employeur après consultation des représentants du personnel et information de l'inspecteur du travail. On peut relever l'absence de parallélisme de rédaction entre l'article L. 3121-10 et l'article L. 3121-11. Le premier permet à la négociation collective de "*mettre en place les astreintes*", alors que le second autorise l'employeur, à défaut d'accord, à fixer "*le mode d'organisation des astreintes et leur compensation*". Cette rédaction est malheureuse car elle laisse penser que l'employeur ne pourra pas mettre unilatéralement en place des astreintes mais, seulement, déterminer les contreparties ou les modalités de celles-ci qu'un accord aurait assez hypothétiquement omis de fixer. A quoi sert le pouvoir de détailler le fonctionnement des astreintes sans pouvoir les mettre en place ? Si le Parlement souhaite autoriser l'employeur à mettre unilatéralement en place des astreintes, ce texte méritera d'être précisé.

Les règles relatives aux horaires d'équivalence sont elles aussi réarticulées. Une définition est établie à l'article L. 3121-12 au titre des dispositions d'ordre public. La négociation collective aura, comme c'est le cas aujourd'hui, la possibilité d'instituer une durée équivalente et de déterminer la rémunération des périodes d'inaction. Seul un accord ou une convention collective de branche y sont habilités, à rebours de la décentralisation qui irrigue l'ensemble du projet. Les horaires d'équivalence sont peut-être perçus comme trop dangereux pour être laissés aux mains de la négociation d'entreprise ? A moins qu'il ne s'agisse d'éviter une forme de *dumping* social dans les secteurs concernés (on pense notamment au transport routier) ? Enfin, à titre supplétif, un décret pourra toujours, faute d'accord, instituer un régime d'équivalence.

Durées maximales de travail. Toujours selon le même schéma directeur, les dispositions légales relatives aux temps de pause et aux durées quotidiennes et hebdomadaires maximales sont réorganisées sans changement profond. Le minimum de vingt minutes de pause toutes les six heures, d'une durée maximale quotidienne de dix heures et d'une durée maximale de quarante-huit heures par semaine (et quarante-quatre heures en moyenne sur douze semaines) sont reprises au titre des dispositions d'ordre public aux articles L. 3121-15, L. 3121-17 et L. 3121-19 du projet.

La négociation collective dispose de prérogatives variables selon les temps considérés. Comme cela est déjà le cas, la durée des temps de pause peut toujours être améliorée par accord, sachant, toutefois, que l'accord d'entreprise primerait l'accord de branche. L'article L. 3121-18 ouvre, en revanche, une nouvelle possibilité de dérogation en matière de durée quotidienne maximale de travail. Alors que des dérogations n'étaient, jusqu'ici, permises que par décret, le texte autorise l'accord d'entreprise ou d'établissement et, à défaut, l'accord de branche, à prévoir un dépassement de la durée maximale quotidienne en cas "*d'activité accrue*" ou "*pour des motifs liés à l'organisation de l'entreprise*", à condition, toutefois, qu'un plafond absolu de douze heures par jour ne soit pas dépassé. De manière assez surprenante, cette nouvelle disposition impliquerait la légalisation d'une disposition jusqu'ici prévue par décret (11). L'opération peut toutefois être admise car la compétence du pouvoir réglementaire semblait douteuse s'agissant de déléguer aux partenaires sociaux le pouvoir de déroger à la durée maximale quotidienne, maximum qui relève très probablement des principes fondamentaux du droit du travail au sens de l'article 34 de la Constitution (N° Lexbase : L1294A9S) (12). Enfin, s'agissant de la durée hebdomadaire, l'article L. 3121-22 simplifie la faculté des partenaires sociaux de prévoir un dépassement de la durée maximale moyenne de quarante-quatre heures jusqu'à un maximum de quarante-six heures (13). D'abord, parce qu'il ne sera plus nécessaire qu'un décret "valide" l'accord conclu en ce sens, ensuite, parce que cette compétence est déléguée à la négociation d'entreprise par principe alors qu'elle n'était, jusqu'ici, permise qu'à la négociation de branche.

Seule la question de la durée maximale hebdomadaire est assortie de dispositions supplétives aux articles L. 3121-23 à L. 3121-25. Il est ainsi permis, à défaut d'accord, de déroger à la durée maximale de quarante-quatre heures sur décision administrative ou par décret dans certains secteurs, régions ou entreprises, après avis du comité d'entreprise ou des délégués du personnel (14).

Durée légale et heures supplémentaires. Il s'agissait là d'un véritable chiffon rouge pour les syndicats : la durée légale du travail ne devait pas être modifiée. Le Rubicon n'a pas été franchi et l'article L. 3121-26 du projet reprend la règle de l'actuel article L. 3121-10 (N° Lexbase : L0300H9Y) : la durée légale de travail est fixée à trente-cinq heures par semaine. Au titre des règles d'ordre public, le texte reprend la qualification d'heures supplémentaires pour le temps de travail dépassant la durée légale ou la durée équivalente, et réaffirme le droit à une majoration salariale ou à un repos compensateur équivalent (art. L. 3121-27), l'existence d'un contingent annuel au-delà duquel un repos compensateur doit être obligatoirement accordé (art. L. 3121-29) et le calcul des heures supplémentaires par semaine civile (art. L. 3121-28). Le classement de cette dernière règle parmi les règles "d'ordre public" pourrait surprendre, puisqu'elle devrait avoir pour conséquence qu'un accord collectif ne puisse prévoir une autre période, plus longue, pour calculer les heures supplémentaires, dans le cadre d'un aménagement du temps de travail sur une période supérieure à la semaine. Le risque est toutefois écarté puisque l'article L. 3121-39, lui aussi placé dans un paragraphe consacré aux règles d'ordre public, déroge au calcul hebdomadaire dans ce cas de figure : ce n'est donc pas l'accord collectif qui dérogera au calcul hebdomadaire de l'article L. 3121-28 mais bien la loi elle-même.

Le champ ouvert à la négociation collective est relativement vaste. L'accord d'entreprise, à nouveau, aura priorité sur l'accord de branche, avec pour objectif de faire sauter les verrous très souvent mis en place par la négociation de branche en la matière (15). Il pourra fixer une période de sept jours consécutifs constituant la semaine, comme l'envisageait d'ailleurs déjà implicitement l'article L. 3122-1 du Code du travail (N° Lexbase : L3907IBC). L'accord devra déterminer le taux de majoration des heures supplémentaires sans pouvoir descendre en-deçà de 10 % ou lui substituer une contrepartie en repos, définir le contingent annuel, fixer les conditions d'accomplissement des heures supplémentaires au-delà des limites du contingent.

Les règles supplétives sont, elles aussi, conformes à l'existant : la semaine civile commencera à lundi 0 heure à défaut d'accord, les majorations resteront fixées à 25 % pour les huit premières heures, 50 % au-delà. L'employeur pourra seul, après avis des représentants du personnel, substituer des repos compensateurs aux heures supplémentaires. Les contreparties obligatoires en repos, au-delà du contingent, restent fixées, par défaut, à 50 % pour les entreprises de vingt salariés, 100 % pour les entreprises de plus de vingt salariés.

Aménagements du temps de travail. Les articles L. 3121-39 à L. 3121-41 constitueront les dispositions d'ordre public relatives à l'aménagement du temps de travail. Un changement de fond est apporté aux règles actuelles puisque la modulation pourra être mise en place sur une période supérieure à l'année, au maximum pour trois ans. L'incidence d'un tel allongement est difficile à mesurer (16). On perçoit tout de même deux conséquences directes

de cette règle. D'abord, le calcul des heures supplémentaires "*au-delà d'une durée hebdomadaire moyenne de trente-cinq heures calculée sur la période de référence*" (art. L. 3121-39, al. 4) est potentiellement défavorable au salarié : plus la période de référence est longue, plus les chances que la moyenne ne dépasse pas ce seuil sont importantes. Ensuite, le nombre d'heures supplémentaires éventuellement travaillées par le salarié ne pourra être calculé qu'à l'issue de la période de référence, c'est-à-dire parfois bien longtemps après que le travail ait été réalisé. Le paiement des heures dépendant de ce calcul, la rémunération et les majorations seront reportées dans le temps, avec tous les aléas que cela implique.

Le champ de la négociation collective, dont la primauté est, une fois encore, donnée à la négociation d'entreprise ou d'établissement, n'est modifié que pour prendre en compte l'allongement potentiel de la période de référence. L'accord pourrait fixer la durée de la période de référence d'un maximum d'une année, cette durée pouvant être portée à trois ans si un accord de branche l'autorise. Le verrouillage de la branche est donc affirmé sans que soient clairement perceptibles les raisons de ce caractère "d'ordre public conventionnel". L'accord d'entreprise aurait la charge, comme aujourd'hui, d'encadrer le délai de prévenance des changements de durée ou d'horaires (17), l'incidence des absences, arrivées ou départs des salariés en cours de période, les modalités spécifiques aux travailleurs à temps partiel, l'éventuel lissage de la rémunération et, enfin, la limite supérieure à trente-cinq heures hebdomadaires, au-delà de laquelle les heures supplémentaires peuvent être rémunérées au cours du mois considéré. S'agissant de cette dernière, la répartition proposée par le projet n'est pas cohérente. Le texte prévoit, en effet, que la détermination d'une limite maximale est obligatoire en cas d'aménagement sur une période supérieure à l'année. Ce caractère obligatoire aurait, par voie de conséquence, dû figurer dans le paragraphe consacré à l'ordre public et non dans le champ de la négociation collective.

Les dispositions supplétives ont également vocation à modifier la législation en vigueur. Le projet d'article L. 3121-43 reprend, en effet, la substance du dernier alinéa de l'actuel article L. 3122-2 du Code du travail (N° Lexbase : L3950IBW) pour permettre à l'employeur, à défaut d'accord, de mettre en place unilatéralement une répartition du temps de travail sur plusieurs semaines, non plus dans une limite maximale de quatre mais de neuf semaines (18). Contrairement à ce qu'annonce l'étude d'impact accompagnant le projet, le texte ne garantit nullement qu'une limite maximale hebdomadaire de déclenchement des heures supplémentaires, qu'un délai de prévenance incompressible et qu'un lissage obligatoire des rémunérations seront garantis (19). Les dispositions réglementaires actuelles prévoient bien ces mesures, mais faute de garantie législative, de futurs décrets pourraient parfaitement les remettre en cause.

Le projet réorganise également les dispositions relatives aux horaires individualisés et à la récupération des heures perdues (art. L. 3121-46 à L. 3121-50). Quelques changements terminologiques attirent l'attention. Alors que l'actuel article L. 3122-23 (N° Lexbase : L0378H9U) prévoit que la mise en place d'horaires individualisés répond "*aux demandes de certains salariés*", le projet la conditionne à l'exercice "*d'un libre choix*" de celui-ci, ce qui implique concrètement que l'individualisation puisse, à l'avenir, être demandée par l'employeur et acceptée par le salarié. La faculté, ouverte par la partie réglementaire du Code du travail (20), d'encadrer les modalités de report d'une semaine sur l'autre par accord collectif de travail serait désormais prévue par le législateur, ce qui respecte davantage la répartition des compétences entre pouvoirs législatif et réglementaire (21). Le projet innove en autorisant également l'accord d'entreprise ou, à défaut, l'accord de branche, à encadrer les modalités de récupération des heures perdues.

Conventions de forfait. Compte tenu des difficultés rencontrées par notre législation (22) et du nombre d'accords collectifs invalidés par la Chambre sociale de la Cour de cassation en la matière (23), la réforme des règles encadrant le recours aux conventions de forfait était très attendue (art. L. 3121-51 et s.). Un effort de sécurisation du dispositif était indispensable et c'est bien à cela que tendent les modifications projetées.

Le paragraphe consacré aux dispositions d'ordre public reprend les dispositions actuelles s'agissant de la distinction entre les différents types de forfait, les salariés susceptibles de les conclure, la renonciation à des jours de repos et la rémunération des salariés au forfait.

S'agissant du forfait en jours toutefois, l'article L. 3121-58 propose d'intégrer au Code du travail des obligations jusqu'ici identifiées par la Chambre sociale de la Cour de cassation. L'employeur aurait l'obligation de s'assurer "*que la charge de travail du salarié est raisonnable et permet une bonne répartition dans le temps de son travail*". Le texte ajoute que "*lorsque l'employeur a fixé des échéances et une charge de travail compatibles avec le respect des repos quotidien et hebdomadaire et des congés du salarié, sa responsabilité ne peut être engagée au seul motif que le salarié n'a, de sa propre initiative, pas bénéficié de ces repos ou congés*", ce qui répond à l'idée selon laquelle c'est l'employeur qui doit être l'acteur principal de la détermination de la charge du travail et du contrôle du temps de travail réalisé (24).

Comme on pouvait s'y attendre, c'est surtout le champ de la négociation collective qui est aménagé, le projet prévoyant des dispositions bien plus précises que celles en vigueur. Les forfaits annuels (en jours ou en heures)

sont mis en place par accord d'entreprise ou, à défaut, par accord de branche. Plus qu'un simple complément à un accord de branche insuffisant, l'accord d'entreprise devient donc la source principale de mise en place des forfaits annuels (25). Un très long article L. 3121-62 en encadre le contenu.

Outre les stipulations déjà obligatoires (catégories de salariés concernés, nombre d'heures ou de jours compris dans le forfait, caractéristiques principales des conventions individuelles), le texte impose aux partenaires sociaux de déterminer "*la période de référence du forfait, qui peut être l'année civile ou toute autre période de douze mois consécutifs*", de fixer "*les conditions de prise en compte, pour la rémunération des salariés, des absences ainsi que des arrivées et départs en cours de période*", d'imposer aux conventions individuelles la détermination du "*nombre d'heures ou de jours compris dans le forfait*".

Pour les seuls forfaits en jours, l'accord doit, en outre, déterminer les modalités selon lesquelles l'employeur assure l'évaluation et le suivi régulier de la charge de travail du salarié, les modalités selon lesquelles l'employeur et le salarié échangent périodiquement sur la charge de travail, l'articulation entre l'activité professionnelle et la vie personnelle du salarié, sa rémunération, ainsi que sur l'organisation du travail dans l'entreprise et, enfin, sur les modalités selon lesquelles le salarié peut exercer son droit à la déconnexion.

On peut donc constater que, si les thèmes de négociation sont sérieusement mieux délimités, prenant en compte les précisions apportées par la Chambre sociale de la Cour de cassation depuis 2011, le texte laisse tout de même une grande marge de manœuvre aux partenaires sociaux sur les moyens à mettre en œuvre pour assouvir ces objectifs. Ainsi, notamment, le législateur n'entend pas prendre parti quant aux différentes voies qui peuvent être empruntées pour garantir aux salariés un droit à la déconnexion (interruption des serveurs ; interdiction d'utiliser les outils numériques à certains horaires ; simples recommandations de plages horaires d'usage ; etc.) (26).

La disposition la plus marquante du projet tient probablement, là encore, au contenu des dispositions supplétives qui mettent en place ce que l'étude d'impact qualifie de dispositif "*de béquille*" au soutien des conventions individuelles conclues en application d'accords antérieurs insuffisants (27). En effet, si l'existence d'un accord collectif mettant en place le forfait jours reste exigée, l'article L. 3121-63 du projet permet la conclusion de conventions individuelles de forfaits en jours sur l'année qui seront valables malgré l'absence de stipulations conventionnelles relatives à l'évaluation et au suivi de la charge de travail d'une part, aux modalités d'échange entre l'employeur et le salarié sur la charge de travail, la vie personnelle, la rémunération ou l'organisation du travail dans l'entreprise, d'autre part (28). L'insuffisance de l'accord collectif est alors palliée par des obligations imposées par la loi à l'employeur qui devra contrôler le nombre de jours travaillés, s'assurer que la charge de travail est compatible avec le respect des temps de repos et organiser un entretien annuel avec le salarié.

Le projet organise donc le "sauvetage" des très nombreuses conventions de forfaits en jours conclues en application d'accords insuffisants. A cela s'ajoute d'ailleurs que des dispositions transitoires complètent ce dispositif, dispositions prévues par l'article 5 du projet. Ce texte prévoit que la révision d'un accord collectif, conclu antérieurement à la convention individuelle de forfait, permet à la convention individuelle de se poursuivre sans qu'il y ait lieu de recueillir l'accord du salarié. En outre, si l'employeur respecte les dispositions supplétives introduites par le projet, l'exécution de la convention de forfait conclue en application d'un accord antérieur insuffisant peut se poursuivre.

La sécurisation des conventions de forfait semble ainsi pouvoir être obtenue tout en garantissant aux salariés concernés les droits au repos et à la préservation de leur santé.

Travail de nuit. Les dispositions des articles L. 3122-1 à L. 3122-24 réorganisent les règles relatives au travail de nuit sans y apporter de changement substantiel au fond. Comme dans la quasi-totalité des domaines du temps de travail, la primauté est presque systématiquement donnée à l'accord d'entreprise sur l'accord de branche. La primauté de l'accord de branche n'est maintenue que pour la dérogation à la qualification de travailleur de nuit (actuel article L. 3122-31 [N° Lexbase : L0387H99](#) qui deviendrait l'article L. 3122-5) (29) et pour l'organisation du travail en soirée dans les zones touristiques internationales (30). Les dispositions supplétives reprennent les différents cas dans lesquels il est actuellement permis de recourir au travail de nuit ou d'en aménager les modalités sans accord collectif.

Travail à temps partiel et travail intermittent. Comme pour le travail de nuit, aucune modification substantielle n'est apportée au régime du contrat de travail à temps partiel et du contrat de travail intermittent. L'occasion aurait toutefois pu être saisie, au regard de la jurisprudence récente de la Chambre sociale en la matière, de revenir sur les conditions dans lesquelles un contrat de travail intermittent peut être requalifié en contrat de travail à temps complet (31).

S'agissant du temps partiel, la place de la négociation collective est rigoureusement la même, la priorité étant toutefois donnée aux accords collectifs d'entreprise ou d'établissement sur la négociation de branche. La branche

conserve, cependant, quelques-unes de ses compétences exclusives. Cela est le cas lorsqu'il s'agit de permettre à l'employeur de proposer à un salarié de passer d'un temps partiel à un temps complet ou d'un temps complet à un temps partiel sur un emploi ne ressortissant pas de la catégorie professionnelle du salarié ou d'un emploi non équivalent (art. L. 3123-18 du projet) (32). Cela concerne également la détermination de la majoration des heures complémentaires, ce qui n'est d'ailleurs pas très cohérent avec les dispositions projetées en matière d'heures supplémentaires, qui donnent la priorité à l'accord d'entreprise pour déterminer le montant des majorations (33). Surtout, les deux grandes innovations de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013, relative à la sécurisation de l'emploi (N° Lexbase : L0394IXU) dans ce domaine restent aux mains de la branche. Ainsi, les facultés de modifier la durée minimale de vingt-quatre heures de travail hebdomadaire imposée par la loi (art. L. 3123-19, alinéa 1er, du projet) (34) et d'autoriser la conclusion d'avenants de compléments d'heures (art. L. 3123-22 du projet) (35) restent, elles aussi, aux mains des branches.

S'agissant du travail intermittent, les changements projetés sont d'une ampleur tout aussi modeste. L'accord collectif, qui doit obligatoirement prévoir le recours à ce contrat, sera, en principe, un accord d'entreprise ou d'établissement et seulement, à défaut, un accord de branche. Il déterminera les emplois permanents concernés, les droits conventionnels spécifiquement accordés aux travailleurs intermittents et l'éventuel lissage de la rémunération. C'est d'ailleurs sur ce dernier point que la portée de l'intervention peut être la plus grande : un lissage prévu au niveau de la branche pourra être écarté au niveau de l'entreprise alors qu'il s'agit là d'une mesure extrêmement défavorable aux salariés concernés.

III — Temps de repos

Repos quotidien et hebdomadaire. Le projet réaffirme comme règle d'ordre public la durée minimale de onze heures consécutives de repos, sous réserve des dérogations permises, par accord d'entreprise, pour la continuité des services ou, à défaut, en cas de surcroît exceptionnel d'activité.

Le projet n'apporte, en revanche, aucune modification, pas même de structure, aux dispositions relatives au repos hebdomadaire. L'étude d'impact justifie ce choix par le fait que ce chapitre "*vient d'être réécrit par la loi [...] du 6 août 2015*" (36). L'argument est un peu court. La réorganisation de ce chapitre en trois parties était parfaitement envisageable, nonobstant la récente modification des textes qu'il comporte. Elle aurait d'ailleurs paru bien plus utile que dans d'autres domaines, tant la présentation comme le fond des règles relatives au repos hebdomadaire sont complexes.

Jours fériés. Conformément à l'esprit du projet qui consiste à reprendre l'existant pour seulement réorganiser les textes, l'article L. 3133-1 du projet ne modifie pas la liste des jours fériés ni l'interdiction que le chômage de ces jours donne lieu à récupération ou perte de salaire. De la même manière, les articles L. 3133-4 et suivants du projet reprennent, à l'identique, les dispositions en vigueur applicables au 1er mai. Enfin, les règles relatives à la journée de solidarité, qui donnaient déjà priorité à l'accord collectif pour en aménager les modalités d'accomplissement, sont elles aussi reprises sans changement.

Légalisant une pratique très courante de la négociation collective, l'article L. 3133-3-1 du projet confère à l'accord d'entreprise ou, à défaut, à l'accord de branche, le soin de définir les jours fériés chômés, à défaut de quoi les jours chômés seront fixés unilatéralement par l'employeur, comme la Chambre sociale l'admet depuis fort longtemps (37).

Congés payés. A première vue, les propositions relatives aux congés payés (38) ne semblent guère différentes de celles actuellement en vigueur. Bien entendu, ici comme ailleurs, les règles sont réordonnées en trois parties et la primauté est donnée aux accords collectifs d'entreprise, par préférence aux accords de branche, pour aménager cette réglementation. Le domaine de la négociation s'étend toutefois. Ainsi, par exemple, l'ordre des départs devra, en principe, être déterminé par accord, la détermination unilatérale par l'employeur étant, désormais, subsidiaire. De la même manière, les délais que doit respecter l'employeur s'il entend modifier l'ordre ou les dates des départs ne sont plus fixés par la loi que de manière supplétive, et doivent donc être établis par accord d'entreprise (39). Enfin, les règles de fractionnement des congés pourront être négociées dans l'entreprise pour fixer la période durant laquelle la fraction incompressible de douze jours doit être attribuée ou pour établir les règles de fractionnement au-delà du douzième jour (40).

A y regarder de plus près, toutefois, quelques-uns des textes proposés méritent d'être soulignés.

D'abord, on peut profondément regretter que le texte ne prenne pas en considération la contrariété de l'actuel article L. 3141-5 du Code du travail (N° Lexbase : L7116IU4) avec le droit de l'Union européenne. Pour mémoire, le droit français n'assimile que les périodes de suspension résultant d'un accident de travail ou d'une maladie professionnelle et, par extension, d'un accident de trajet (41), à du temps de travail effectif ouvrant droit à congé. La

Chambre sociale n'a pu aller, comme semble pourtant l'exiger l'article 7 § 1 de la Directive 2003/88 du 4 novembre 2003 (N° Lexbase : L5806DLM) (42), jusqu'à y assimiler les périodes de suspension pour maladie ordinaire (43). L'occasion aurait dû être saisie par le projet et il faut espérer que les débats parlementaires permettront de réparer cet oubli.

C'est, ensuite, la section consacrée à l'indemnité de congés payés dont le contenu étonne. L'ensemble de ces dispositions est classé par le projet dans la catégorie des règles d'ordre public, si bien que, si une conception renouvelée de l'ordre public est retenue (44), il ne serait plus envisageable de négocier dans l'entreprise sur l'indemnité de congés payés, y compris pour en améliorer le régime.

Plus surprenant encore, l'article L. 3141-28 du projet reprend les dispositions de l'actuel article L. 3141-26 du Code du travail (N° Lexbase : L9014K4M) qui prévoit le versement d'une indemnité de congés payés au salarié dont le contrat de travail est rompu. Le second alinéa du texte proposé dispose que "*l'indemnité est due dès lors que la rupture du contrat de travail n'a pas été provoquée par la faute lourde du salarié, que cette rupture résulte du fait du salarié ou du fait de l'employeur*". Pour le dire très crûment, le projet entend donc réintroduire dans le Code du travail des dispositions qui viennent pourtant d'être abrogées par le Conseil constitutionnel (45). Le ver a, il est vrai, été extrait du fruit. L'abrogation a été prononcée en raison de la méconnaissance du principe d'égalité devant la loi, les salariés affiliés obligatoirement à une caisse de congés payés n'étant pas privés de cette indemnité en cas de faute lourde. Or le projet de loi ne reprend pas cette exclusion qui figure aujourd'hui encore à l'actuel article L. 3141-28 du Code du travail (N° Lexbase : L0578H9B). La rupture d'égalité a donc disparu et l'argument tiré de la violation du droit au repos, garanti par le Préambule de la Constitution de 1946 (N° Lexbase : L6821BH4), semble avoir été écarté par le juge constitutionnel (46). Il n'en demeure pas moins que la conformité de l'exclusion de l'indemnité en cas de faute lourde au droit de l'Union européenne est douteuse (47). Comme en matière d'astreintes et de droits à congés payés, les règles communautaires semblent être oubliées (ou dédaignées ?) par les auteurs du projet...

Congés spéciaux. L'article 3 du projet de loi entend réformer les très nombreuses et complexes dispositions relatives aux congés spéciaux. Le sujet est si ardu que l'étude d'impact y consacre plusieurs pages d'explications et de nombreux tableaux comparatifs tentant de les classer en fonction de leur durée, de l'ancienneté du salarié requise, du droit éventuel de l'employeur de les refuser, de l'existence d'un maintien de rémunération, etc. (48).

Le projet envisage de reconstruire le plan du Code pour séparer les congés de conciliation vie professionnelle/vie personnelle, les congés pour engagement associatif, politique et militant et les congés d'évolution des parcours professionnels. Tous les congés spéciaux actuellement prévus par le Code du travail sont conservés et ventilés dans l'une de ces catégories, le schéma interne respectant le plus souvent le découpage entre règles d'ordre public, champ de la négociation et règles supplétives. D'une manière générale, les dispositions projetées permettent au salarié, en cas de refus de l'employeur d'octroyer un congé, de saisir directement le bureau de jugement du conseil de prud'hommes et étendent donc substantiellement les cas de figure dans lesquels la saisine du bureau de conciliation et d'orientation n'est plus obligatoire (49). L'ensemble des dispositions relatives à chaque congé spécial prévoit, en outre, que le congé débute à l'initiative du salarié et que la durée du congé ne peut être imputée sur celle des congés payés annuels. Lorsque les dispositions relatives à certains congés sont ouvertes à la négociation, l'accord d'entreprise a toujours pour objet de déterminer la durée maximale du congé et les délais dans lesquels le salarié doit informer l'employeur de sa demande de congé. A défaut d'accord, les dispositions supplétives reprennent les durées et délais actuellement prévus par le Code du travail.

Nous nous contenterons, dans les lignes qui suivent, de signaler les rares autres modifications de fond proposées pour chacun des congés.

Négociée par accord d'entreprise ou à défaut par accord de branche, la durée minimale des congés familiaux reste identique aux durées actuelles (50), à l'exception du décès du père, de la mère, du beau-père, de la belle-mère, d'un frère ou d'une sœur qui passe d'un à deux jours (art. L. 3142-4 et L. 3142-5 du projet).

Les textes relatifs au congé de solidarité familiale ne sont pas toujours cohérents. Ainsi, le projet d'article L. 3142-7, alinéa 3, prévoit que "*le congé prend fin soit à l'expiration de la durée mentionnée au premier alinéa [...]*" alors que le premier alinéa du texte dispose que "*le congé débute ou est renouvelé à l'initiative du salarié*", sans prévoir aucune durée (51).

Le congé de soutien familial est rebaptisé en "*congé de proche aidant*". L'interdiction d'y recourir pour accompagner des personnes faisant l'objet d'un placement en établissement ou chez un tiers autre que le salarié est supprimée (52).

Les modalités d'application du congé mutualiste de formation sont légèrement étendues par l'article L. 3142-29 du projet puisqu'un décret d'application déterminera les conditions dans lesquelles il peut être attribué aux agents des

services publics et des entreprises publiques.

L'actuel article L. 3142-37, alinéa 2, du Code du travail (N° Lexbase : L0621H9U) prévoit que la durée du congé de solidarité internationale "ne peut être, sauf d'un commun accord, imputée sur celle du congé annuel". Cette faculté d'imputation d'un commun accord est supprimée dans le projet de loi (art. L. 3142-59).

L'article L. 3142-101 du projet, relatif au congé et période de travail à temps partiel pour la création ou la reprise d'entreprise, reprend la règle prévue par l'actuel article L. 3142-87 du Code du travail (N° Lexbase : L0687H9C) : s'il est envisagé "une période de travail à temps partiel, celle-ci donne lieu à un avenant au contrat de travail fixant la durée de cette période et conforme aux dispositions de l'article L. 3123-14 (N° Lexbase : L0679IXG)". Signe de l'excellente qualité du travail préparatoire à la rédaction du projet de loi, ce nouveau texte opère un renvoi vers un texte qui changerait de numérotation si le projet était adopté en l'état (53)... Le texte modifie le seuil d'effectif en-deçà duquel l'employeur peut refuser ou différer le congé ou le passage à temps partiel en cas de conséquences préjudiciables à la bonne marche de l'entreprise ou de demande moins de trois ans après le précédent congé ou temps partiel obtenu pour le même motif : jusqu'ici fixé à 200 salariés, le seuil passerait à 300 salariés (art. L. 3142-103 et L. 3142-103 du projet) (54).

IV — Compte épargne-temps

Les articles L. 3151-1 et suivants du projet réorganisent les dispositions du Code du travail relatives au compte épargne-temps. Aucune modification de fond n'est apportée au dispositif, la législation actuelle étant simplement ventilée entre règles d'ordre public, champ ouvert à la négociation d'entreprise et dispositions supplétives. Etonnamment, l'article L. 3151-1 fixe comme règle d'ordre public que "le compte épargne-temps peut être mis en place par accord [...]". La mise en place d'un dispositif par accord collectif avait, dans l'ensemble des autres dispositions du projet, été envisagée dans la partie relative au "champ de la négociation collective". En outre, l'emploi du verbe "pouvoir" surprend s'agissant d'une règle d'ordre public dont on croyait comprendre qu'elle était impérative et qu'il ne pouvait y être dérogé. L'interdiction de déroger à une obligation ou à une interdiction à un sens, l'interdiction de déroger à une faculté est bien plus obscure.

(1) Cass. soc., 31 janvier 2012, n° 10-24.412, FS-P+B+R (N° Lexbase : A8912IBP) et les obs. de L. Casaux-Labrunée, Lexbase, éd. soc., n° 475, 2012 (N° Lexbase : N0584BTS).

(2) Le chapitre II, consacré au repos hebdomadaire et profondément modifié par la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (N° Lexbase : L4876KEC), ne serait pas modifié par la réforme, le projet d'article L. 3111-3 du Code du travail l'excluant formellement de la nouvelle architecture.

(3) Les dispositions relatives au congé pour maladie, pour maternité et au congé parental d'éducation ne sont pas impactées.

(4) Etude d'impact, p. 32. Très ambitieuse, l'étude d'impact envisage que ces changements soient d'une telle ampleur qu'ils mènent à une "hausse de l'activité [des DIRECCTE] liée à l'enregistrement de ces accords".

(5) Par ex., en matière d'heures supplémentaires, v. nos obs., Lexbase, éd. soc., n° 318, 2008 (N° Lexbase : N1808BHG).

(6) Sur cet objectif, v. l'étude d'impact, pp. 24 et 29.

(7) Cf. *infra*.

(8) Les différents documents accompagnant le projet ne lèvent pas cette ambiguïté. L'exposé des motifs évoque "les règles d'ordre public auxquelles il n'est pas possible de déroger", l'étude d'impact (p. 18) les présente comme des "dispositions législatives impératives auxquelles il n'est pas possible de déroger". Le rapport "Combrexelle" visait pour sa part les "principes et normes présentant un caractère impératif car relevant de l'ordre public", (*La négociation collective, le travail et l'emploi*, 2015, p. 81). Or le concept de dérogation est tout aussi polysémique que celui d'ordre public en droit du travail.

(9) V., par ex., la rémunération potentielle des temps de pause ou de restauration ; les dispositions relatives au temps de pause quotidien ; le lissage de la rémunération en cas d'aménagement du temps de travail ou de recours au contrat de travail intermittent ; le régime du travail de nuit, taux de majoration des heures complémentaires ; la liste des jours fériés chômés ; la majoration de la durée du congé payé annuel en fonction de l'âge ou de l'ancienneté, ; etc. ; cf. *infra*.

- (10) CEDS, 23 juin 2010, Réclamation n° 55/2009, RDT 2011, p. 233, note J.— F. Akandji-Kombé.
- (11) C. trav., art. D. 3121-19 (N° Lexbase : L9721H9W).
- (12) Le principe de faveur ayant valeur de principe fondamental du droit du travail (Cons. const., décision n° 96-383 DC du 6 novembre 1996 N° Lexbase : A8346AC4), le législateur peut autoriser les partenaires sociaux à déroger *in pejus* à une disposition législative (Cons. const., décision n° 2004-494 DC du 29 avril 2004 N° Lexbase : A9945DBX) au contraire du pouvoir réglementaire qui ne devrait pas y être habilité.
- (13) C. trav., art. L. 3121-36, al. 2 (N° Lexbase : L0330H94).
- (14) La règle de l'article L. 3121-36, alinéa 3 (N° Lexbase : L0330H94), devient donc supplétive.
- (15) V. l'étude d'impact, pp. 24 et s..
- (16) Il doit cependant être mis en parallèle du très faible nombre d'accords d'aménagement du temps de travail conclus depuis leur création en 2008, moins d'une centaine selon l'étude d'impact, p. 32.
- (17) Délai fixé, de manière supplétive, à sept jours, à défaut d'accord, v. l'article L. 3121-45 du projet.
- (18) C. trav., art. D. 3222-7-1 et s..
- (19) Etude d'impact, p. 31.
- (20) C. trav., art. R. 3122-2 (N° Lexbase : L9688H9P).
- (21) Cf. *supra*, note n° 9.
- (22) Cass. soc., 29 juin 2011, n° 09-71.107, FS-P+B+R+I (N° Lexbase : A5499HU9) et nos obs., Lexbase, éd. soc., n° 447, 2011 (N° Lexbase : N6810BSZ).
- (23) G. Pignarre, *L'office du juge dans la sécurisation des conventions de forfait en jours*, RDT, 2014, p. 746 ; J. — B. Cottin, *Forfait jours : état des lieux du contrôle jurisprudentiel des accords collectifs*, JCP éd. S, 2015, 1080.
- (24) Ph. Florès, *Le forfait en jours et l'effectivité des garanties offertes*, SSL, 2014, n° 1635.
- (25) Cass. soc., 17 décembre 2014, deux arrêts, n° 13-23.230, FS-P+B (N° Lexbase : A2936M8A) et n° 13-22.890, FS-P+B (N° Lexbase : A2959M84) et nos obs., Lexbase, éd. soc., n° 597, 2015 (N° Lexbase : N5446BUA).
- (26) Le texte renvoie à l'article L. 2242-8 du projet relatif au droit à la déconnexion qui reste, lui aussi, évasif quant aux modalités du droit à la déconnexion.
- (27) Etude d'impact, p. 40.
- (28) Stipulation imposées par l'article L. 3121-62, II, 1° et 2° du projet.
- (29) Art. L. 3122-16 du projet.
- (30) Art. L. 3122-19 du projet. Sur les différents niveaux de négociation en la matière, v. nos obs., Lexbase, éd. soc., n° 623, 2015 (N° Lexbase : N8671BUP).
- (31) Cass. soc., 2 mars 2016, n° 14-23.009, FS-P+B+R (N° Lexbase : A0781QYL) et nos obs., Lexbase, éd. soc., 2016 (N° Lexbase : N1770BWH).
- (32) Reprenant la substance de l'actuel article L. 3123-8, alinéa 2, du Code du travail (N° Lexbase : L7759I7I).
- (33) Cf. *supra*.
- (34) Actuellement, C. trav., art. L. 3123-14-3 (N° Lexbase : L0626IXH).
- (35) Actuellement, C. trav., art., L. 3123-25 (N° Lexbase : L0682IXK).
- (36) Etude d'impact, p. 28.

- (37) G. Auzero, E. Dockès, *Droit du travail*, D., 30ème éd., 2016, p. 906.
- (38) Art. L. 3141-1 à L. 3141-33 du projet.
- (39) C. trav., art. L. 3141-16 (N° Lexbase : L0566H9T) pour le délai d'un mois en vigueur.
- (40) Art. L. 3141-22 du projet.
- (41) Cass. soc., 3 juillet 2012, n° 08-44.834, FP-P+B (N° Lexbase : A2923IQC) et nos obs., Lexbase, éd. soc., n° 494, 2012 (N° Lexbase : N3018BTX).
- (42) CJUE 24 janv. 2012, aff. C-282/10 (N° Lexbase : A2471IB7).
- (43) Cass. soc., 13 mars 2013, n° 11-22.285, FS-P+B (N° Lexbase : A9780I94), RDT, 2013, p. 341, note M. Véricel ; Dr. soc., 2013, p. 564, obs. S. Laulom.
- (44) Cf. *supra*, I.
- (45) Cons. const., décision n° 2015-523 QPC du 2 mars 2016 (N° Lexbase : A7973QDN) et les obs. de Ch. Radé, Lexbase, éd. soc., n° 647, 2016 (N° Lexbase : N1762BW8).
- (46) Même si, comme l'explique Ch. Radé, préc., la substitution de motif opérée d'office par le Conseil doit être interprétée avec prudence.
- (47) V. Ch. Radé, préc.. V. également Cass. QPC, 2 décembre 2015, n° 15-19.597, FS-P+B (N° Lexbase : A4927NY7) et nos obs., Lexbase, éd. soc., n° 637, 2015 (N° Lexbase : N0450BWL).
- (48) V. les fiches et tableaux, aussi utiles que complexes, situés aux pages 55 à 91 de l'étude d'impact.
- (49) Certaines contestations doivent actuellement être présentées à l'administration du travail, ce qui ne sera plus le cas si le projet est adopté en l'état.
- (50) C. trav., art. L. 3142-1 (N° Lexbase : L9297I3Q).
- (51) L'article L. 3142-17 (N° Lexbase : L6163IGD), en vigueur, prévoit que le congé de solidarité familiale "*a une durée maximale de trois mois*".
- (52) Actuellement, C. trav., art. L. 3142-23 (N° Lexbase : L0724KWQ).
- (53) L'article L. 3123-14 (N° Lexbase : L0679IXG) devient, dans le projet, l'article L. 3123-22.
- (54) Actuels C. trav., art. L. 3142-88 (N° Lexbase : L0688H9D), L. 3142-89 (N° Lexbase : L6267ISW), L. 3142-97 (N° Lexbase : L0708H94) et L. 3142-98 (N° Lexbase : L5830IA8).

Revue

03

Lexbase Hebdo édition sociale n°650 du 7 avril 2016

[Social général] **Projet, proposition, rapport législatif**

Projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs : favoriser une culture du dialogue et de la négociation (titre II)

12558734

N° Lexbase : N2119BWE



par Gilles Auzero, Professeur à la Faculté de droit de Bordeaux

Réf. : *Projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs*, 24 mars 2016

Le projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs (1) comporte un titre II intitulé "*Favoriser une culture du dialogue et de la négociation*". Particulièrement riche et, par moments, fort technique, cette partie ne renferme pas les dispositions qui, jusque-là, ont suscité (et suscitent encore) la colère la plus vive et les critiques les plus fortes. Y figurent pourtant quelques dispositions qui, nous le verrons, peuvent susciter le trouble. On songe notamment, à cet égard, aux accords visant à préserver ou à développer l'emploi qui, pour faire simple, s'imposent de plein droit aux contrats de travail ou encore à l'avènement du referendum, conçu comme le moyen de désavouer les syndicats majoritaires dans l'entreprise, ayant eu l'outrecuidance de refuser de signer un accord collectif. Cela étant, les dispositions figurant dans le titre en cause du projet de loi sont à mettre en relation avec la volonté très nette du Gouvernement de favoriser le dialogue social tous azimuts et, singulièrement, la négociation collective d'entreprise. On est tenté de dire que le Gouvernement donne les moyens (juridiques) de parvenir à cette fin. Puisant largement dans les préconisations des rapports "Combrexelle" et "Césaro" (N° Lexbase : X7297APX), le projet de loi œuvre dans trois directions, édictant des règles relatives à l'organisation et à la dynamisation de la négociation collective (I), des dispositions destinées à renforcer la légitimité des accords collectifs (II) et en se préoccupant des acteurs du dialogue social (III).

I — L'organisation et la dynamisation de la négociation collective

A — Le processus de négociation (art. 7)

Périodicité des négociations. Le projet de loi entend modifier l'article L. 2222-3 du Code du travail (N° Lexbase : L2246H93) afin de permettre à une convention de branche ou un accord professionnel de définir, de façon générale, le calendrier des négociations, quel qu'en soit l'objet. De manière plus spécifique, cette convention ou cet accord pourrait "adapter" les périodicités des négociations obligatoires pour tout ou partie des thèmes en relevant, dans les limites suivantes :

- trois ans pour les négociations pour les négociations annuelles ;
- cinq ans pour les négociations triennales ;
- sept ans pour les négociations quinquennales.

Par suite, et à titre d'exemple, la négociation obligatoire de branche sur les salaires, qui a lieu tous les ans en application de l'article L. 2241-1 du Code du travail (N° Lexbase : L931613G), pourrait conventionnellement n'être organisée que tous les trois ans. Une autre limite est cependant prévue s'agissant précisément de ce thème-là. Aux termes de ce qui pourrait devenir l'alinéa 3 de l'article L. 2222-3 du Code du travail (N° Lexbase : L2246H93), une organisation signataire de la norme conventionnelle dérogatoire pourrait, pendant la durée de l'accord, formuler la demande que la négociation sur les salaires soit engagée. Le thème serait alors, sans délai, mis à l'ordre du jour de la négociation.

Méthode de la négociation. Dans sa proposition n° 7, le rapport "Combrexelle" invitait à une "*reconnaissance renforcée dans le Code du travail de la place des accords de méthode préalables à une négociation avec des règles souples concernant la négociation et le contentieux*". Cette préconisation est reprise dans le projet de loi sous examen.

Il est ainsi renvoyé à "*une convention ou un accord collectif*" la faculté de définir "*la méthode permettant à la négociation de s'accomplir dans des conditions de loyauté et de confiance mutuelle entre les parties*" (C. trav., art. L. 2222-3-1, nouv.). En l'absence de précision légale, cet accord de méthode peut tout aussi bien être conclu au niveau de la branche que de l'entreprise.

Il est toutefois indiqué qu'"*un accord conclu au niveau de la branche peut définir la méthode applicable à la négociation au niveau de l'entreprise. Cet accord s'impose aux entreprises n'ayant pas conclu de convention ou d'accord mentionnés à l'article L. 2222-3-1*" (C. trav., art. L. 2222-3-2, nouv.). On comprend ainsi que, lorsque des accords de méthode ont été conclus au niveau de la branche et de l'entreprise, le second l'emporte sur le premier, quel que soit le sens de ses stipulations. C'est donc, en quelque sorte, un principe de proximité qui est ici retenu. Cela fait sens dès lors que l'on admet que les partenaires sociaux, au niveau de l'entreprise, sont les mieux à même d'organiser les négociations qui s'y déroulent.

S'agissant du contenu de l'accord de méthode, il est simplement indiqué qu'il précise notamment la nature des informations partagées entre les négociateurs, notamment, au niveau de l'entreprise, en s'appuyant sur la base de données économiques et sociales. Le présent de l'indicatif ayant valeur impérative, il y a là un contenu minimum pour l'accord de méthode.

Dans tous les cas, et à moins que l'accord en stipule différemment, la méconnaissance de ses stipulations n'est pas de nature à entraîner la nullité des accords conclus, dès lors qu'est respecté le principe de loyauté entre les parties.

Préambule des accords. Tout en précisant que son absence n'est pas de nature à entraîner la nullité de la convention ou de l'accord, l'article L. 2222-3-3, nouveau, dispose que "*la convention ou l'accord contient un préambule présentant de manière succincte ses objectifs et son contenu*". On relèvera que nombre d'accord comporte d'ores et déjà de tels préambules, dont la valeur juridique et la force contraignante restent encore à préciser. De tels préambules peuvent, au minimum, être de nature à faciliter le travail d'interprétation du juge (2).

B — Durée des conventions et accords collectifs de travail (art. 7)

Durée déterminée. Il résulte aujourd'hui de l'article L. 2222-4 (N° Lexbase : L2247H94) qu'une convention ou un accord collectif de travail peut être conclu pour une durée déterminée ou indéterminée. Dans le premier cas, ce même texte dispose que la durée de l'accord ne peut être supérieure à cinq ans afin de ne pas figer dans le temps la norme conventionnelle et d'inviter à sa renégociation (3).

Le projet de loi entend modifier le texte précité. Un alinéa 1er, nouveau, disposerait ainsi qu' "*à défaut de stipulation de la convention ou de l'accord sur sa durée, celle-ci est fixée à cinq ans*". Tel qu'il est rédigé, ce texte peut laisser à penser que l'accord pourrait continuer de stipuler qu'il est conclu pour une durée indéterminée. On admettra, en effet, qu'il s'agit là d'une stipulation de la convention ou de l'accord sur sa durée. Une telle interprétation s'éloignerait des recommandations du rapport "Combrexelle" qui invitait la loi à prévoir que tout accord collectif est conclu pour une durée déterminée.

On remarquera, cependant, que l'interprétation précitée est contredite par ce qui serait l'alinéa 2, nouveau, de l'article L. 2222-4. Aux termes de ce texte, en effet, "*lorsque la convention ou l'accord arrive à expiration, la convention ou l'accord cesse de produire ses effets*". Outre que cette disposition met un terme à la règle antérieure selon laquelle l'accord arrivant à expiration continue de produire effets comme un accord à durée indéterminée, elle laisse entendre que tout accord doit nécessairement comporter un terme.

Si telle était la volonté du législateur, et afin d'éviter toute contradiction, l'alinéa 1er de l'article L. 2222-4 pourrait utilement disposer qu' "*à défaut de stipulation de la convention ou de l'accord édictant une durée inférieure (4), celle-ci est fixée à cinq ans*".

Révision. Un nouvel article L. 2222-5-1 viendrait utilement compléter les dispositions de l'article L. 2222-5 (N° Lexbase : L2250H99), qui resteraient en vigueur (5). Il appartiendrait à la convention ou à l'accord collectif de définir ses conditions de suivi et de fixer des clauses de rendez-vous (6). L'absence ou la méconnaissance de ces éléments ne serait toutefois pas de nature à entraîner la nullité de la convention ou de l'accord.

Publicité des normes conventionnelles. Si le Code du travail organise aujourd'hui la notification et le dépôt des textes conventionnels (C. trav. art. L. 2231-5 N° Lexbase : L2261H9M à L. 2231-7), il ne prévoit pas leur publication. On sait, cependant, que les conventions collectives nationales de branche sont disponibles sur Légifrance.

Le projet de loi entend introduire dans le Code du travail un nouvel article L. 2231-5-1, qui disposerait que "*les accords d'entreprise, d'établissement ou de branche sont rendus publics et versés dans une base de données nationale dont le contenu est publié en ligne dans un standard ouvert aisément réutilisable*". Toutefois, l'employeur pourrait s'opposer à la publication d'un accord s'il estime que sa diffusion serait préjudiciable à l'entreprise.

C — Vie des conventions et accords collectifs de travail (art 8)

1 — Révision des textes conventionnels (art. 8)

Rappel du droit positif. Seuls deux articles, au demeurant fort succincts, organisent aujourd'hui la procédure de révision des conventions et accords collectifs de travail. Encore faut-il souligner que l'un d'entre eux porte sur la force juridique de l'avenant de révision. Par suite, la procédure de révision proprement dite n'est envisagée que par l'article L. 2261-7 du Code du travail (N° Lexbase : L2430H9U), qui se borne à indiquer que "*les organisations syndicales de salariés représentatives, signataires d'une convention ou d'un accord ou qui y ont adhéré conformément aux dispositions de l'article L. 2261-3 (N° Lexbase : L2422H9L), sont seules habilitées à signer, dans les conditions prévues au chapitre II du titre III, les avenants portant révision de cette convention ou de cet accord*".

Procédant de la nature irréductiblement contractuelle des conventions et accords collectifs de travail, ce texte limite donc strictement les organisations syndicales de salariés à même de réviser une norme conventionnelle. Le problème, depuis longtemps identifié en doctrine et rappelé dans le riche rapport établi par le Professeur Jean-François Césaro, réside dans le fait que le législateur n'a pas pris conscience des difficultés induites par la réforme de la représentativité syndicale intervenue en 2008. Il suffit, pour en prendre conscience, d'évoquer le cas dans lequel toutes les organisations syndicales signataires du texte perdent leur représentativité lors des élections suivant la signature du texte conventionnel initial.

Les modifications à intervenir. S'inspirant très largement du rapport "Césaro", le projet de loi vient bouleverser les règles gouvernant la révision des conventions et accords collectifs de travail, en distinguant leur niveau de conclusion.

S'agissant des accords interprofessionnels, des conventions ou accords de branche sont habilités à engager la procédure de révision :

1° Jusqu'à la fin du cycle électoral au cours duquel la convention ou l'accord est conclu :

-une ou plusieurs organisations syndicales de salariés à la fois représentatives et signataires ou adhérentes de l'accord ;

-une ou plusieurs organisations professionnelles d'employeurs signataires ou adhérentes. Si l'accord est étendu, cette ou ces organisations doivent être représentatives.

2° A l'issue de ce cycle :

-une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ;

-une ou plusieurs organisations professionnelles d'employeurs de la branche. Si l'accord est étendu, celles-ci doivent être représentatives (C. trav., art. L. 2261-7, I, nouv.) (7).

On constate ainsi que, jusqu'à la fin du cycle électoral au cours duquel la convention ou l'accord est conclu, les règles antérieures sont, globalement, maintenues. On relèvera cependant que le projet de loi met un terme à la jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle *"lorsque l'accord initial ne prévoit pas les modalités de sa révision, il résulte de l'article L. 2261-7 du Code du travail (N° Lexbase : L2430H9U) que [...] le consentement unanime des signataires est nécessaire pour engager la procédure de révision"* (8).

Les autres changements intéressent la négociation de révision engagée à l'issue du cycle électoral, dont on aura compris qu'elle n'est plus réservée aux seuls syndicats ou organisations professionnelles d'employeurs signataires du texte initial. Ces modifications sont bienvenues en ce qu'elles permettent de sortir de l'impasse à laquelle pouvait mener l'appréciation de la représentativité syndicale. Le fait que soient aussi visées les organisations patronales non signataires est plus surprenant, étant observé que leur signature ne paraît devoir engager que les employeurs membres de ses groupements. Il serait, à cet égard, souhaitable que le texte final vienne préciser si les employeurs membres des groupements signataires du texte initial et qui n'ont pas apposé leur signature sur l'avenant de révision sont liés par celui-ci.

Nonobstant leur caractère nécessaire, il pourrait être reproché à ces modifications de méconnaître la nature fondamentalement contractuelle des normes conventionnelles, en autorisant des syndicats à modifier un acte juridique auquel ils ne sont pas parties. Ce serait, cependant, oublier que le droit à la négociation collective n'appartient pas aux syndicats, mais à chaque salarié individuellement, les seconds n'étant, en quelque sorte, que les agents, pour ne pas dire les mandataires, des seconds. Par suite, si, par leur vote, ces salariés ont conféré ce droit ou, plus exactement, ce pouvoir de négocier à de nouveaux syndicats, il convient d'admettre qu'ils sont à même de réviser les textes conventionnels signés par d'autres "agents".

C'est une logique similaire que retient l'article L. 2261-7-1, nouveau, pour la révision des conventions ou accords d'entreprise ou d'établissement. En outre, le projet de loi vient modifier les textes intéressant la négociation dérogatoire afin d'autoriser les élus et autres salariés mandatés à négocier des avenants de révision.

2 — Dénonciation des textes conventionnels (art. 8)

Engagement de la nouvelle négociation. En l'état du droit positif, la négociation d'un accord de substitution doit être engagée, à la demande d'une des parties intéressées, *"dans les trois mois qui suivent la date de la dénonciation"* (C. trav., art. L. 2261-10, al. 2 N° Lexbase : L3731IBS). Le projet de loi entend modifier ce texte afin de prévoir que cette négociation s'engage dans les trois mois qui suivent *"le début du préavis mentionné à l'article L. 2261-9 (N° Lexbase : L2434H9Z)"*. Il est ajouté que la négociation *"peut donner lieu à un accord, y compris avant l'expiration du délai de préavis"*. On comprend ici que la négociation et la conclusion de l'accord de substitution peuvent être plus précoces qu'aujourd'hui.

Le sort des avantages individuels acquis. Il résulte aujourd'hui de l'article L. 2261-13 du Code du travail (N° Lexbase : L2440H9A) que lorsque la convention ou l'accord dénoncé n'a pas été remplacé par un accord de substitution dans un délai d'un an à compter de l'expiration du préavis, les salariés des entreprises concernées conservent les avantages individuels qu'ils ont acquis, en application de la convention ou de l'accord, à l'expiration de ce délai.

Il n'est guère besoin de s'étendre sur le fait que ce texte, pourtant ancien, continue de susciter d'importants problèmes de mise en œuvre tenant, pour l'essentiel, à la difficulté de déterminer ce que recouvre la notion d'"avantages individuels acquis". S'inspirant, là encore, des préconisations du rapport "Césaro", le projet de loi entend mettre un terme à ces récurrentes difficultés.

A l'avenir, les salariés des entreprises concernées conserveraient *"une rémunération en application de la convention ou de l'accord dénoncé dont le montant annuel, pour une durée de travail équivalente à celle prévue par leur contrat de travail, ne peut être inférieur à la rémunération versée lors des douze derniers mois. Cette rémunération s'entend au sens des dispositions de l'article L. 242-1 du Code de la Sécurité sociale (N° Lexbase : L8661KUC), à l'exception de la première phrase de son deuxième alinéa"* (9).

3 — Mise en cause des textes conventionnels (art. 8)

Disparition des avantages individuels acquis. Procédant de manière cohérente, le projet de loi applique à la mise en cause des conventions et accords collectifs les règles précitées, conduisant à la disparition de la notion d'avantage individuel acquis (C. trav., art. L. 2261-14, al. 2, nouv.).

Négociation des accords d'adaptation. Si la mise en cause d'une convention ou d'un accord collectif peut résulter de différentes situations, il en est de plus délicates que d'autres à gérer. Le projet de loi commenté entend leur réserver un sort particulier.

Ainsi, "dès lors qu'est envisagée une opération de fusion, de cession ou de scission ou toute autre modification juridique qui aurait pour effet la mise en cause d'une convention ou d'un accord, les employeurs des entreprises concernées et les organisations syndicales de salariés représentatives dans l'entreprise qui emploie les salariés dont les contrats de travail sont transférés peuvent négocier et conclure l'accord de substitution prévu au premier alinéa de l'article L. 2261-14 (N° Lexbase : L2442H9C)" (C. trav., art. L. 2261-14-2, al. 2, nouv.).

Ce texte autorise que l'accord de substitution puisse être négocié et conclu de manière anticipée ; ce que la Cour de cassation avait fini par admettre, sous certaines conditions cependant (10). L'article L. 2261-14-2, nouveau, comporterait un alinéa second venant utilement indiquer que *"la durée de cet accord ne peut excéder trois ans. Il entre en vigueur à la date de réalisation de l'évènement ayant entraîné la mise en cause"*.

Il apparaît ainsi que, si les parties concernées parviennent à un accord de manière anticipée, il n'est plus question de survie des conventions et accords collectifs mis en cause, puisque la substitution intervient dès la réalisation de l'évènement ayant entraîné la mise en cause. On croit aussi comprendre que cet accord de substitution conclu par anticipation ne s'applique qu'aux salariés transférés. Il est vrai que le projet de loi vise *"les employeurs des entreprises concernées"* par l'opération juridique, c'est-à-dire de *toutes* les entreprises concernées. A titre d'exemple, si est en cause la fusion entre deux sociétés, doivent participer à la négociation les représentants de chacune des sociétés. En revanche, côté salarié, ne sont concernées que les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise qui emploie les salariés dont les contrats de travail sont transférés. Par suite, et pour reprendre l'exemple précité, alors même que le représentant de la société absorbante signera l'accord collectif, il ne bénéficiera qu'aux salariés de la société absorbée, faute d'avoir été signé par les syndicats représentatifs au sein de la première.

Ce que le texte ne dit pas, c'est si les salariés transférés pourront se prévaloir aussi du statut conventionnel applicable dans la société absorbante. De notre point de vue, le silence du projet de loi sur ce point doit conduire à répondre par l'affirmative. Cela n'est évidemment pas de nature à simplifier la gestion du personnel puisqu'il conviendra, le cas échéant, d'appliquer cumulativement plusieurs textes conventionnels aux salariés transférés, même si cela ne pourra pas durer plus de trois ans. A cet égard, le texte ne précise pas non plus ce qui se passera lorsque l'accord de substitution, conclu par anticipation, arrivera à échéance. Mais dans la mesure où il cesse de s'appliquer, on peut affirmer que les salariés transférés ne sont plus alors soumis qu'au statut conventionnel de la société absorbante.

Le projet de loi prévoit cependant d'introduire dans le Code du travail un nouvel article L. 2261-14-3 qui offre une autre option. Selon ce texte, *"dès lors qu'est envisagée une opération de fusion, de cession ou de scission ou toute autre modification juridique qui aurait pour effet la mise en cause d'une convention ou d'un accord, les employeurs et les organisations syndicales de salariés représentatives des entreprises ou établissements concernés peuvent négocier et conclure un accord se substituant aux conventions et accords mis en cause et révisant les conventions et accords applicables dans l'entreprise ou l'établissement dans lesquels les contrats de travail sont transférés. Cet accord entre en vigueur à la date de réalisation de l'évènement ayant entraîné la mise en cause"*.

A l'instar de l'article L. 2261-14-2, nouveau, ce texte autorise la négociation et la conclusion d'un accord de substitution de manière anticipée. Mais, tandis que dans l'hypothèse précédemment évoquée, sont seules concernées par la négociation les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise qui emploie les salariés dont les contrats de travail sont transférés, sont ici appelés à la négociation tous les syndicats représentatifs présents dans les entreprises intéressées par l'opération juridique. Cela est logique puisque l'acte juridique conclu vaudra non seulement accord de substitution mais aussi accord de révision. Il résulte de tout cela que, dans cette hypothèse, dès la réalisation de l'évènement ayant entraîné la mise en cause, l'ensemble des salariés des sociétés parties à l'opération juridique seront soumis à un même statut conventionnel.

Un nouvel article L. 2261-14-4 viendrait, enfin, fixer les conditions de validité de ces accords. Renvoyant aux exigences prescrites par les articles L. 2232-12 et L. 2232-13, tel que modifiés par le projet de loi (11), ce texte indique, en outre, que *"les pourcentages de 30 % et de 50 % mentionnés dans ces articles sont appréciés :*

1° Sur le périmètre de l'entreprise ou de l'établissement employant les salariés dont les contrats de travail sont transférés, dans le cas mentionné à l'article L. 2261-14-2 ;

2° Sur le périmètre de chaque entreprise ou établissement concerné dans le cas mentionné à l'article L. 2261-14-3.

Le cas échéant, la consultation des salariés est effectuée sur ces mêmes périmètres".

D — Dispositions diverses (art. 9)

Le projet de loi entend venir réparer certains oublis de la loi n° 2015-994 du 17 août 2015, relative au dialogue social et à l'emploi (N° Lexbase : L2618KG3), dite "Rebsamen".

Ainsi, il serait ajouté un alinéa nouveau à l'article L. 2322-5 du Code du travail (N° Lexbase : L6594IZA) afin de donner compétence au juge judiciaire pour statuer sur la décision de l'autorité administrative fixant le nombre d'établissements distincts pour la mise en place des comités d'établissement.

De même, serait modifié l'article L. 2232-22 (N° Lexbase : L5714KGQ) afin de préciser que la commission paritaire de branche, appelée à apprécier la validité d'un accord collectif conclu selon un mode dérogatoire, se prononce dans un délai de quatre mois suivant transmission de l'accord ; faute de quoi l'accord est réputé avoir été validé.

A cela, il faut encore ajouter :

-la possibilité que les réunions de la DUP se déroulent en visioconférence, y compris lorsque l'ordre du jour comporte des points relevant uniquement des attributions des délégués du personnel (C. trav., art. L. 2326-5, al. 9, nouv.) ;

-le fait que le seuil de trois cents salariés mentionné dans le chapitre intéressant les attributions du comité d'entreprise est réputé franchi lorsque l'effectif dépasse ce seuil pendant douze mois, dans des conditions déterminées par décret (C. trav., art. L. 2323-26-1, nouv.) (12) ;

-la précision selon laquelle lorsqu'il y a lieu de consulter à la fois le comité central d'entreprise et un ou plusieurs comités d'établissement, un accord peut définir l'ordre et les délais dans lesquels ces deux institutions représentatives du personnel rendent et transmettent leur avis (C. trav., art. L. 2327-15, al. 3, nouv.). Le projet de loi entend également modifier ce qui est aujourd'hui l'alinéa 3 de ce même texte afin d'explicitier plus clairement que ne l'avait fait la loi "Rebsamen" l'ordre de consultation du comité central d'entreprise et des comités d'établissement, en l'absence de l'accord précité. A l'avenir, et dans ce cas, "*l'avis rendu par chaque comité d'établissement est rendu et transmis au comité central d'entreprise et l'avis du comité central est rendu*" (13).

On relèvera, pour conclure sur ce point, que le projet de loi prévoit d'insérer un nouvel article L. 2392-4 au sein du Code du travail. En application de ce texte, "*par dérogation aux dispositions prévoyant la répartition en établissements distincts aux articles L. 2314-31 (N° Lexbase : L2108KG8), L. 2322-5 (N° Lexbase : L6594IZA) et L. 2327-7 (N° Lexbase : L2105KG3), l'accord mentionné à l'article L. 2391-1 (N° Lexbase : L5420KGT) peut déterminer le nombre et le périmètre du ou des établissements distincts pour les élections de la ou des instances regroupées conformément à cet accord dans l'entreprise. Par dérogation aux dispositions prévoyant la répartition en établissements distincts prévues aux articles L. 2314-31 et L. 2322-5, l'accord mentionné à l'article L. 2391-3 (N° Lexbase : L5422KGW) peut déterminer le périmètre du ou des établissements distincts pour l'élection de la ou des instances regroupées conformément à cet accord dans l'établissement*".

II — Le renforcement de la légitimité des accords

A — Consécration du "principe majoritaire" (art. 10)

La contrainte de la majorité. Reprenant, à nouveau, une importante préconisation du rapport "Combrexelle", le projet de loi vient consacrer ce qu'il est convenu de nommer le "principe majoritaire". Si la réforme devait être adoptée, la validité des conventions et accords collectifs d'entreprise serait soumise à leur signature par une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli plus de 50 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives (14). La volonté d'assurer la légitimité des actes collectifs n'a donc pas été jusqu'à exiger que la majorité soit appréciée au regard de l'ensemble des suffrages exprimés.

Il n'a pas échappé au Gouvernement que cette exigence majoritaire, si elle renforce la légitimité de l'accord collectif, est, par hypothèse, de nature à conduire à l'absence de tout texte conventionnel dès lors que le ou les syndicats ayant recueilli la majorité se refusent à signer (15). Cela peut apparaître gênant dès lors que l'on entend faire de la négociation collective l'*alpha* et l'*oméga* des relations sociales dans l'entreprise. Aussi, le projet de loi entend-t-il ménager une solution de rattrapage.

La solution de rattrapage. Si la condition évoquée précédemment n'est pas satisfaite (*i-e* l'accord n'est pas signé par le ou les syndicats majoritaires) et que l'accord a été signé à la fois par l'employeur et par des organisations syndicales représentatives ayant recueilli plus de 30 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives, une ou plusieurs de ces organisations ayant recueilli plus de 30 % des suffrages peuvent indiquer qu'elles souhaitent une consultation des salariés visant à valider l'accord.

Le recours au referendum n'est cependant pas encore inéluctable à ce stade, puisque les organisations syndicales non signataires disposent d'un délai de huit jours à compter de la demande pour se décider à apposer leur signature au bas du texte et lui permettre d'être en conformité avec l'exigence majoritaire.

Si tel n'est pas le cas, la consultation des salariés, qui peut être organisée par voie électronique, se déroule dans le respect des principes généraux du droit électoral et selon les modalités prévues par un protocole spécifique conclu entre l'employeur et les organisations signataires. Participent à la consultation les salariés du ou des établissements couverts par l'accord et électeurs aux élections prévues aux articles L. 2314-2 (N° Lexbase : L579513Z) et suivants du Code du travail.

L'accord est, comme il se doit, valide s'il est approuvé par les salariés à la majorité des suffrages exprimés. Faute d'approbation, il est réputé non écrit.

Le moins que l'on puisse dire est que ce recours au referendum n'emporte guère la conviction. En droit, tout d'abord, on avait cru comprendre que si les salariés participent à la détermination collective de leur condition de travail, c'est par "*l'intermédiaire de leurs délégués*". On aura reconnu là une exigence constitutionnelle essentielle, formulée par le Préambule de la Constitution de 1946. Il serait intéressant de savoir ce que le Conseil constitutionnel pense de tout cela.

Ensuite, ce recours au referendum visant à remettre en cause la position adoptée par les syndicats majoritaires par l'effet des votes exprimés par les salariés, n'est sans doute pas de nature à assurer la paix sociale dans l'entreprise. A cela, on ajoutera qu'il est discutable que l'on soumette à l'avis de simples salariés un texte conventionnel qui sera souvent fort technique et difficilement compréhensible (16).

Pour le reste, on soulignera que la même exigence majoritaire figurera à l'article L. 2232-13 du Code du travail (N° Lexbase : L38271BD) relativement à la conclusion des conventions ou accords ne concernant qu'une catégorie professionnelle déterminée relevant d'un collège électoral. Ce texte sera complété par un alinéa disposant que les règles de validité de l'accord sont celles précédemment évoquées et que les poids de 30 % et de 50 % mentionnés dans cet article sont appréciés à l'échelle du collège. La consultation des salariés, le cas échéant, est également effectuée à cette échelle.

Par cohérence, le projet de loi vient, d'une part, abroger certains textes qui visaient le droit d'opposition des syndicats majoritaires (17) et, d'autre part, modifier les articles qui, aujourd'hui de manière dérogatoire, exigent d'ores et déjà que l'accord collectif portant sur des questions particulières soit signé par le ou les syndicats majoritaires (18).

B — Accords de préservation et de développement de l'emploi (art. 11)

Dans sa proposition n° 42, le rapport "Combrexelle" suggérait que soit instituée une règle faisant prévaloir, dans l'intérêt général et l'intérêt collectif des salariés, les accords collectifs préservant l'emploi sur les contrats de travail. Ce vœu est exaucé par le projet de loi, au travers de ce qui pourrait être le futur article L. 2254-2 du Code du travail. On le devine, les dispositions énoncées ne sont pas sans rappeler celles qui intéressent les accords de maintien de l'emploi (C. trav., art. L. 5125-1 N° Lexbase : L2145KGK et s.).

Il n'est évidemment pas anodin que ce texte soit appelé à figurer après l'article L. 2254-1 (N° Lexbase : L2417H9E), dont on sait qu'il dispose que "*lorsqu'un employeur est lié par les clauses d'une convention ou d'un accord, ces clauses s'appliquent aux contrats de travail conclus avec lui, sauf stipulations plus favorables*". Il apparaît, en effet, que l'article L. 2254-2 apporte une importante dérogation aux prescriptions du texte qui le précède.

Ainsi que l'indique son alinéa 1er, "*lorsqu'un accord d'entreprise est conclu en vue de la préservation ou du développement de l'emploi, ses stipulations se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail, y compris en matière de rémunération et de durée du travail*".

Il est difficile de ne pas comparer cette disposition avec les prescriptions légales relatives aux accords de maintien de l'emploi et de mesurer à quel point le texte nouveau est plus compréhensif et, à certains égards, plus imprécis. Peu importe, ici, les circonstances économiques dans lesquelles l'accord est conclu. Seul compte son objet, étant observé qu'il peut être "défensif" (préserver l'emploi) ou "offensif" (développer l'emploi).

On comprend qu'en contrepartie des engagements de l'employeur en matière d'emploi, l'accord peut imposer des sacrifices aux salariés (19). Mais on ignore les proportions des uns et des autres : la création d'un seul emploi à temps partiel autorise-t-elle à imposer des sacrifices à tous les salariés ? Dans l'affirmative, dans quelle proportion ?

A lire l'alinéa 1er de l'article L. 2254-2, les concessions imposées aux salariés peuvent intéresser "*la rémunération et la durée du travail*". Pourtant, son alinéa 2 précise que l'accord "*ne peut avoir pour effet de diminuer la rémunération mensuelle du salarié*" (20). Voilà donc un accord qui peut imposer des sacrifices aux salariés en termes de rémunération, mais sans la faire baisser...

Là n'est pas la seule contradiction du texte. Après avoir indiqué, comme il a été dit, que les stipulations de l'accord se substituent "*de plein droit*" aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail, l'article L. 2254-2, nouveau, dispose que "*le salarié peut refuser la modification de son contrat de travail résultant de l'application de l'accord [...]*" (21). Si le salarié peut refuser la modification, comme c'est d'ailleurs le cas aujourd'hui, c'est donc qu'il n'y a pas "*substitution de plein droit*" ...

En cas de refus d'un salarié de se voir appliquer l'accord, l'employeur est en mesure d'engager une procédure de licenciement à son encontre. Cela n'est évidemment pas sans rappeler les accords de maintien de l'emploi. A cette différence fondamentale près que, dans ce dernier cas, on le sait, le licenciement repose, en vertu de la loi, sur un motif économique, alors que dans le cadre de l'article L. 2254-2, nouveau, le licenciement "*ne constitue pas un licenciement pour motif économique et repose sur une cause réelle et sérieuse*" (22).

Il n'est pas illogique d'exclure la qualification de licenciement économique dès lors que la rupture du contrat de travail procède du refus d'un salarié de se voir appliquer un accord collectif qui, pourtant, s'impose à lui de plein droit, en application de la loi. A cet égard, il n'aurait pas non plus été juridiquement illogique que ce licenciement soit qualifié de fautif... Sans aller jusque-là, le projet de loi prévoit cependant que le licenciement est soumis aux dispositions relatives à la rupture du contrat de travail pour motif personnel.

Pour le reste, le projet de loi indique que l'accord devra prévoir les modalités selon lesquelles les organisations représentatives signataires et les institutions représentatives du personnel sont consultées sur les conséquences pour les salariés. En outre, un expert-comptable peut être mandaté par le comité d'entreprise pour accompagner les organisations syndicales dans la négociation, dans les conditions prévues par l'article L. 2325-35 (N° Lexbase : L5643KG4).

A n'en point douter, ces "*accords de préservation et de développement de l'emploi*" susciteront bien des discussions. Il conviendrait qu'elles aient d'abord lieu au Parlement, ne serait-ce que pour éclairer certains points. Par exemple, il serait souhaitable de savoir comment les dispositions nouvelles se concilient avec celles qui intéressent les accords de maintien de l'emploi, maintenues en l'état. Il n'aura, en effet, échappé à personne que les accords de maintien de l'emploi sont conclus en vue de préserver l'emploi. Sans doute faudra-t-il s'en tenir à la règle selon laquelle les règles spéciales dérogent aux règles générales. Par suite, et à supposer que l'on ne fasse pas fausse route, l'employeur connaissant de graves difficultés économiques conjoncturelles n'aura d'autre choix que de conclure un accord de maintien de l'emploi au sens des dispositions des articles L. 5125-1 (N° Lexbase : L2145KGK) et suivants, et non un accord visant à "*la préservation de l'emploi*" au sens de l'article L. 2254-1, nouveau.

C — La négociation de groupe (art. 12) (23)

Plusieurs dispositions du projet de loi viennent, dans le droit fil des préconisations du rapport "Combrexelle", modifier les règles relatives aux négociations menées au niveau du groupe qui, il est vrai, souffraient d'un certain nombre de lacunes.

Appréciation de la représentativité. Ce sont tout d'abord les règles intéressant l'appréciation de la représentativité au niveau du groupe qui sont retouchées. Ainsi que l'affirme aujourd'hui l'article L. 2122-4 du Code du travail (N° Lexbase : L3798IBB), la représentativité des organisations syndicales au niveau de tout ou partie du groupe est appréciée par addition de l'ensemble des suffrages obtenus dans les entreprises ou établissements concernés. Le problème, on le devine, réside dans le fait qu'il est plus que vraisemblable que les élections ne se déroulent pas en même temps dans toutes les entités du groupe. Cela conduit, le cas échéant, à un chevauchement des cycles électoraux, ce qui pose d'importantes difficultés en matière de négociation collective, que ce soit pour apprécier la représentativité des organisations syndicales ou les règles de validité des actes juridiques collectifs conclus au niveau du groupe.

Le projet de loi entend répondre à cette difficulté en introduisant dans le Code du travail un nouvel article L. 2122-4. Celui-ci disposerait, dans un premier alinéa, que lorsque le périmètre des entreprises ou établissements compris dans le champ de l'accord est identique à celui d'un accord conclu au cours du cycle électoral précédant l'engage-

ment des négociations, la représentativité des organisations syndicales est appréciée par addition de l'ensemble des suffrages obtenus dans ces entreprises ou établissements au cours du cycle précédant le cycle en cours. On comprend ici qu'il y aurait un maintien du *statu quo ante*, ce qui revient donc à ne pas tenir compte des élections nouvelles intervenues dans certaines des entités du groupe.

Lorsque le périmètre des entreprises ou établissements est modifié, la représentativité est appréciée par addition de l'ensemble des suffrages obtenus lors des dernières élections ayant eu lieu dans les entreprises ou établissements compris dans le périmètre de l'accord.

Objet de la négociation de groupe. L'article L. 2232-33 du Code du travail (N° Lexbase : L2330H98) dispose actuellement, de manière quelque peu sibylline, que *"la convention ou l'accord de groupe emporte les mêmes effets que la convention ou l'accord d'entreprise"*. Si le projet de loi sous examen venait à être adopté, il n'y aurait plus à s'interroger sur le sens à donner à cette disposition.

Le texte précité est appelé à disparaître, pour être remplacé par les dispositions suivantes : *"l'ensemble des négociations prévues par les dispositions du présent code au niveau de l'entreprise peuvent être engagées et conclues au niveau du groupe dans les mêmes conditions, sous réserves des adaptations prévues par la présente section"*. Ce texte conduit ainsi, très clairement, à assimiler négociation de groupe et négociation d'entreprise (24). Partant, et entre autres conséquences, il en résulte que la négociation obligatoire pourra tout à fait être menée au niveau du groupe.

On ajoutera que le projet de loi prend soin de modifier l'article L. 2232-34 du Code du travail (N° Lexbase : L3758IBS) pour soumettre la validité des accords de groupe à l'exigence majoritaire.

Rapports entre accords de groupe, accords d'entreprise et accords d'établissement. Actuellement, le Code du travail n'envisage pas spécifiquement et explicitement les rapports entre accords de groupe, accords d'entreprise et accords d'établissement. Tout au plus pourrait-il être avancé que ces rapports relèvent, pour partie, des dispositions des articles L. 2253-1 (N° Lexbase : L2409H94) et suivants, qui intéressent les *"rapports entre accords d'entreprise ou d'établissement et accords couvrant un champ territorial ou professionnel plus large"*, en admettant, ce qui ne va pas complètement de soi, que l'accord de groupe couvre *"un champ territorial ou professionnel plus large"*. En ce cas, l'accord d'entreprise pourrait "seulement" déroger à l'accord de groupe, dans les conditions fixées par la loi.

C'est une autre articulation que le projet de loi envisage. Il est prévu d'introduire dans le Code du travail un nouvel article L. 2253-5 disposant que *"lorsqu'un accord conclu dans tout ou partie d'un groupe le prévoit expressément, ses stipulations se substituent aux stipulations ayant le même objet des conventions ou accords conclus antérieurement ou postérieurement dans les entreprises ou les établissements dans le périmètre de cet accord"*.

C'est donc une logique de substitution que ce texte institue, en lieu et place de la logique d'articulation (25) à laquelle paraissent conduire les textes existants. La même logique pourrait être à l'œuvre dans les rapports entre accord d'entreprise et accord d'établissement. Ainsi que le précise, en effet, un article L. 2253-6, nouveau, *"lorsqu'un accord conclu au niveau de l'entreprise le prévoit expressément, ses stipulations se substituent aux stipulations ayant le même objet des conventions et accords conclus antérieurement ou postérieurement dans les établissements compris dans le périmètre de cet accord"*.

On le constate, le projet de loi offre la possibilité d'éviter toute articulation entre des textes conventionnels conclus à des niveaux différents. Mais il n'y a là qu'une simple faculté, laissée à la libre appréciation des parties signataires de l'accord de groupe ou d'entreprise. Il conviendrait que le législateur s'intéresse à l'hypothèse de l'absence de ces stipulations. Car, il faut le redire, en l'état des textes, on peut hésiter quant au fait de savoir si les rapports précités doivent être réglés par application du principe de faveur ou de la dérogation.

D — La négociation de branche (art. 13 et 14)

Le projet de loi prévoit d'introduire au sein du Code du travail un nouvel article L. 2232-5-1 disposant que *"la négociation de branche vise à définir des garanties s'appliquant aux salariés employés par les entreprises d'un même secteur, d'un même métier ou d'une même forme d'activité et à réguler la concurrence entre les entreprises de ce champ"*. Il est heureux que le Gouvernement manifeste ainsi la conscience qu'il peut avoir de l'intérêt présenté par la négociation de branche, tout en favorisant, par ailleurs, la négociation décentralisée au niveau de l'entreprise.

Le projet de loi entend aussi renforcer le rôle des commissions paritaires d'interprétation instituées par les conventions de branche et les accords professionnels (C. trav., art. L. 2232-9 N° Lexbase : L2286H9K). Ces commissions deviendraient permanentes et *"de négociation"*. Il ne s'agit pas là de leur conférer un pouvoir de ce type. Le projet de loi précise simplement que cette commission *"nouvelle formule"*, outre son rôle traditionnel d'interprétation (26), est

réunie "en vue des négociations mentionnées au chapitre premier du titre quatrième du présent livre au moins une fois par an. Elle définit son agenda social dans les conditions prévues à l'article L. 2222-3 (N° Lexbase : L2246H93). Elle établit un rapport annuel d'activité qu'elle transmet à la commission nationale de la négociation collective. Elle peut exercer les missions de l'observatoire de branche mentionné à l'article L. 2232-10 (N° Lexbase : L2288H9M) et exerce son rôle de veille sur les conditions de travail et l'emploi".

Le projet de loi revient, ensuite, sur la question de la restructuration des branches et la nécessité avérée de réduire le nombre de branches professionnelles dans notre pays. On se souvient que des dispositions en ce sens avaient été prises par la loi n° 2014-288 du 5 mars 2014, relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale (N° Lexbase : L6066IZP). Ces dernières tardant à porter leurs fruits, le projet de loi réécrit l'article L. 2261-32 du Code du travail afin de le rendre plus coercitif et plus simple à mettre en œuvre.

Le projet de loi prévoit également l'introduction, dans le Code du travail, d'un nouvel article L. 2261-33, visant à régler les conséquences d'une fusion de champs de conventions collectives ou de la conclusion d'un accord collectif regroupant le champ de plusieurs conventions existantes. Dans ces hypothèses, "les stipulations conventionnelles applicables antérieurement à la fusion ou au regroupement, lorsqu'elles régissent des situations équivalentes, sont remplacées par des dispositions communes, dans un délai d'au moins cinq ans à compter de la date d'effet de la fusion ou du regroupement. Pendant ce délai (27), la branche issue du regroupement ou de la fusion peut couvrir plusieurs conventions collectives".

Il est à espérer que les travaux parlementaires viennent éclairer ces nébuleuses dispositions.

Il convient d'ajouter que, dans des dispositions qui ne sont pas appelées à être codifiées, le projet de loi précise que dans les trois mois de la publication de la réforme, les organisations syndicales d'employeurs et de salariés représentatives au niveau national et interprofessionnel engagent une négociation sur la méthode permettant d'aboutir, dans un délai de trois ans à compter de la publication de la réforme, "à un paysage conventionnel restructuré autour d'environ deux cents branches professionnelles". Subséquemment, les organisations liées par une convention de branche engagent des négociations en vue d'opérer les rapprochements permettant d'aboutir à ce paysage conventionnel restructuré.

Il est indiqué ensuite que le ministre chargé du Travail engage, au 31 décembre 2016, la fusion des branches dont le champ d'application géographique est uniquement régional ou local et des branches n'ayant pas conclu d'accord ou d'avenant lors des quinze années précédant la publication de la réforme.

Enfin, à l'issue d'un délai de trois ans suivant la publication de la présente loi, le ministre chargé du Travail engage la fusion des branches comptant moins de cinq mille salariés et des branches n'ayant pas conclu d'accord ou d'avenant lors des dix années précédentes.

III — Les acteurs du dialogue social

A — Mise à disposition de locaux syndicaux (art. 15)

Si le Code du travail envisage la mise à disposition de locaux auprès des organisations syndicales, il se contente d'imposer des obligations à l'employeur bornées, de ce fait, par le périmètre de l'entreprise. Le projet de loi vient, de manière très opportune, consacrer quelques dispositions aux locaux réservés aux syndicats et à leurs unions en dehors de ce périmètre. Ces dispositions ne concernent donc pas les employeurs mais les collectivités territoriales et leurs groupements. De ce fait, elles ne sont pas appelées à figurer dans le Code du travail, mais dans le Code général des collectivités territoriales.

Serait ainsi inséré dans ce code un nouvel article L. 1311-18 disposant que "les collectivités territoriales ou leurs groupements peuvent mettre à disposition des syndicats des locaux, lorsque ces derniers en font la demande". Il pourrait être regretté que le texte ne soit pas plus contraignant, n'imposant, à l'évidence, aucune obligation aux collectivités visées. Ce même texte envisage, ensuite, les modalités de cette mise à disposition. On soulignera simplement que lorsqu'une décision en ce sens a été prise et que la mise à disposition a duré au moins cinq ans, la décision de la collectivité de retirer à l'organisation syndicale le bénéfice du local, sans lui en proposer un autre, ouvre droit à une indemnité spécifique.

B — Moyens et prérogatives des représentants du personnel (art. 16, 17 et 18)

Augmentation du crédit d'heures des représentants syndicaux (art. 16). A l'heure actuelle, chaque délégué syndical dispose, afin d'assurer ses fonctions, de :

- dix heures par mois dans les entreprises ou établissements de cinquante à cent cinquante salariés ;
- quinze heures par mois dans les entreprises ou établissements de cent cinquante et un à quatre cent quatre-vingt-dix-neuf salariés ;
- vingt heures par mois dans les entreprises ou établissements d'au moins cinq cents salariés.

Le projet de loi prévoit de porter ces crédits à douze, dix-huit et vingt-quatre heures. Par ailleurs, le délégué syndical central serait appelé à disposer de dix-huit heures de délégation, en lieu et place des quinze heures qui lui sont aujourd'hui octroyées. Enfin, chaque section syndicale disposerait, au profit de son ou ses délégués syndicaux et des salariés de l'entreprise appelés à négocier la convention ou l'accord d'entreprise, en vue de la préparation de la négociation de cette convention ou de cet accord, d'un crédit global supplémentaire dans la limite d'une durée qui ne peut excéder douze et dix-huit heures, contre dix et quinze aujourd'hui.

Expertise du CHSCT (art. 17). On se souvient que dans une importante décision en date du 27 novembre 2015 (28), le Conseil constitutionnel a décidé que sont contraires à la Constitution le premier alinéa (29) et la première phrase du deuxième alinéa (30) de l'article L. 4614-13 du Code du travail (N° Lexbase : L07221XZ). Le Conseil constitutionnel ne s'en est toutefois pas tenu là. Appliquant les dispositions de l'alinéa 2 de l'article 62 de la Constitution (N° Lexbase : L1328A93), il a considéré que l'abrogation immédiate des textes précités aurait pour effet de faire disparaître toute voie de droit permettant de contester une décision de recourir à un expert, ainsi que toute règle relative à la prise en charge des frais d'expertise. Par suite, afin de permettre au législateur de remédier à l'inconstitutionnalité constatée, il a décidé de reporter au 1er janvier 2017 la date de cette abrogation (31).

Comme on pouvait s'y attendre et l'espérer, le projet de loi commenté vient apporter les modifications exigées par la censure du Conseil constitutionnel. Supprimant les textes invalidés, l'article 17 du projet de loi ajoute un alinéa 2 à l'article L. 4614-13 (N° Lexbase : L07221XZ), aux termes duquel : "*dans les autres cas, l'employeur qui entend contester la nécessité de l'expertise, la désignation de l'expert, l'étendue ou le délai de l'expertise saisit le juge judiciaire. Le juge statue en premier et dernier ressort dans les dix jours suivant sa saisine. Cette saisine suspend l'exécution de la décision du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail ou de l'instance de coordination visée à l'article L. 4616-1 (N° Lexbase : L5571KGG), ainsi que les délais dans lesquels ils sont consultés en application de l'article L. 4612-8 (N° Lexbase : L5581KGS), jusqu'à l'expiration du délai de pourvoi en cassation*".

Un troisième alinéa, également nouveau, vient préciser que "*les frais d'expertise sont à la charge de l'employeur. Toutefois, en cas d'annulation définitive par le juge de la décision du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail ou de l'instance de coordination, les sommes perçues par l'expert sont remboursées par ce dernier à l'employeur. Le comité d'entreprise peut, à tout moment, décider de les prendre en charge dans les conditions prévues à l'article L. 2325-41 (N° Lexbase : L9870H83)*" (32).

On comprend ainsi que, sous réserve d'une intervention du comité d'entreprise, dont on aura compris qu'elle dépend de sa bonne volonté, c'est l'expert qui risque de faire les frais de l'annulation de la décision de l'institution représentative du personnel. Il est à espérer que cela ne constitue pas un obstacle au recours à l'expertise.

Le projet de loi ajoute également un article L. 4614-13-1, nouveau, aux termes duquel "*l'employeur peut contester le coût de l'expertise devant le juge judiciaire*".

Formation des représentants du personnel (art. 18). Le projet de loi entend renforcer la formation à destination des représentants du personnel. Tout d'abord, il est prévu que le comité d'entreprise pourra décider, par une délibération, de dédier une partie de son budget de fonctionnement au financement de la formation des délégués du personnel et des délégués syndicaux présents dans l'entreprise. Cette somme et ses modalités d'utilisation devront être retracées dans les comptes annuels du comité d'entreprise ou, le cas échéant, dans les documents mentionnées à l'article L. 2325-46 (N° Lexbase : L62631ZY) et dans le rapport mentionné à l'article L. 2325-50 (N° Lexbase : L62661Z4) (C. trav., art. L. 2325-43, modifié).

Ensuite, le projet de loi prévoit d'introduire un nouveau chapitre au sein du titre Ier du livre II de la deuxième partie du Code du travail consacré à la "*formation des acteurs de la négociation collective*" (C. trav., art. L. 2212-1, nouv. et s.).

Les bénéficiaires de la formation sont largement définis puisque sont tout à la fois visés : les salariés et les employeurs, mais aussi les magistrats judiciaires et administratifs et des agents appartenant à d'autres corps administratifs. Les formations seront dispensées par les centres, instituts ou organismes de formation. En outre, l'Institut national du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle apportera son concours à la création et à la mise

en œuvre de ces formations (C. trav., art. L. 2212-1, nouv.) (33).

Des conventions ou des accords collectifs d'entreprise ou de branche pourront définir :

- le contenu des formations communes et les conditions dans lesquelles elles sont dispensées ;
- les modalités de leur financement, pour couvrir les frais pédagogiques, les dépenses d'indemnisation et les frais de déplacement et d'hébergement des stagiaires et animateurs.

(1) Plus souvent évoquée sous la formule de "loi travail", à la limite plus explicite que le titre abscons retenu officiellement qui, en outre, n'a aucun sens, s'agissant de donner des libertés ou des protections à une entité, l'entreprise, dépourvue de personnalité juridique.

(2) V., sur la question, notre art., *La force juridique des préambules des conventions et accords collectifs de travail*, TPS, 2004, p. 7.

(3) L'alinéa 2 de ce même texte précise que, "*sauf stipulations contraires, la convention ou l'accord à durée déterminée arrivant à expiration continue à produire ses effets comme une convention ou un accord à durée indéterminée*". L'idée est ici d'éviter tout vide conventionnel.

(4) Sous réserve que ce même législateur entende autoriser une durée supérieure, ce qui entrerait en contradiction avec la volonté de voir les normes conventionnelles ne pas être figées dans le temps.

(5) Selon ce dernier texte, "*la convention ou l'accord prévoit les formes selon lesquelles et le délai au terme duquel il pourra être renouvelé ou révisé*".

(6) Encore appelées, notamment dans le rapport "Combrexelle", "*clauses de revoyure*".

(7) Le II de ce texte précise que "*les avenants de révision obéissent aux conditions de validité des accords prévues selon le niveau considéré aux sections 1 et 2 du chapitre II du titre III du livre II de la deuxième partie du présent code*". Lorsque l'avenant de révision a vocation à être étendu, sa validité est subordonnée à sa signature par une ou plusieurs organisations professionnelles d'employeurs représentatives dans son champ d'application.

(8) Cass. soc., 13 novembre 2008, n° 07-42.481, FS-P+B (N° Lexbase : [A2451EBE](#)), Bull. civ. V, n° 224.

(9) Se trouve, de ce fait, exclue la plus-value d'acquisition réalisée en cas de levée d'une option de souscription ou d'achat d'action.

(10) Cass. soc., 28 octobre 2015, n° 14-16.043, FS-P+B (N° Lexbase : [A5201NU8](#)) et nos obs., Lexbase, éd. soc, n° 633 (N° Lexbase : [N9964BUL](#)).

(11) V. *infra*.

(12) Ce même texte précisant que l'employeur dispose d'un délai d'un an à compter du franchissement de ce seuil pour se conformer complètement aux obligations d'information et de consultation du comité d'entreprise qui en découlent.

(13) Des modifications similaires sont apportées à l'article L. 4616-3 du Code du travail (N° Lexbase : [L5570KGE](#)) afin de rendre, là aussi, plus clair l'ordre des consultations de l'instance de coordination des CHSCT et de chaque CHSCT en l'absence d'accord.

(14) C. trav., art. L 2232-12, modifié. Se trouve, par là-même, supprimé le droit d'opposition antérieurement reconnu aux syndicats majoritaires.

(15) Ce qui s'est passé à la FNAC relativement à la mise en place du travail dominical y est sans doute pour beaucoup.

(16) C'est peut-être pour cela, d'ailleurs, qu'il est prévu que le droit à la participation s'exerce par l'intermédiaire de "délégués" qui, en fait, peuvent, le cas échéant, s'appuyer sur une "machinerie" syndicale.

(17) C. trav., art. L. 2231-7 (N° Lexbase : [L2264H9Q](#)), L. 2231-8 (N° Lexbase : [L2266H9S](#)) et L. 2231-9 (N° Lexbase : [L2268H9U](#)).

(18) C. trav., art. L. 2242-20 (N° Lexbase : L5692KGW), L. 2391-1 (N° Lexbase : L5420KGT).

(19) Le texte ne dit pas explicitement cela. Mais c'est ce qui ressort, à l'évidence, de la règle prévoyant que les stipulations de l'accord se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail.

(20) Rémunération mensuelle qui devrait être définie par un décret, dont on se demande si c'est bien là son rôle.

(21) Refus qui doit être écrit.

(22) Cette "pré-justification", que l'on retrouve en matière d'accord de maintien de l'emploi depuis la loi n° 2015-990 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (N° Lexbase : L4876KEC), dite "Macron" (C. trav., art. L. 5125-2 N° Lexbase : L2144KGI), suscite, comme on le sait, de sérieuses interrogations quant à sa validité, notamment au regard des engagements internationaux de la France.

(23) On mentionnera que le projet de loi entend consacrer la possibilité de conclure des accords "interentreprises" (C. trav., art. L. 2232-36, nouv., et s.).

(24) Ce que ne fait pas le projet de loi pour les accords "interentreprises" ; ce qui est curieux.

(25) Articulation à relativiser dès lors que l'on admet que l'accord d'entreprise ou d'établissement peut déroger à l'accord de groupe si celui-ci ne l'interdit pas. Mais, compte tenu des lacunes actuelles de la loi et faute de position de la Cour de cassation, il pourrait être avancé que c'est le seul principe de faveur qui doit gouverner cette articulation.

(26) Qui ne peut concerner, de notre point de vue, que l'interprétation des textes conventionnels conclus au niveau de la branche. Quant aux normes conventionnelles d'entreprise, dont il est acquis que le Gouvernement souhaite la multiplication, il faudrait être singulièrement naïf, de mauvaise foi ou ignorant, pour penser qu'elles seront d'une totale limpidité, à la différence de l'obèse et illisible Code du travail. Dans la mesure où, en l'état des textes, elles ne pourront être soumises à la commission paritaire de branche pour interprétation, c'est donc le juge qui en sera saisi.

(27) En outre, eu égard à l'intérêt général attaché à la restructuration des branches professionnelles, les différences temporaires de traitement entre salariés résultant de la fusion ou du regroupement ne peuvent être utilement invoquées pendant le délai en cause.

(28) Cons. const., décision n° 2015-500 QPC, 27 novembre 2015 (N° Lexbase : A9179NXA) et les obs. de D. Boulmier, Lexbase, éd. soc., n° 637, 2015 (N° Lexbase : N0436BW3).

(29) *"Les frais d'expertise sont à la charge de l'employeur"*.

(30) *"L'employeur qui entend contester la nécessité de l'expertise, la désignation de l'expert, le coût, l'étendue ou le délai de l'expertise, saisit le juge judiciaire"*.

(31) Sur les curieuses conséquences induites par ce report des effets de la décision dans le temps, v. Cass. soc., 5 mars 2015, n° 14-16.242, FS-P+B+R+I (N° Lexbase : A2687Q7N) et nos obs., Lexbase, éd. soc., n° 649, 2016 (N° Lexbase : N2008BWB).

(32) Par souci de coordination, le projet de loi ajoute un article L. 2325-41-1 au Code du travail relatif à cette faculté du comité d'entreprise.

(33) Ces formations pourront être, en tout ou partie, financées par les crédits du fonds paritaire prévu à l'article L. 2135-9 (N° Lexbase : L6241IZ8).

Revue

04

Lexbase Hebdo édition sociale n°650 du 7 avril 2016

[Social général] Projet, proposition, rapport législatif

Projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs : sécurisation des parcours professionnels (titre III)

12558740

N° Lexbase : N2133BWW



par *Christophe Willmann, Professeur à l'Université de Rouen et Directeur scientifique de l'Encyclopédie "Droit de la protection sociale"*

Le projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs a été désigné par les médias projet "El Khomri" (du nom de la ministre du Travail et de l'Emploi), ou "réforme du Code du travail" (rien de moins) ou encore "Code du travail" ou "Loi travail" : ce dernier intitulé n'est absolument pas convaincant, tant le projet de loi, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 24 mars 2016 (1), aborde des aspects variés du droit du travail, en ses rapports tant individuels que collectifs : une nouvelle architecture pour la partie du code relative au temps de travail et aux congés ; réforme des règles de révision et de dénonciation des accords (principe d'accords majoritaires ; règles de la représentativité patronale ; restructurations des branches professionnelles) ; promotion de l'emploi (définition du motif économique des licenciements ; service d'appui aux entreprises de moins de 300 salariés ; validation des acquis de l'expérience) ; réforme de la médecine du travail (conditions de reconnaissance de l'inaptitude) ; lutte contre le détachement illégal. Bref, rien qui ne s'apparente à un ambitieux projet de réforme du Code du travail, à la manière de 2007, sauf à se référer au projet de R. Badinter et d'A. Lyon-Caen (2), qui finalement n'est pas intervenu dans le processus législatif, d'une manière ou d'une autre. Plus spécifiquement, le titre III du projet de loi est consacré à la "sécurisation" des parcours professionnels et à la prise en compte du numérique dans le modèle social : création du CPA, reconnaissance du droit à la déconnexion et réforme du télétravail. Ce titre III comporte deux chapitres, l'un sur la mise en place du CPA, l'autre sur l'adaptation du droit du travail à l'ère du numérique, deux objets totalement différents dont

on peine à comprendre la cohérence, dans la mesure où ils sont rassemblés dans un même ensemble ; surtout, "l'adaptation du droit du travail à l'ère du numérique" ne paraît pas entretenir de liens très étroits avec l'intitulé du Titre III, relatif à la sécurisation des parcours professionnels. Le chapitre I (art. 21 à 24) porte sur le CPA, la généralisation de la garantie jeunes et la dématérialisation du bulletin de paie. Le chapitre II (art. 25 à 27) porte sur le droit à la déconnexion, le télétravail et le dialogue social à l'ère du numérique. L'article du projet de loi portant sur la dématérialisation du bulletin de paie y avait donc toute sa place.

Le projet a été très discuté, commenté, critiqué par les médias et la classe politique. Le Conseil d'Etat a validé, pour l'essentiel, le projet qui lui a été soumis (3). A ce stade, les références documentaires et doctrinales sont, contrairement à la profusion des réactions relayées par les médias, assez rares (4). Pour mieux saisir les enjeux de ce titre III du projet de loi, il convient de distinguer, d'un côté, les dispositifs de sécurisation des trajectoires professionnelles pour tous (CPA) et pour les jeunes (garantie jeunes) ; et, d'un autre côté, la réforme des relations du travail, en ses aspects numériques (droit à la déconnexion, télétravail et dialogue social à l'ère du numérique).

I — Une sécurisation des trajectoires professionnelles pour tous (CPA) et pour les jeunes (garantie jeunes)

Le projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs s'inscrit dans une continuité : celle de la loi "Rebsamen" (loi n° 2015-994 du 17 août 2015, relative au dialogue social et à l'emploi [N° Lexbase : L2618KG3](#), art. 38), déclenchant le processus de mise en place du CPA ; le décret n° 2013-880 du 1er octobre 2013, relatif à l'expérimentation de la "garantie jeunes" ([N° Lexbase : L3086IYX](#)). Le projet de loi du 24 mars 2016, à cet égard, n'est pas innovant ni réformateur.

A — Une sécurisation des trajectoires professionnelles pour tous : le CPA

L'article 21 du projet de loi du 24 mars 2016, relatif au CPA (C. trav., art. L. 5151-1 à art. L. 5151-6, nouveaux) (5), fait échos à la loi du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi (art. 38) (6), laquelle avait une dimension simplement programmatique (7). La négociation interprofessionnelle a abouti à une position commune le 8 février 2016.

Le CPA poursuit plusieurs objectifs : éviter les ruptures de droits et de protection (à l'occasion des transitions entre deux états) ; sécuriser les actifs et leur permettre d'être davantage acteurs de leur parcours professionnel (trajectoire maîtrisée) ; renforcer l'autonomie et la liberté d'action de son titulaire (C. trav., art. L. 5151-1) et contribuer au droit à la qualification professionnelle. La doctrine s'est beaucoup investie, ces derniers mois, dans cet objet juridiquement non identifié, le CPA (8) ; mais le projet de portabilité des droits, attachés à la personne et non à l'emploi occupé, date des années 1990 (rapport de J. Boissonnat, *Le travail dans 20 ans*, 1995 ; rapport d' A. Supiot, *Au-delà de l'emploi*, 1999) (9).

1 — Objet, fonctionnement du CPA

Plateforme. Le titulaire du CPA pourrait, à compter du 1er janvier 2017, décider de l'utilisation de ses droits dans les conditions définies par le compte personnel de formation (C. trav., art. L. 6323-1 [N° Lexbase : L6378IZA](#)) à L. 6323-23), ainsi que le compte personnel de prévention de la pénibilité (C. trav., art. L. 4162-1 [N° Lexbase : L2589IZW](#) à L. 4162-22). Aussi, le CPA est constitué du compte personnel de formation et du compte personnel de prévention de la pénibilité et du compte engagement citoyen (C. trav., art. L. 5151-5, nouveau).

Le compte engagement citoyen permettrait de recenser, lorsque son titulaire le décide, diverses activités bénévoles ou de volontariat (activité de maître d'apprentissage, service civique, réserve militaire, bénévolat associatif dans certaines conditions, etc.) (C. trav., art. L. 5151-7, art. L. 5151-9 à art. L. 5151-12, nouveaux). En d'autres termes, le projet de loi du 24 mars 2016 apporte un contenu nouveau au CPA, qui comprend, outre le CPF et le CPP, un nouveau compte : le compte engagement citoyen (CEI) (10).

Droit à un accompagnement. Le titulaire du CPA aurait droit à un accompagnement global destiné à l'aider à exercer ses droits dans la mise en œuvre de son projet professionnel. Il serait fourni notamment dans le cadre du conseil en évolution professionnelle (C. trav., art. L. 5151-1, nouveau).

Formation. Le CPA pose les bases d'un droit universel à la formation (formations éligibles et mobilisation du compte, C. trav., art. L. 6323-30, nouveau ; prise en charge des frais de formation, C. trav., art. L. 6323-31) (11), bénéficiant en premier lieu aux personnes sans diplôme.

S'agissant des jeunes décrocheurs, le projet de loi complète la loi du 8 juillet 2013 d'orientation et de programmation pour la refondation de l'école de la République (loi n° 2013-595 du 8 juillet 2013 [N° Lexbase : L3140IXL](#) ; C. éduc., art. L. 122-2 [N° Lexbase : L3268IXC](#)), qui avait mis en place un "droit à une durée complémentaire de formation

qualifiante" pour les jeunes sortis sans diplôme du système éducatif. Le projet de loi renforce, dans le cadre du CPA, ce "*droit à la nouvelle chance*" pour les jeunes décrocheurs : les jeunes sortis sans diplôme du système éducatif pourraient obtenir un capital formation permettant de financer le nombre d'heures nécessaires à la réalisation d'une formation qualifiante.

S'agissant des salariés peu qualifiés (niveau de qualification est inférieur au niveau V), les droits à la formation seraient augmentés de 24 à 40 heures par an, avec un plafond porté de 150 heures à 400 heures, permettant à ces salariés d'accéder à un niveau supplémentaire de qualification au bout de dix ans (12).

2 — Bénéficiaires

Le CPA serait ouvert pour toute personne âgée d'au moins seize ans (13), occupant un emploi ; ou à la recherche d'un emploi ou accompagnée dans un projet d'orientation et d'insertion professionnelles ; ou accueillie dans un établissement et service d'aide par le travail. Mais le CPA serait fermé lorsque la personne est admise à faire valoir l'ensemble de ses droits à la retraite (C. trav., art. L. 5151-2, nouveau).

Accès du CPA ouvert aux travailleurs indépendants, membres des professions libérales et professions non salariées. Le CPA serait étendu aux travailleurs indépendants, membres des professions libérales et professions non salariées (et leurs conjoints collaborateurs, C. trav., art. L. 6323-24 à L. 6323-29, nouveaux, s'agissant de l'alimentation et abondement du compte ; C. trav., art. L. 6323-30 et L. 6323-31, nouveaux, s'agissant des formations éligibles et mobilisation du compte). Ceux-ci bénéficieraient, comme les salariés, d'un droit quantifié à un nombre d'heures de formation qui serait alimenté chaque année, dans la limite de 150 heures.

Les formations seraient prises en charge par les fonds d'assurance-formation de non-salariés, qui perçoivent le produit de la contribution à la formation professionnelle des indépendants. L'article 21 du projet de loi entrerait en vigueur le 1er janvier 2017, à l'exception des dispositions relatives aux travailleurs indépendants qui entreraient en vigueur le 1er janvier 2018.

Agents publics. L'article 22 du projet de loi du 24 mars 2016 habilite le Gouvernement à prendre par ordonnance les dispositions nécessaires à l'application du CPA aux agents publics (15). Chaque agent public serait bénéficiaire d'un CPA, garantissant la portabilité des droits entre employeurs publics et en cas de changements entre secteur public et secteur privé. Les garanties applicables aux agents publics concernant la formation et la protection de la santé et de la sécurité au travail seraient renforcées. En l'état, le Conseil d'Etat a validé cette mesure (CE avis, 17 mars 2016, préc.) (16).

3 — Utilisation du CPA

Les droits inscrits sur le CPA demeurerait acquis par leur titulaire jusqu'à leur utilisation ou à la fermeture du compte (C. trav., art. L. 5151-3, nouveau). Le CPA ne pourrait être mobilisé qu'avec l'accord exprès de son titulaire. Le refus du titulaire du CPA de le mobiliser ne constituerait pas une faute (C. trav., art. L. 5151-4, nouveau).

Chaque titulaire d'un CPA aura connaissance des droits inscrits sur celui-ci et pourrait les utiliser en accédant à un service en ligne gratuit. Ce service en ligne serait géré par la Caisse des dépôts et consignations (C. trav., art. L. 5151-6, I, nouveau) (17). Chaque titulaire d'un CPA aurait également accès à une plateforme de services en ligne, qui lui fournirait une information sur ses droits sociaux ; lui donnerait accès à un service de conservation de ses bulletins de paie, lorsqu'ils ont été transmis par l'employeur sous forme électronique (conditions mentionnées par l'article L. 3243-2 N° [Lexbase : L1837IER](#)) ; lui donnerait accès à des services utiles à la sécurisation des parcours professionnels (C. trav., art. L. 5151-6, nouveau) (18).

B — Jeunes : garantie jeune

La difficulté d'insertion des jeunes sur le marché du travail, très documentée (19), a donné lieu à plusieurs réponses proposées par le législateur et le pouvoir réglementaire :

— la mise en place d'un "*droit à l'accompagnement pour un accès à la vie professionnelle*" au titre de l'accompagnement des jeunes en difficultés (20). Ce droit à l'accompagnement (21) se manifeste par un certain nombre de dispositifs : le CIVIS "accompagnement vers l'emploi" (contrat d'accompagnement personnalisé pour les jeunes, peu ou pas qualifiés, âgés de 16 à 25 ans, voulant s'insérer socialement et professionnellement, par la réalisation d'un projet) ; le contrat d'accompagnement formation (ce contrat vise, grâce à des formations dans des métiers porteurs, à faciliter l'accès rapide à un emploi durable) ; le "*contrat d'autonomie*" (mis en place en 2008, dans le cadre du Plan "Espoir Banlieues", ce dispositif est destiné à faciliter l'accès à l'emploi de 45 000 jeunes des zones urbaines sensibles) ; enfin, les "*Ecoles de la deuxième chance*" (elles proposent aux jeunes de 18 à 25 ans dépour-

vus de qualification professionnelle ou de diplôme un parcours de formation personnalisé centré sur les savoirs de base et incluant une période en alternance);

— la mise en place d'aides financières versées aux jeunes, un revenu minimum. Ces aides comprennent : le revenu contractualisé d'autonomie (aide financière destinée aux jeunes à la recherche d'un premier emploi. Il fait l'objet d'une expérimentation de deux ans depuis janvier 2011) (22); le RSA jeunes (la loi n° 2009-1673 du 30 décembre 2009, de finances pour 2010 N° Lexbase : L1816IGD, a étendu le bénéfice du RSA aux jeunes actifs de moins de 25 ans, alors que la loi n° 2008-1249 du 1er décembre 2008, généralisant le RSA et réformant les politiques d'insertion N° Lexbase : L9715IBG, avait précisément exclu des bénéficiaires les jeunes de moins de vingt-cinq ans) (23).

En 2013, le gouvernement s'était engagé, dans le cadre du plan pluriannuel contre la pauvreté et pour l'inclusion sociale à mettre en place une "garantie jeunes" au profit de ceux qui ne sont ni à l'école, ni en formation, ni en emploi, et se trouvent en situation de grande précarité (décret n° 2013-880 du 1er octobre 2013, relatif à l'expérimentation de la garantie jeune) (24).

1 — Parcours contractualisé d'accompagnement vers l'emploi et l'autonomie

L'article 23 du projet de loi du 24 mars 2016 instaure pour tous les jeunes en difficulté et confrontés à un risque d'exclusion professionnelle le droit à un parcours contractualisé d'accompagnement vers l'emploi et l'autonomie, conclu avec l'Etat (C. trav., art. L. 5131-5, nouveau) (25). Ce parcours constituerait le nouveau cadre contractuel d'un accompagnement adapté et gradué dans son intensité en fonction de la situation et des besoins de chaque jeune, y compris des jeunes en situation de handicap.

2 — Garantie jeunes

En outre, la garantie jeunes, dispositif expérimenté depuis 2013, serait généralisée. Elle deviendrait le centre de gravité du parcours contractualisé d'accompagnement vers l'emploi et l'autonomie (C. trav., art. L. 5131-6, nouveau) (26). Droit ouvert à tous les jeunes, l'allocation versée par l'Etat et modulable en fonction de la situation de l'intéressé, serait soumise à conditions : souscrire à un contrat d'engagements réciproques ; ne pas être étudiant, ni en formation, ni en emploi ; vivre hors du foyer de leurs parents ou au sein de ce foyer sans recevoir de soutien financier ; justifier de ressources inférieures à un seuil.

A ce stade, le législateur ne mettrait en place que le principe de la garantie jeune. Il appartiendrait au pouvoir réglementaire (modification des articles D. 5131-11 N° Lexbase : L2616IA7 à D. 5131-27 du Code du travail) de déterminer les modalités du parcours contractualisé d'accompagnement vers l'emploi et l'autonomie, ainsi que la nature des engagements respectifs de chaque partie au contrat ; les modalités de fixation de durée et de renouvellement du parcours contractualisé d'accompagnement vers l'emploi et l'autonomie ; les modalités d'orientation vers les différentes modalités du parcours contractualisé d'accompagnement vers l'emploi et l'autonomie ainsi que leurs caractéristiques respectives ; enfin, les modalités d'attribution, de modulation et de suppression, ainsi que les modalités de versement de l'allocation (C. trav., art. L. 5131-7, nouveau).

Le Conseil d'Etat (CE avis, 17 mars 2016, n° 391 197 N° Lexbase : A1701RBM) a estimé que ces dispositions ne soulevaient pas de difficulté juridique particulière.

II — Réformes des relations du travail : droit à la déconnexion, télétravail et dialogue social à l'ère du numérique

Le projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs prend acte de l'influence du numérique dans les relations de travail, à plusieurs titres : le "droit à la déconnexion", le régime du télétravail ou enfin la dématérialisation du bulletin de paie. Le projet de loi reprend à son compte certaines propositions du Rapport "Mettling" (*Transformation numérique et vie au travail*, septembre 2015) et d'autres réflexions (27).

A — Rapports individuels à l'ère numérique

Le projet de loi "El Khomri" entend réformer trois aspects des relations individuelles du travail : la dématérialisation du bulletin de paie, le télétravail et enfin, le droit à la déconnexion.

1 — Droit à la déconnexion

L'article 25 du projet de loi du 24 mars 2016 crée un nouvel objet de la négociation relative à la qualité de vie au travail, portant sur les modalités d'exercice du "droit à la déconnexion" (C. trav., art. L. 2242-8, nouveau) (28), dans la continuité :

— du troisième plan santé au travail (29) ;

— de l'accord national interprofessionnel du 19 juin 2013 vers une politique d'amélioration de la qualité de vie et de l'égalité professionnelle (N° Lexbase : L7869I9C) ;

— de trois accords prévoyant une utilisation raisonnable des dispositifs de régulation des outils numériques : la branche de la bijouterie, joaillerie, orfèvrerie (accord du 31 janvier 2014), branche des personnels des agences générales d'assurance (accord du 30 octobre 2014), et enfin la branche des entreprises de courtage d'assurance et/ou de réassurance (accord du 19 novembre 2014).

L'objectif poursuivi est la prise en compte, par les partenaires sociaux (négociation collective), des contraintes que font peser sur les salariés les outils numériques mis à leur disposition par l'employeur ; plus spécifiquement, garantir l'effectivité du droit au repos ; notamment pour les salariés au forfait jour, utilisateurs fréquents des outils numériques.

Le projet de loi a renvoyé à la négociation d'entreprise les modalités d'exercice de ce droit à la déconnexion, parce qu'il est directement corrélé à l'organisation de l'entreprise ; à défaut, l'employeur pourrait définir ces modalités (les communiquer par tous moyens aux salariés de l'entreprise) ; enfin, dans les entreprises d'au moins 300 salariés, ces modalités feraient l'objet d'une charte élaborée après avis des instances représentatives du personnel (comité d'entreprise ou délégués du personnel). Afin de laisser le temps nécessaire à la négociation, l'entrée en vigueur de la mesure est fixée au 31 décembre 2017.

Le Conseil d'Etat (CE avis du 17 mars 2016) a relevé que ces dispositions ne faisaient pas obstacle à ce qu'un accord de branche définisse les modalités d'exercice par les salariés des entreprises de cette branche de leur droit à la déconnexion dans l'utilisation des outils numériques. Dans la mesure où ces dispositions précisent que le droit du salarié à la déconnexion dans l'utilisation des outils numériques a pour finalité d'assurer le respect des temps de repos et de congés, le législateur ne méconnaissait pas l'étendue de sa compétence en prévoyant qu'un accord d'entreprise pouvait en définir les modalités d'exercice.

2 — Télétravail

L'article 26 du projet de loi du 24 mars 2016 vise à relancer le développement du télétravail, dans la continuité et le prolongement des nombreux outils législatifs et conventionnels existants : accord-cadre européen du 16 juillet 2002 ; accord national interprofessionnel du 19 juillet 2005, relatif au télétravail (N° Lexbase : L0119KIA) ; loi n° 2012-387 du 22 mars 2012, relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives (N° Lexbase : L5099ISN).

Le projet de loi suggère aux partenaires sociaux de revoir avant le 1er octobre 2016 le régime du télétravail, notamment pour prendre en compte certaines nouvelles modalités de travail ("*co-travail*", "*nomadisme*", "*télé-management*"), l'évaluation de la charge de travail des salariés en forfait jours ainsi que les pratiques liées à l'outil numérique (articulation de la vie personnelle et la vie professionnelle) et enfin, les modalités du fractionnement du repos quotidien ou hebdomadaire de ces salariés.

Le Conseil d'Etat (CE avis du 17 mars 2016) a disjoint du projet de loi cet article 26 au motif qu'il était dépourvu de tout contenu normatif.

3 — Dématérialisation du bulletin de paie

L'article 24 du projet de loi du 24 mars 2016 (30) propose d'étendre la dématérialisation du bulletin de paie. Autorisé depuis 2009, la dématérialisation du bulletin de paie peine à s'imposer, selon l'étude d'impact. Le projet de loi "El Khomri" suggère donc d'inverser la règle d'option. Sauf opposition du salarié, l'employeur pourrait remettre un bulletin de paie sous forme électronique, dans des conditions de nature à garantir l'intégrité, la disponibilité et la confidentialité des données. Si le salarié le demande, la remise serait effectuée sous la forme d'un hébergement des données par le service en ligne associé au CPA (*supra*, 2° du II de l'article L. 5151-6, nouveau), garantissant l'intégrité, la disponibilité et la confidentialité de ces données (C. trav., art. L. 3243-2, nouveau).

Pour le Conseil d'Etat (CE, avis du 17 mars 2016), ces dispositions ne soulèvent pas de difficulté juridique particulière mais il alerte le Gouvernement quant à l'urgence de mettre en place ce service en ligne d'ici le 1er janvier 2017 afin d'en garantir l'effectivité.

B — Rapports collectifs à l'ère numérique

L'article 27 du projet de loi du 24 mars 2016 propose de renforcer l'utilisation des outils numériques dans l'exercice

du dialogue social ; de faciliter le recours au vote électronique pour les élections professionnelles ; de permettre à l'employeur de mettre en œuvre le vote électronique en l'absence d'accord.

Un accord d'entreprise pourrait définir les conditions et les modalités de diffusion des informations syndicales à travers les outils numériques disponibles dans l'entreprise, notamment l'intranet et la messagerie électronique de l'entreprise. A défaut d'accord, les organisations syndicales pourraient mettre à disposition des publications et tracts sur un site syndical accessible à partir de l'intranet de l'entreprise.

L'utilisation par les organisations syndicales des outils numériques mis à leur disposition serait soumise à conditions : être compatible avec les exigences de bon fonctionnement et de sécurité du réseau informatique de l'entreprise ; ne pas entraver l'accomplissement normal du travail ; préserver la liberté de choix des salariés d'accepter ou de refuser un message (C. trav., art. L. 2142-6, nouveau).

Le Conseil d'Etat (CE avis du 17 mars 2016) a attiré l'attention du Gouvernement sur la nécessité de déterminer les modalités de ce vote électronique par un décret en Conseil d'Etat, pris après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés. Il a également amendé le projet du Gouvernement afin de préciser que l'utilisation des outils numériques de l'entreprise par les organisations syndicales devait être compatible avec les exigences de sécurité du réseau en cause.

(1) JCP éd. E, 31 mars 2016, act. 284 ; LSQ, n° 17 047, 24 mars 2016 ; F. Champeaux, *Les grands axes de la future loi Travail*, SSL, n° 1714, 14 mars 2016 ; G. Bélier, *Le référendum : halte au feu !*, SSL, n° 1712, 29 février 2016 ; F. Morel, *En finir avec le principe général d'égalité de traitement*, SSL, n° 1714, 14 mars 2016 ; F. Favennec-Héry, *Réforme de la durée du travail : bouleversement, adaptation ou rupture ?*, SSL, n° 1714, 14 mars 2016 ; P. Bailly, *Le PSE avant transfert d'entreprise dans l'avant-projet de loi — Une dérogation aux effets du transfert d'entreprise*, SSL, n° 1714, 14 mars 2016 ; *Les voies d'une vraie réforme selon A. Supiot*, SSL, n° 1714, 14 mars 2016.

(2) Ch. Radé, Lexbase, éd. soc., 2015, n° 633 (N° Lexbase : N9953BU8).

(3) CE avis, 17 mars 2016, n° 391 197 (N° Lexbase : A1701RBM), SSL, n° 1716, 29 mars 2016.

(4) Le projet de loi, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 24 mars 2016, n'a pas encore donné lieu à la publication de travaux parlementaires (au jour de la parution de la présente contribution). Le projet de loi, en revanche, est adossé à une étude d'impact très documentée.

(5) Etude d'impact, 24 mars 2016, préc., p. 201 ; pas de travaux parlementaires, à ce jour.

(6) Nos obs., Lexbase, éd. soc., 2015, n° 624 (N° Lexbase : N8906BUE). Travaux parlementaires, Ch. Sirugue, Rapport Assemblée nationale n° 2932, 1er juillet 2015, préc., p. 87-88 ; C. Procaccia, Rapport Sénat n° 501 (2014-2015), 10 juin 2015, préc., p. 177-179.

(7) Le législateur a mis en place une méthode et un calendrier : création au 1er janvier 2017 du CPA ; avant le 1er décembre 2015, concertation avec les organisations syndicales de salariés et les organisations professionnelles d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel ; avant le 1er juillet 2016, présentation au Parlement d'un rapport sur les modalités possibles de cette mise en œuvre.

(8) Université Paris I, Journée d'étude, Le compte personnel d'activité, ISST, mardi 15 mars 2016. V. spécialement interventions de S. Mahfouz, *Présentation du rapport de France Stratégie* ; P. Caillaud, *L'émergence de la notion de "compte" dans le Droit du travail* ; J. — M. Luttringer, *Présentation et mise en perspective juridique du compte personnel d'activité* ; D. Méda, *Le CPA, levier de transformations des relations individuelles de travail ?* ; N. Maggi-Germain, *La catégorie juridique des droits attachés à la personne* ; Table ronde : *le CPA annonciateur de la réforme de notre système de protection sociale ?*, avec J. — L. Dayan, économiste, B. Gazier, Economiste, J. — P. Laborde et Ch. Willmann ; Table ronde, *Quelles garanties collectives ?*, avec P. Concialdi, économiste, C. Perret, CGT ; V. Descacq, CFDT ; F. Mikula, CFE-CGC et J. Thouvenel, CFTC.

(9) P. Cahuc et F. Kramarz, *De la précarité à la mobilité : vers une Sécurité sociale professionnelle*, rapport au ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie et au ministre de l'Emploi, du Travail et des Relations sociales, décembre 2004 ; Commission "Compte personnel d'activité", Prés. S. Mahfouz, *Le compte personnel d'activité, de l'utopie au concret*, rapport de France Stratégie, 2015, préc..

(10) Etude d'impact, 24 mars 2016, préc., p. 211.

(11) Etude d'impact, 24 mars 2016, préc., p. 208-209.

(12) Afin de renforcer les capacités d'action des personnes pour construire leurs parcours professionnels, de nouveaux usages des droits sont créés. Outre les formations aujourd'hui éligibles au CPF, les titulaires du CPA pourront accéder à l'accompagnement à la validation des acquis de l'expérience, à l'accompagnement à la création d'entreprise et au bilan de compétences.

(13) Le CPA est ouvert dès l'âge de quinze ans pour le jeune qui signe un contrat d'apprentissage (sur le fondement du deuxième alinéa de l'article L. 6222-1 du Code du travail [N° Lexbase : L6475IZT](#)).

(14) Etude d'impact, 24 mars 2016, préc., p. 210.

(15) Etude d'impact, 24 mars 2016, préc., p. 221.

(16) CE avis, 17 mars 2016, n° 391 197, préc. : le Conseil d'Etat a estimé que les dispositions de l'article 22, qui définissent avec une précision suffisante la finalité des mesures que le Gouvernement se propose de prendre et leur domaine d'intervention, ne soulevaient pas de difficulté juridique particulière au regard de l'article 38 de la Constitution.

(17) Le Conseil d'Etat (CE avis du 17 mars 2016) a admis que la gestion du service en ligne permettant à chaque titulaire d'un CPA d'avoir connaissance des droits inscrits sur celui-ci et de les utiliser soit assurée par la Caisse des dépôts et consignations, sans préjudice des dispositions de l'article L. 4162-11 du Code du travail ([N° Lexbase : L5738KGM](#)) confiant la gestion du compte personnel de prévention de la pénibilité à la Caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés et au réseau des organismes régionaux chargés du service des prestations d'assurance vieillesse du régime général de Sécurité sociale. Le Conseil d'Etat a attiré l'attention du Gouvernement sur l'opportunité de prévoir la conclusion d'une convention entre la Caisse des dépôts et consignations et la Caisse nationale d'assurance vieillesse afin de préciser les modalités de cette articulation.

(18) Le Conseil d'Etat (CE avis du 17 mars 2016) a regretté que le périmètre des droits concernés par cette information et ces services ne soit pas plus précisément défini, dès lors que le CPA est un dispositif évolutif dont le périmètre a vocation à être, à terme, étendu au-delà du compte personnel de formation, du compte personnel de prévention de la pénibilité et du compte engagement citoyen.

(19) Rapport *l'emploi des jeunes*, Conseil économique, social et environnemental, décembre 2012 ; P. Cahuzac, S. Carcillo et K. F. Zimmermann, *L'emploi des jeunes peu qualifiés en France*, Note du CAE n° 4, avril 2013 ; Groupe de travail "Accès aux droits et aux biens essentiels, minima sociaux", Rapport B. Fragonard, président du groupe, M. Peltier et A. Rivard, rapporteurs.

(20) Loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005, de programmation pour la cohésion sociale ([N° Lexbase : L6384G49](#)), article 13 ; C. trav., art. L. 5131-3 ([N° Lexbase : L2078H9T](#)) ; R. 5131-4 ([N° Lexbase : L2635IAT](#)) à R. 5131-9 ; circ. DGEFP n° 2005-10, 19 mars 2005, relative à la réforme du dispositif de soutien à l'emploi des jeunes en entreprise ([N° Lexbase : L1478G8A](#)).

(21) C. Brès, *Le droit à l'accompagnement*, Thèse Université Avignon, dir. F. Petit, novembre 2015 et ref. citées.

(22) Loi n° 2009-1673 du 30 décembre 2009, de finances pour 2010, art. 138 ; décret n° 2011-128 du 31 janvier 2011, relatif à l'expérimentation d'un revenu contractualisé d'autonomie ([N° Lexbase : L3432IPS](#)).

(23) Loi n° 2009-1673 du 30 décembre 2009, de finances pour 2010, art. 135 ; Circ. DSS/2A n° 2010/381, 25 octobre 2010, relative au droit à la protection complémentaire en matière de santé (CMU complémentaire) et à l'aide au paiement d'une assurance complémentaire de santé (ACS) ([N° Lexbase : L2917IND](#)) ; Circ. DGCS/SD1C/2012/104, 4 mai 2012 ; décret n° 2010-961 du 25 août 2010, relatif à l'extension du revenu de solidarité active aux jeunes de moins de vingt-cinq ans ([N° Lexbase : L9645IM8](#)) ; C. act. soc. fam., art. L. 262-7-1 ([N° Lexbase : L2937IGU](#)).

(24) Nos obs., Lexbase, éd. soc., 2013, n° 545 ([N° Lexbase : N9079BTG](#)).

(25) Etude d'impact, 24 mars 2016, préc., p. 223. La création d'un parcours contractualisé d'accompagnement vers l'emploi répond à la recommandation du Conseil européen du 22 avril 2013, de proposer une solution d'insertion dans l'emploi ou d'accompagnement dans un délai de quatre mois aux jeunes de moins de vingt-cinq ans, ni en éducation, ni en formation, ni en emploi.

(26) Etude d'impact, 24 mars 2016, préc., p. 223.

(27) *Du meilleur usage des outils de communication numérique dans les entreprises*, Observatoire de la Responsabilité Sociétale des Entreprises, janvier 2015 ; *La nouvelle grammaire du succès — La transformation numérique de*

l'économie française, P. Lemoine, président de la Fondation internet nouvelle génération, novembre 2014 ; *L'évolution des formes d'emploi*, Conseil d'orientation pour l'emploi, avril 2014 ; Commissariat général à la stratégie et à la prospective, *La dynamique d'Internet — Prospective 2030*, sous la direction de L. Gille et J. — F. Marchandise, juin 2013 ; *Cahier de prospective — Les générations et la transformation numérique de l'entreprise*, Fondation Télécom, mai 2013 ; *Bien-être et efficacité au travail*, H. Lachmann, C. Larose et M. Pénicaut, février 2010.

(28) Etude d'impact, 24 mars 2016, préc., p. 223. Sur le "droit à la déconnection", J. — E. Ray, *Naissance et avis de décès du droit à la déconnexion, le droit à la vie privée du XXIème siècle*, Dr. Soc., 2002, p. 939 ; *Actualité des TIC — Tous connectés, partout, tout le temps ?*, Dr. soc., 2015, p.516 ; *Qualité de vie(s) et travail de demain*, Dr. soc., 2015, p. 147 ; cf. le 26ème colloque de Droit social, *Vie professionnelle et vie personnelle*, Paris, 2003 ; Ch. Radé, *NTIC et nouvelles formes de subordination*, Dr. soc., janvier 2002 ; V. Pontif, *Transformation numérique et vie au travail : les pistes du rapport Mettling*, RDT, 2016, p. 185 ; D. Castel, *Travail et numérique : entre simplicité et confusion*, Juris associations, 2015, n° 524, p. 37.

(29) Le plan santé au travail 2016-2020 dévoilé, Ministère du Travail, 8 décembre 2015, communiqués, JCP éd. S, n° 51, 15 décembre 2015, act. 502. Le plan santé au travail entend favoriser la qualité de vie au travail : il est prévu de mettre les technologies numériques au service de la qualité de vie au travail (révision du cadre du télétravail, évolution du cadre normatif du droit à la déconnexion, promotion de la conclusion d'accords de branche ou d'entreprise portant sur la régulation collective de l'usage des outils numériques). V. aussi rapport de B. Mettling (*Transformation numérique et vie au travail*, septembre 2015), JCP éd. S, n° 39, 22 septembre 2015, act. 341, *Comment réussir la transformation numérique en entreprise ?*.

(30) *Salaires — Dématérialiser pour simplifier*, (Rép. min. A. Wojciechowski, QE n° 1332, JOAN du 18 septembre 2007, p. 5670), Juris associations, 2007, n° 367, p. 9 ; *Simplification du droit — Le droit du travail chamboulé* (Ass. nat., proposition de loi n° 871 du 29 février 2012 ; Cons. const., décis. n° 2012-649 DC du 15 mars 2012, loi relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives N° Lexbase : A7449IEM), Juris associations, 2012, n° 456, p. 6.

Revue

05

Lexbase Hebdo édition sociale n°650 du 7 avril 2016

[Social général] **Projet, proposition, rapport législatif**

Projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs : favoriser l'emploi (titre IV)

12558759

N° Lexbase : N2131BWT



par *Pascal Lokiec, Professeur à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense*

Réf. : *Projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs, 24 mars 2016*

Le titre IV du projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs rassemble certains des dispositifs les plus polémiques du projet de réforme, puisque s'y logeait le plafonnement obligatoire des indemnités prud'homales et qu'y figurent encore les dispositions sur le licenciement économique ou encore celles, moins connues, sur les transferts d'entreprise. Seront aussi abordés ci-après le nouveau dispositif d'appui aux petites entreprises ainsi que les accords de maintien de l'emploi qui, s'ils se trouvent dans une autre partie du projet de loi, auraient aussi bien pu figurer dans un titre IV intitulé "favoriser l'emploi". Cette partie du projet comporte des dispositions éparses sur de nombreux autres sujets, notamment le portage salarial, la formation (en particulier son financement) ou encore l'emploi saisonnier (précision de la définition du CDD saisonnier dans le Code du travail ; appel à de futures négociations sur les modalités de reconduction et de prise en compte de l'ancienneté ; etc.).

I — Le plafonnement des indemnités de licenciement

Le feuilleton autour du plafonnement des indemnités de licenciement a commencé avec la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (N° Lexbase : L4876KEC), dite "Macron", qui avait instauré un plafonnement obligatoire des indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Admis dans son principe par le Conseil constitutionnel, le plafonnement a été censuré dans ses modalités au motif que le critère de différenciation à raison de la taille de l'entreprise était sans lien avec le préjudice subi par le salarié et contrevenait au principe d'égalité devant la loi (1). C'est pour cela que le plafonnement prévu par l'avant-projet de loi "El Khomri" ne retenait plus comme critère la taille de l'entreprise, mais seulement l'ancienneté (de trois mois pour les salariés ayant une ancienneté dans l'entreprise inférieure à deux ans jusqu'à quinze mois pour ceux ayant une ancienneté supérieure à vingt ans). Ce dispositif a finalement été écarté du projet de loi "El Khomri", du fait notamment de l'hostilité de l'ensemble des organisations syndicales de salariés.

La confusion entretenue autour des objectifs dudit plafonnement a largement contribué à attiser les tensions autour de ce dispositif. Le premier objectif consistait à permettre aux entreprises de connaître à l'avance le coût d'un licenciement injustifié. On conférait par là même un caractère parfaitement prévisible à la rupture du contrat de travail, avec cette idée sous-jacente que l'entreprise, qui est capable de provisionner au centime près le coût de licenciements éventuels, sera plus encline à embaucher en CDI. Une idée confortée, comme c'est de plus en plus le cas aujourd'hui, par l'appel aux droits étrangers, en l'occurrence le *Jobs Act italien*. Matteo Renzi a, en effet, instauré un nouveau contrat de travail dit "à droits progressifs", lequel se traduit concrètement par la mise en place d'un plafonnement obligatoire s'étalant jusqu'à vingt quatre mois pour les salariés ayant la plus forte ancienneté. L'introduction de ce contrat a été suivie par une baisse sensible du chômage, ce qui en a aussitôt fait un exemple à suivre dans la lutte contre le chômage. Sauf que cette baisse a été concomitante à une politique massive d'exonération de charges patronales (à hauteur de 8 000 euros par contrat de travail la première année), rendant très difficile, voire impossible l'établissement d'un lien de causalité entre le nombre de CDI nouvellement créés et le plafonnement des indemnités de licenciement. Un second objectif, très présent également dans les débats français, consiste à harmoniser les indemnités prononcées aux prud'hommes, afin de donner aux conseillers prud'hommes des "indications" sur ce qui se pratique en moyenne dans les autres juridictions ! Si le premier objectif ne peut être atteint que par l'adoption d'un plafonnement obligatoire, il n'en va pas de même de l'objectif d'harmonisation (il n'est pas question d'uniformiser, ne serait-ce parce que le juge doit pouvoir apprécier le préjudice subi au regard des circonstances de la cause) qui se satisfait d'un référentiel indicatif. C'est finalement ce second objectif qui l'a emporté.

L'abandon du plafonnement obligatoire s'est traduit par la suppression de toute référence à un quelconque barème dans le projet de loi, le référentiel indicatif ayant d'ores et déjà été voté dans le cadre de la loi "Macron". On attendait uniquement le décret d'application (resté en suspens dans la perspective de l'adoption ou non du plafonnement obligatoire) qui, du coup, sera très vraisemblablement édicté (2). Le référentiel "Macron" est construit autour de critères liés à l'ancienneté, à l'âge et à la situation du demandeur par rapport à l'emploi, et peut être utilisé devant le bureau de jugement du conseil de prud'hommes si les parties en font conjointement la demande. Même si les montants dudit référentiel ne devraient pas être discutés devant le Parlement, leur fixation constitue évidemment un enjeu essentiel, un référentiel -fut-il indicatif— ayant nécessairement une influence sur les niveaux d'indemnisation. La question va notamment se poser de son harmonisation avec le référentiel d'ores et déjà applicable devant le bureau de conciliation (institué par la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013, relative à la sécurisation de l'emploi de sécurisation de l'emploi N° Lexbase : L0394IXU), lequel est très peu utilisé en raison de montants notoirement beaucoup trop faibles (entre deux mois et quatorze mois de salaire selon l'ancienneté).

II — Les nouvelles règles sur le licenciement pour motif économique

Dans un pays en proie à des difficultés économiques, le droit du licenciement pour motif économique constitue un enjeu central. Si la loi de sécurisation de l'emploi de 2013 avait considérablement modifié la procédure de licenciement, c'est au motif que s'attaque le projet de loi "El Khomri".

A — Les contours du motif

Deux séries de modifications sont prévues.

La première est à droit constant. Le projet de loi inscrit dans le Code du travail les motifs de licenciement que la Cour de cassation avait ajouté au fil du temps sur le fondement du fameux "*notamment*" figurant à l'article L. 1233-3 du Code du travail (N° Lexbase : L8772IA7). Il s'agit, d'une part, de la "*cessation d'activité de l'entreprise*" (3), d'autre part, de la "*réorganisation nécessaire à la compétitivité de l'entreprise*" (4). L'inscription de ce second motif dans le Code du travail n'est pas anodine, d'un point de vue politique, alors qu'un certain nombre de propositions ont vu le jour, du côté notamment du parti "Les Républicains", afin de consacrer le motif de réorganisation en supprimant la référence à la sauvegarde de la compétitivité (5). L'article L. 1233-3 comportera désormais quatre motifs économiques de licenciement : les difficultés économiques, la réorganisation nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité, les mutations technologiques et la cessation d'activité de l'entreprise. Notons que le "*notamment*" a néanmoins été maintenu, ce qui laisse la possibilité à la Cour de cassation, comme elle l'a fait par le passé, d'user de son rôle prétorien pour compléter la liste.

La seconde modification est plus significative, car elle n'est pas à droit constant. La notion de difficultés économiques est "objectivée"; le texte fait état de "*difficultés économiques, caractérisées soit par une baisse des commandes ou du chiffre d'affaires pendant plusieurs trimestres consécutifs en comparaison avec la même période de l'année précédente, soit par des pertes d'exploitation pendant plusieurs mois, soit par une importante dégradation de la trésorerie, soit par tout élément de nature à justifier de ces difficultés*" (partie "*ordre public*"). Il est prévu qu'en l'absence d'accord collectif de branche, la durée de la baisse des commandes ou du chiffre d'affaires devra être de quatre trimestres consécutifs et la durée des pertes d'exploitation d'un semestre (partie "*dispositions supplétives*"). Ces dispositions sont supplétives, ce qui veut dire qu'un accord peut fixer une autre durée de baisse des commandes ou du chiffre d'affaires, laquelle ne peut, à lire le projet, être inférieure à deux trimestres consécutifs, ou une durée des pertes d'exploitation qui ne peut être inférieure à un trimestre (partie "*champ de la négociation collective*").

Ces changements, qui préfigurent ce que sera la nouvelle architecture du Code du travail (est-ce vraiment plus simple que l'architecture actuelle du Code ?), conduisent à substituer à l'appréciation du juge des critères prédéterminés et chiffrés. La Cour de cassation exige, en effet, actuellement, que les difficultés économiques soient "*importantes*", autrement dit que les juges du fond contrôlent au cas par cas l'existence d'une cause "*sérieuse*". Il est question de "*baisses importantes de chiffres d'affaires plusieurs années de suite*" (6), de "*difficultés économiques caractérisées par d'importantes pertes financières*" (7), d'une "*perte d'exploitation importante*" (8). L'importance du changement ne sera plus un critère en soi, sauf pour la dégradation de trésorerie qui, à la lecture du projet de loi, doit être "*importante*".

Est-on à droit constant ? Une réponse négative s'impose car si la baisse du chiffre d'affaires ou des commandes peut aujourd'hui constituer un indice pour retenir l'existence d'un motif économique de licenciement (9), une baisse d'activité passagère ne suffit pas ! Il a ainsi été jugé que "*ni la réalisation d'un chiffre d'affaires moindre de 1992 à 1993, ni la baisse des bénéfices réalisés pendant la même période ne suffisaient à caractériser la réalité des difficultés économiques alléguées par l'employeur*" (10).

Outre que, prise à la lettre, elle prive le juge de son pouvoir d'appréciation, cette liste pose trois séries de difficultés. Les deux premières sont inhérentes à tout système de liste. D'abord, le Gouvernement n'a eu d'autre choix que de compléter la liste par un critère "fourre-tout" qui permet au juge d'appréhender une situation qui n'y figure pas. A la fin de la liste de l'article 30, on peut, en effet, lire que les difficultés pourront être caractérisées par "*tout élément de nature à justifier de ces difficultés*" ! La loi britannique sur le licenciement qui, elle aussi, repose sur une liste de motifs admissibles de licenciement (cette liste comprend tous les motifs, pas seulement les motifs économiques), est également complétée par une catégorie "fourre-tout", d'ailleurs formulée en termes assez voisins : "*any other substantial reason*" (11) ! Ensuite, une liste trop précise, satisfaisante en égard à l'impératif de sécurité juridique, empêche l'adaptation de la règle à son contexte. Cela veut dire, en l'occurrence, que les baisses de commandes ou de chiffre d'affaires, ou les pertes d'exploitation seront appréciées de la même façon quelle que soit la taille de l'entreprise (12). Un nombre donné de trimestres de baisse de commandes n'a pas la même signification, et le même impact sur la survie de l'entreprise, pour la TPE et pour la grande entreprise. Ce qui explique qu'il soit envisagé, sous réserve de ne pas se heurter à la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur l'égalité devant la loi (13), d'adopter des critères spécifiques en fonction de la taille de l'entreprise !

Malgré les velléités du Gouvernement de sécuriser le motif économique de licenciement, on ne voit pas comment la prise en compte de l'importance des difficultés économiques pourrait être totalement écartée par la loi nouvelle ! Le projet de loi est, en effet, silencieux sur le pourcentage de baisse de chiffre d'affaires, du volume des commandes ou des pertes d'exploitation. Il ne pouvait en être autrement au risque de transformer les tribunaux en simples chambres d'enregistrement de données comptables et ainsi de heurter la Convention 158 de l'OIT. Parce qu'il est inconcevable qu'une baisse de chiffre d'affaires de 0,1 ou 0,2 %, même sur plusieurs trimestres, suffise à justifier le licenciement, il faut prendre acte de ce que le nouveau dispositif — et c'est une bonne chose — ne pourra, *in fine*, écarter l'appréciation du juge sur le motif économique de licenciement.

B — Le périmètre d'appréciation du motif

En l'état actuel de la jurisprudence, "*lorsque l'entreprise appartient à un groupe, les difficultés s'apprécient au niveau du groupe, dans la limite du secteur d'activité auquel appartient l'entreprise*" (14). Cela veut dire que les difficultés de l'entreprise ne peuvent suffire à justifier un licenciement économique si le secteur d'activité du groupe auquel elle appartient est prospère, et que si, inversement, ledit secteur connaît des difficultés, un licenciement est possible alors même que la société qui licencie connaît une situation économique satisfaisante (15). Cette règle, à laquelle le projet de loi ne touche pas, s'apprécie traditionnellement dans un périmètre international. Et c'est là que se situe le bouleversement ! Le groupe, qui sert à définir le périmètre d'appréciation des difficultés économiques est, à ce jour, pris dans son entièreté, dans sa dimension nationale et internationale. Tant la Cour de cassation que le Conseil d'Etat exigent que soient pris en compte les résultats du secteur d'activité "*à l'étranger*" (16), ce que formule la

Haute juridiction administrative dans les termes suivants : *"lorsque la société intéressée relève d'un groupe dont la société mère a son siège à l'étranger, l'examen de la situation économique doit porter sur l'ensemble des sociétés du groupe œuvrant dans le même secteur d'activité que la société en cause, sans qu'il y ait lieu de borner l'examen à celles d'entre elles ayant leur siège social en France, ni aux établissements de ce groupe situés en France"* (17).

Ces jurisprudences seront caduques si le texte est adopté puisqu'il est prévu que *"l'appréciation des difficultés économiques, des mutations technologiques ou de la nécessité d'assurer la sauvegarde de sa compétitivité s'effectue au niveau de l'entreprise si cette dernière n'appartient pas à un groupe et, dans le cas contraire, au niveau du secteur d'activité commun aux entreprises implantées sur le territoire national du groupe auquel elle appartient"*. Une telle disposition permettra à un groupe florissant de licencier les salariés de sa filiale française qui connaît des baisses de commandes ou de chiffre d'affaires, ce qui a immédiatement attisé des craintes de fraude ou de sacrifice de filiales françaises (par exemple, décision d'externaliser une partie de l'activité de la filiale, entraînant une forte baisse de chiffre d'affaires).

D'où l'ajout d'un alinéa à l'article 30, à la suite de la lecture du projet par le Conseil d'Etat : *"ne peuvent constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement pour motif économique les difficultés économiques créées artificiellement à la seule fin de procéder à des suppressions d'emplois"*. Cette adjonction suffira-t-elle à apaiser les inquiétudes ? Force est d'admettre qu'il n'y a, dans ce texte qui s'apparente à un contrôle de la fraude à la loi, rien de réellement nouveau, puisque la Cour de cassation a déjà jugé que les difficultés économiques ne sont pas un motif de licenciement lorsque *"la situation économique invoquée pour justifier les licenciements résultait d'une attitude intentionnelle et frauduleuse du groupe"* (18). La preuve de l'artifice devrait être particulièrement difficile à apporter, et ce d'autant plus que le texte est particulièrement restrictif ; il convient que l'artifice ait pour seule fin la suppression des emplois, ce qui devrait exclure le cas de l'entreprise qui a fraudé le trésor public et subit des difficultés du fait du redressement fiscal subséquent.

C — L'obligation de revitalisation

On rappellera que la loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005, de programmation pour la cohésion sociale (N° Lexbase : L6384G49), a créé une obligation territoriale à la charge des entreprises de plus de 1 000 salariés ou appartenant à un groupe de plus de 1 000 salariés, dont les restructurations affectent, par leur ampleur, l'équilibre ou du des territoires où elles sont implantées. L'entreprise a alors l'obligation de contribuer à la recréation d'activité et au développement des emplois dans ces territoires. Cette obligation, qui s'inscrit dans le cadre de ce qu'il est convenu de dénommer *"responsabilité sociale des entreprises"*, est aménagée dans ses modalités (délai de conclusion, dispositif spécifique lorsque les suppressions touchent au moins trois départements, ...), et surtout généralisée, puisqu'elle concernera, désormais, toutes les procédures de licenciement pour motif économiques, y compris celles concernant moins de dix salariés sur trente jours.

III — Le transfert d'entreprise

Bien que ce changement ait suscité peu d'attention (19), le projet de loi apporte une petite révolution au droit des transferts d'entreprise en permettant, sous certaines conditions, au cédant de procéder au licenciement des salariés non repris. Il faut pour cela qu'on se situe dans une entreprise d'au moins 1 000 salariés et que le plan de sauvegarde de l'emploi comporte, en vue d'éviter la fermeture d'un ou de plusieurs établissements, le transfert d'une ou plusieurs entités économiques, nécessaire à la sauvegarde d'une partie des emplois. Le périmètre de la règle nouvelle est donc le même que celui défini par la loi n° 2014-384 du 29 mars 2014 (N° Lexbase : L9440IZN) à propos de l'obligation de recherche d'un repreneur. La finalité recherchée est, dans le prolongement de la loi précitée, de favoriser la reprise des sites et, plus précisément, de mettre fin à une difficulté pratique ; l'entreprise qui entame un plan de sauvegarde de l'emploi (PSE) est obligée, dans le cas où un repreneur se manifeste dans le cadre d'un processus de recherche de repreneur lancé parallèlement, d'interrompre son PSE (20).

C'est, en effet, en l'état actuel du droit (non seulement interne mais aussi européen (21), ce qui pourrait conduire à des discussions sur la conventionalité du nouveau dispositif), au repreneur d'engager les licenciements nécessaires une fois la reprise réalisée. Le transfert est automatique, seuls les licenciements sans lien avec le transfert étant possibles avant qu'il ait lieu ; à défaut ces licenciements sont *"sans effet"* (22). Cette situation peut *"décourager le repreneur potentiel, notamment lorsque son offre de reprise porte sur une entité économique autonome mais dont il ne lui est pas possible de conserver la totalité des emplois"*, énonce l'étude d'impact (23). Le projet de loi aménage aussi le contenu des PSE pour intégrer cette nouvelle hypothèse : les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise en cas de projet de transfert d'une ou plusieurs entités économiques pourront être définies par la voie de cet accord collectif majoritaire.

IV — Les accords sur l'emploi

Le dispositif des accords de maintien de l'emploi (AME) se voit compléter d'un nouveau dispositif, qui s'apparente aux accords de compétitivité conclus chez PSA, Renault ou Michelin ces dernières années. Depuis l'échec des premières années de mise en place du dispositif institué par la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 (au 15 mars 2015, seuls neuf accords avaient été conclus (24)), le Gouvernement a affiché sa volonté de le "déverrouiller", selon une expression à la mode. La loi "Macron" l'a fait une première fois, en allongeant la durée possible de ces accords (de deux ans maximum à cinq ans), en facilitant la suspension de l'accord (qui ne nécessite plus une saisine en référés du président du TGI) et en facilitant le licenciement (économique) du salarié récalcitrant qui, notamment, ne peut plus en contester la cause réelle et sérieuse devant le juge. Le projet de loi va beaucoup plus loin, en créant un nouveau dispositif qui, en pratique, a toutes les chances de se substituer à celui (non abrogé) des accords de maintien de l'emploi.

Premièrement, il n'est pas nécessaire, à suivre le texte, que l'entreprise connaisse des difficultés conjoncturelles graves, puisqu'il suffira que l'accord ait été conclu "*en vue de la préservation ou du développement de l'emploi*". L'accord devrait pouvoir, en conséquence, porter sur tout sujet dès lors qu'il répond à la justification ci-dessus, sous réserve de ne pas diminuer la rémunération mensuelle du salarié. Il est donc possible d'augmenter la durée du travail (passer de 35 à 39 heures, par exemple) et de maintenir le même salaire mensuel, ce qui équivaut à une baisse de salaire.

Deuxièmement, le licenciement n'est pas pour motif économique ; il s'agit d'un licenciement de droit commun (improprement qualifié de *sui generis*), soumis aux règles générales sur le licenciement, si bien que la procédure de licenciement pour motif économique (dont un certain nombre de règles, notamment celles liées au plan de sauvegarde de l'emploi et à l'information-consultation du comité d'entreprise) est désormais totalement exclue.

Concrètement, cela veut dire que si le préambule d'un accord portant sur les congés, sur les astreintes ou sur tout autre sujet, prévoit que ledit accord est conclu en vue de maintenir ou de développer l'emploi, l'ensemble des salariés concernés seront privés de la protection du licenciement pour motif économique et de la possibilité de contester le motif de leur licenciement devant le juge ! Le législateur a fait le choix de consacrer, à demi-mot, la primauté de l'accord collectif sur le contrat de travail, à la condition que l'emploi soit en jeu (sans pour autant que l'entreprise soit engagée, comme c'est aujourd'hui le cas, à maintenir l'emploi). Le projet de loi va aussi loin dans la supériorité accordée à l'accord collectif sur le contrat que semble le permettre le Conseil constitutionnel, qui a, d'ores et déjà, admis que l'intérêt général, dont la lutte contre le chômage est bien évidemment une déclinaison, justifie une restriction à l'économie générale des conventions (25). Restriction manifeste en l'occurrence, puisqu'il est expressément prévu à l'article 11 du projet de loi que les stipulations de l'accord collectif se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail. Reste qu'avec un critère aussi flou ("*en vue de la préservation ou du développement de l'emploi*"), l'existence d'un lien suffisant entre la restriction apportée à l'économie des conventions et la poursuite de l'intérêt général n'a pas force d'évidence !

V — L'appui aux petites entreprises

La réforme du Code du travail est partie du constat de la difficulté qu'ont les patrons de petites entreprises, dépourvus de ressources juridiques en interne, à appliquer le droit du travail. Il paraît donc nécessaire de leur donner ces ressources (ou de les aider à les acquérir), d'où l'intérêt de l'article 28 du projet de loi.

Il en ressort que, pour tenir compte des difficultés spécifiques d'accès au droit du travail pour les entreprises de moins de trois cents salariés, tout employeur d'une de ces entreprises a le droit d'obtenir une information précise et délivrée dans un délai raisonnable lorsqu'il sollicite l'administration sur une question relative à l'application d'une disposition du droit du travail ou des accords et conventions collectives qui lui sont applicables.

Parce qu'à moyens constants (il faudra en tout état de cause renforcer les moyens de l'administration pour que l'information puisse être délivrée dans un délai raisonnable), l'administration ne peut, seule, assurer cette mission, il est prévu que, pour assurer la mise en œuvre de ce droit, des services d'information dédiés seront mis en place par l'autorité administrative compétente, qui peut y associer des représentants des collectivités territoriales, des organisations syndicales et professionnelles, ou tout autre acteur qu'elle estime compétent.

Même si le texte ne dit rien de l'articulation entre les différents acteurs, parmi lesquels il faut compter les chambres des métiers mais aussi les avocats, qui jouent un rôle central dans l'accès au droit, il constitue un premier pas intéressant vers la consécration d'un service public de l'accès au droit pour les petites entreprises. Un service public que les États-Unis pratiquent avec succès depuis plus de soixante ans (guides, guichets, médiateurs, etc.).

(1) Cons. const., décision n° 2015-715 DC du 5 août 2015 (N° Lexbase : A1083NNG).

- (2) Voir à ce sujet les analyses de Florence Mehrez, *actuel-rh.fr*, 15 mars 2016.
- (3) Cass. soc., 16 janvier 2001, n° 98-44.647, FS-P+B (N° Lexbase : [A2160AIT](#)).
- (4) Cass. soc., 5 avril 1995, n° 93-42.690 (N° Lexbase : [4018AA3](#)).
- (5) En ce sens, voir l'article sur F. Fillon et son "Pacte pour la France".
- (6) Cass. soc., 16 octobre 2001, n° 99-44.934, FS-D (N° Lexbase : [A9007AWI](#)).
- (7) Cass. soc., 23 mars 2005, n° 03-41.354, F-D (N° Lexbase : [A5143DIC](#)).
- (8) Cass. soc., 29 janvier 2008, n° 06-44.189, F-D (N° Lexbase : [A6071D4M](#)).
- (9) Cass. soc., 3 mai 1994, n° 92-44.421 (N° Lexbase : [A2011AAQ](#)).
- (10) Cass. soc., 6 juillet 1999, n° 97-41.036 (N° Lexbase : [A6341AGX](#)).
- (11) S. 94, *Employment rights Act*, 1996.
- (12) Voir l'article dans *Les Echos*.
- (13) V. Cons. const., décision n° 2015-715 DC du 5 août 2015, préc..
- (14) Cass. soc., 5 avril 1995, n° 93-43.866 (N° Lexbase : [A4026AAD](#)).
- (15) Cass. soc., 28 novembre 2007, n° 06-40.489, FS-P+B (N° Lexbase : [A9466DZM](#)).
- (16) Cass. soc., 12 juin 2001, n° 99-41.839, publié (N° Lexbase : [A5361AGN](#)).
- (17) CE, 8° et 3° s-s-r., 8 juillet 2002, n° 226 471, publié aux tables du recueil Lebon (N° Lexbase : [A1502AZN](#)).
- (18) Cass. soc. 13 janvier 1993, n° 91-45.894, publié (N° Lexbase : [A3884AA4](#)).
- (19) V. cependant P. Bailly, *Le PSE avant transfert d'entreprise dans l'avant-projet de loi*, SSL, 2016, n° 1714.
- (20) V. étude d'impact sur le projet de loi travail, p. 317.
- (21) Directive 2001/23 du 12 mars 2001, concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements (N° Lexbase : [L8084AUX](#)), art. 4 : "*le transfert [...] ne constitue pas en lui-même un motif de licenciement pour le cédant ou le cessionnaire. Cette disposition ne fait pas obstacle à des licenciements pouvant intervenir pour des raisons économiques, techniques ou d'organisation impliquant des changements sur le plan de l'emploi*".
- (22) Cass. soc., 3 avril 2001, n° 98-44.778, publié (N° Lexbase : [A2006ATH](#)); Cass. soc., 15 février 2006, n° 04-43.923, FS-P+B (N° Lexbase : [A9867DME](#)).
- (23) Etude d'impact préc., p. 318
- (24) Voir le bilan de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013, relative à la sécurisation de l'emploi de sécurisation de l'emploi (N° Lexbase : [L0394IXU](#)).
- (25) Cons. const., décision n° 2012-649 DC du 15 mars 2012 (N° Lexbase : [A7449IEM](#)).

Revue

06

Lexbase Hebdo édition sociale n°650 du 7 avril 2016

[Social général] **Projet, proposition, rapport législatif**

Projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs : moderniser la médecine du travail (titre V), renforcer la lutte contre le détachement illégal (titre VI) et dispositions diverses (titre VII)

12558749

N° Lexbase : N2199BWD



par *Blanche Chaumet, Rédactrice en chef de Lexbase Hebdo — édition sociale*

Réf. : *Projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs, 24 mars 2016*

Présenté en conseil des ministres le 24 mars 2016, le projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs, appelé aussi projet de loi "El Khomri", a pour objectif de transformer en profondeur le droit du travail pour favoriser la compétitivité et l'emploi, en s'appuyant sur le dialogue social, tout en améliorant les droits des salariés et des actifs. Elle comporte notamment un titre V visant à moderniser la médecine du travail (I), un titre VI visant à renforcer la lutte contre le détachement illégal (II) ainsi que des dispositions diverses (III) qui feront l'objet de notre attention ici.

I — La modernisation de la médecine du travail

La volonté de réformer la médecine du travail s'inscrit dans la continuité de la loi n° 2015-994 du 17 août 2015, relative au dialogue social et à l'emploi (N° Lexbase : L2618KG3), et répond également aux différentes points qui avaient été soulevés à l'occasion du rapport "Issindou" sur l'aptitude et la médecine du travail remis au Gouvernement en mai 2015.

La réforme de la médecine du travail, prévue au titre V, article 44 du projet de loi s'articule ainsi autour de trois grands axes :

- les modalités de suivi individuel de l'état de santé des salariés ;
- le suivi médical des salariés en contrat à durée déterminée (CDD) et des salariés temporaires ;
- les conséquences de l'inaptitude sur le contrat de travail et le reclassement du salarié.

A — Les modalités de suivi individuel de l'état de santé des salariés

1 — les problèmes soulevés

L'obsolescence du concept de vérification systématique de l'aptitude. Si l'article L. 4622-2 du Code du travail (N° Lexbase : L5730KGC) dispose que "*les services de santé au travail ont pour mission exclusive d'éviter toute altération de la santé des travailleurs du fait de leur travail*", l'efficacité du système actuel de surveillance de l'état de santé de salariés est aujourd'hui en partie remise en question par le Gouvernement. En effet, la baisse démographique des médecins du travail réduit fortement l'efficacité du système, faisant apparaître des lacunes face aux besoins de santé et de prévention des risques. Selon le Gouvernement, l'obligation de vérifier systématiquement l'aptitude des salariés à chaque visite médicale pèse sur l'activité des médecins du travail et limite le temps consacré à leur mission de prévention dans un contexte de pénurie de la ressource médicale. Si l'on compare ainsi les obligations réglementaires de visite médicale avec le nombre de visites réellement effectuées, l'écart est tel que force est de constater que le système de surveillance est en partie déconnecté des besoins de santé des salariés.

Toujours selon le Gouvernement, le contrôle systématique de l'aptitude au cours de chacune de ces visites, quel que soit leur type (embauche, périodique, reprise) apparaît comme une obligation dont la pertinence peut être questionnée au regard de la protection effective de l'état de santé des salariés, plus de 95 % des visites médicales donnant lieu à un avis d'aptitude (1).

Le projet de loi a donc pour objectif de rééquilibrer le temps médical disponible en priorisant la réalisation des visites d'embauche et la vérification systématique de l'aptitude des salariés.

Une procédure de contestation des avis médicaux insatisfaisante. La procédure actuelle de contestation des avis médicaux est prévue à l'article L. 4624-1 du Code du travail (N° Lexbase : L9672KXI). Aux termes de ce texte, en "*cas de difficulté ou de désaccord, l'employeur ou le salarié peut exercer un recours devant l'inspecteur du travail. Ce dernier prend sa décision après avis du médecin inspecteur du travail*". En cas de contestation de la décision de l'inspecteur du travail, cette dernière peut faire l'objet d'un recours hiérarchique auprès du ministre du Travail, puis d'un recours contentieux devant la juridiction administrative.

Le Gouvernement a constaté que dans la mesure où il incombait à l'inspecteur du travail de rendre une décision de nature médicale, ce dernier était amené à rendre une décision de nature médicale pour laquelle il ne possède aucune compétence, d'autant plus qu'il ne dispose pas du dossier médical du salarié. En outre, le contentieux qui en résulte devant les juridictions administratives peut recouper le contentieux de la rupture du contrat de travail liée à l'inaptitude, qui relève, quant à elle, de la compétence des conseils de prud'hommes.

2 — Les solutions proposées par le projet de loi

Une priorisation des visites en fonction des risques identifiés et une adaptation des modalités d'action des services de santé au travail. Selon le projet de loi, tout salarié, quel que soit son contrat de travail bénéficiera d'un suivi individuel de son état de santé (C. trav., art. L. 4624-1, nouveau). Ce suivi pourra être réalisé par le médecin du travail et les professionnels de santé de l'équipe pluridisciplinaire du service de santé au travail (notamment le collaborateur médecin et l'infirmier). Le rythme de ces rencontres de suivi n'est pas encore fixé, mais il pourrait être plus espacé qu'aujourd'hui.

Le projet de loi prévoit la suppression du dispositif actuel de visites médicales d'embauche et de visites bisannuelles, ainsi que la suppression de l'avis d'aptitude ou d'inaptitude au poste qui en résultait. Désormais, le suivi commencerait par une visite d'information et de prévention réalisée après l'embauche par l'un des professionnels de santé de l'équipe pluridisciplinaire (C. trav., art. L. 4624-1, al. 2, nouveau). L'objectif étant d'identifier, *via* cette visite, les salariés nécessitant, selon le médecin du travail, un suivi renforcé.

Le dispositif de surveillance médicale renforcée, aujourd'hui applicable aux travailleurs mineurs, aux femmes enceintes, aux personnes handicapées ou exposées à diverses situations à risque (amiante, rayonnements ionisants, etc.) est également redéfini. Désormais, le dispositif ciblerait à l'article L. 4624-2, nouveau du Code du travail les

salariés "affectés à des postes présentant des risques particuliers pour leur santé ou leur sécurité ou celles de leurs collègues ou de tiers évoluant dans l'environnement immédiat de travail" et comporterait un examen d'aptitude réalisé avant l'embauche et renouvelé périodiquement par le médecin du travail (sauf lorsque des dispositions spécifiques le confient à un autre médecin). Reste que la notion de "tiers" mériterait d'être clarifiée car, si les médecins du travail doivent garantir la sécurité des tiers, le risque est que, par crainte d'engager leur responsabilité, ils ne prennent aucun risque et déclarent beaucoup plus de salariés inaptes qu'ils ne le devraient.

Dans un objectif de prévention des risques graves d'atteinte à la santé ou la sécurité, il n'en demeure pas moins que le Gouvernement a souligné le caractère indispensable de cet examen, de même que pour protéger la santé d'un salarié, le médecin du travail peut proposer des mesures individuelles d'aménagement de poste. Si cette possibilité existe déjà, le projet de loi en clarifie les termes à l'article L. 4624-3, nouveau.

Enfin, la déclaration d'inaptitude devient explicitement une solution de dernier recours. En effet, elle n'interviendra qu'après une étude de poste ainsi que des échanges avec le salarié et l'employeur (C. trav., art. L. 4624-4, nouveau). Il appartiendra alors au médecin du travail de constater que l'aménagement de poste ne suffit plus ou que le changement de poste devient indispensable pour préserver la santé du salarié.

Une optimisation de la mobilisation de l'équipe pluridisciplinaire. Le projet de loi a pour objectif d'orienter prioritairement l'action du médecin du travail sur les salariés exposés aux risques les plus importants, justifiant la mobilisation des compétences de spécialistes. L'idée étant que l'équipe pluridisciplinaire, mise en place depuis la réforme intervenue en 2011 et qui entoure le médecin du travail, permettra, de son côté, tout en préservant les compétences exclusives du médecin du travail sur les missions que lui seul peut conduire, d'optimiser des compétences diverses pour accroître les capacités d'action du service de santé au travail, et ainsi améliorer la prévention des risques professionnels.

La procédure de contestation des avis médicaux portée devant le conseil de prud'hommes. Désormais, le projet de loi prévoit que le recours contre l'avis d'aptitude ou d'inaptitude du médecin du travail, qui se faisait jusqu'à présent devant l'inspecteur du travail, passera par un référé prud'homal pour obtenir la désignation d'un médecin expert (C. trav., art. L. 4624-7, nouveau). L'avis de ce médecin expert se substituera à celui du médecin du travail et, le cas échéant, la contestation relative à cet avis relèvera de la compétence du conseil de prud'hommes. Critiquée, certains syndicats voient dans cette nouvelle procédure une forme de "désengagement de l'Etat" et regrettent que le texte ne précise pas qui supportera le coût de l'expertise.

B — Le suivi médical des salariés en contrat à durée déterminée (CDD) et des salariés temporaires

1 — Les problèmes soulevés

Un système de suivi des travailleurs temporaires ou des salariés en CDD inadapté et inefficace. Il ressort de l'étude d'impact (2), s'agissant du suivi des travailleurs temporaires ou des salariés en contrats courts, que le système actuel consistant à leur appliquer une visite d'embauche n'est pas adapté ni efficace en matière de prévention. Il crée de la complexité sans protéger les salariés.

2 — Les solutions proposées par le projet de loi

Modification des règles générales encadrant le suivi de l'état de santé des salariés en CDD et des salariés temporaires. Le projet de loi suggère de modifier les règles générales encadrant le suivi de leur état de santé. Selon l'article L. 4625-1-1, nouveau du Code du travail prévu par le projet de loi, ces adaptations devraient toutefois leur garantir "un suivi médical individuel d'une périodicité équivalente, à l'échelle de leur parcours professionnel, à celle du suivi des salariés en contrat à durée indéterminée". Un décret en Conseil d'Etat définira les modalités pratiques de ce suivi.

C — Les conséquences de l'inaptitude sur le contrat de travail et le reclassement du salarié

1 — Les problèmes soulevés

Une harmonisation nécessaire entre le régime AT/MP et le régime non-AT/MP. Actuellement, la loi définit deux régimes juridiques différents en matière d'inaptitude. Elle distingue, en effet, selon que la déclaration d'inaptitude du salarié résulte d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle (3) ou d'une maladie ou d'un accident non professionnel (4). Tout en admettant qu'un statut plus protecteur du salarié victime d'un AT/MP restait nécessaire, le Gouvernement a cependant émis la volonté d'harmoniser les règles entre ces deux régimes, notamment s'agissant des modalités de rupture du contrat de travail et l'obligation de reclassement.

2 — Les solutions proposées par le projet de loi

Cet objectif d'harmonisation des règles se traduit par de nouvelles mesures dans le projet de loi.

Une uniformisation des droits entre les salariés quel que soit le régime auquel il appartient. Tout d'abord, le texte prévoit de garantir aux salariés déclarés inaptes à la suite d'un accident ou d'une maladie non professionnelle les mêmes droits que ceux dont disposent les salariés déclarés inaptes suite à un accident du travail ou une maladie professionnelle. Dans ce cadre, le médecin devra indiquer la capacité du salarié à bénéficier d'une formation destinée à lui proposer un poste adapté ; les délégués du personnel devront donner leur avis sur le poste de reclassement proposé par l'employeur au salarié déclaré inapte et les motifs de rupture du contrat de travail seront les mêmes, que l'inaptitude soit d'origine professionnelle ou non (C. trav., art. L. 1226-2, modifié).

La mise en place de deux nouveaux motifs de ruptures du contrat du salarié inapte. Que la rupture du contrat de travail pour inaptitude résulte d'une inaptitude d'origine professionnelle ou non, le projet de loi ajoute deux motifs supplémentaires de rupture (C. trav., art., L. 1226-2-1, nouveau) :

- lorsque le salarié est inapte à tous les postes de l'entreprise ;
- lorsque le maintien du salarié dans l'entreprise est gravement préjudiciable pour sa santé.

La portée de l'obligation de reclassement précisée. Le projet de loi prévoit également que l'obligation de reclassement incombant à l'employeur sera réputée satisfaite à partir du moment où celui-ci proposera au salarié un poste de travail qui tient compte des indications du médecin du travail (C. trav., art., L. 1226-2-1, nouveau).

Un élargissement des obligations de reclassement. Enfin, le texte prévoit d'élargir les obligations de reclassement imposées à l'employeur à toutes les situations, même celles non consécutives à la suspension du contrat de travail (C. trav., art., L. 1226-10, modifié).

II — Le renforcement de la lutte contre le détachement illégal

A — Contextualisation

L'arsenal législatif actuel. La situation de détachement, qui désigne, au sens du Code du travail, toute situation où un employeur établi hors d'un Etat intervient dans un autre Etat avec ses propres salariés pour y effectuer une prestation de services, est encadrée par la Directive 96/71 du 16 décembre 1996, concernant le détachement de travailleur effectué dans le cadre d'une prestation de services (N° Lexbase : L7861AUP), ainsi que par la Directive d'exécution 2014/67 du 15 mai 2014 (N° Lexbase : L2739I3T).

Au plan national, c'est la loi n° 2014-790 du 10 juillet 2014, visant à lutter contre la concurrence sociale déloyale (N° Lexbase : L7015I39), qui a procédé à la transposition anticipée de la Directive 2014/67 du 15 mai 2014 et a, par la même occasion, renforcé considérablement les moyens mis à disposition des agents en charge de la lutte contre le travail illégal et les fraudes aux prestations de services internationales (5). La loi n° 2015-990 du 6 août 2015, pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (N° Lexbase : L4876KEC) a également renforcé les moyens de lutte contre la fraude au détachement (6).

Les constats aujourd'hui. Depuis plusieurs années, le nombre de salariés détachés ne cesse d'augmenter ; en témoignent les déclarations effectuées qui connaissent une croissance de 10 % environ par an (7). Pour autant, si ces déclarations permettent de constater une augmentation constante du nombre de salariés étrangers détachés en France, il est encore difficile aujourd'hui de mesurer l'ampleur du phénomène. En outre, les fraudes au détachement sont nombreuses, certains montages frauduleux sont complexes (8) et le législateur est confronté à des fraudeurs qui s'adaptent en permanence aux nouvelles contraintes posées par le cadre législatif pour le contourner. Le développement du marché économique du détachement a donc engendré des pratiques déviantes (9), impactant sérieusement certains secteurs (comme l'agriculture, le BTP ou encore le transport de marchandises). C'est pourquoi la lutte contre les prestations de service internationales illégales est devenue une priorité pour le Gouvernement, afin de garantir notamment la protection des droits des salariés et la loyauté de la concurrence sociale.

Les objectifs de la réforme. Cette priorité se retrouve aujourd'hui dans la réforme relative au détachement, contenue dans le projet de loi "El Khomri" au titre VI et comportant les articles 45 à 50, lesquels ont pour objectif :

- une meilleure visibilité sur les détachements et les conditions dans lesquelles ils s'exécutent ;
- une plus grande responsabilisation des maîtres d'ouvrage et les donneurs d'ordre ;

- une compensation des coûts administratifs générés par les fraudes au détachement ;
- l'achèvement de la transposition de la Directive 2014/67 du 15 mai 2014 relative à l'exécution de la Directive 96/71, concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services ;
- une meilleure adaptation de la lutte contre la fraude au détachement aux spécificités du secteur rural.

B — Les solutions envisagées par le projet de loi

1 — Déclaration de détachement : l'obligation de vigilance des maîtres d'ouvrages à l'égard de leurs cocontractants est étendue à l'ensemble des sous-traitants directs ou indirects

Afin de se décharger de leur obligation de vigilance, certains maîtres d'ouvrage mettent en place des montages juridiques pour ne pas contracter directement avec une entreprise détachant des salariés, en intercalant juridiquement entre elles une entreprise étrangère écran ne détachant pas de salarié. De ce fait, le maître d'ouvrage se trouve exonéré de toute obligation de vérification, alors même que la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, oblige le donneur d'ordre, en cas de défaillance de l'employeur, à effectuer lui-même une déclaration dans les quarante-huit heures suivant le début du détachement, sous peine d'amende.

C'est pourquoi afin d'éviter un contournement par les maîtres d'ouvrage de leur responsabilité, l'article 45 du projet de loi prévoit une extension de leur obligation de vérification de l'envoi d'une déclaration de détachement à l'égard de tous les sous-traitants directs ou indirects qu'ils agréent, et non plus seulement à leurs cocontractants (C. trav., art. L. 1262-4-1, modifié).

2 — Création d'une obligation de déclaration dématérialisée pour les maîtres d'ouvrage et donneurs d'ordre dont les cocontractants n'ont pas effectué la déclaration de détachement de leurs propres salariés

Si la loi n° 2015-990 du 6 août 2015, pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, a introduit à l'article L. 1262-2-2 du Code du travail (N° Lexbase : [L1659KGK](#)) une obligation pour les employeurs détachant des salariés en France, de procéder à leur déclaration de détachement de manière dématérialisée, le projet de loi (art. 45) ajoute une obligation de déclaration dématérialisée à l'égard des maîtres d'ouvrage et donneurs d'ordre dont les cocontractants n'ont pas effectué la déclaration de détachement de leurs propres salariés (C. trav., art. L. 1262-4-1, modifié). De cette manière, les contrôles et la détection de fraudes aux détachements devraient être facilités et permettre ainsi d'augmenter le recouvrement des cotisations de Sécurité sociale éludées. Cependant les conditions de mise en œuvre de cette obligation ne sont pas présentées par le projet de loi qui prévoit, pour se faire, un décret d'application en Conseil d'Etat.

3 — Création d'une sanction administrative en cas de manquement à l'obligation de déclaration d'un accident du travail d'un salarié détaché auprès de l'inspection du travail par l'employeur ou le maître d'ouvrage

Actuellement, lorsqu'un salarié détaché en France est victime d'un accident du travail, son employeur est tenu d'effectuer une déclaration auprès de l'inspection du travail uniquement dans la situation d'un détachement pour compte propre (10). Cette obligation de déclaration ne s'applique au donneur d'ordre qu'en cas de détachement dans le cadre de l'exécution d'un contrat de prestation de services ou d'une mobilité intragroupe. En revanche, aucune sanction n'est prévue en cas de non-respect de cette obligation par le donneur d'ordre.

En outre, les obligations de déclaration ne pèsent actuellement que sur les salariés non affiliés à la Sécurité sociale française. En effet, s'agissant du salarié affilié à la Sécurité sociale française, l'article L. 441-3 du Code de la Sécurité sociale (N° Lexbase : [L5286AD7](#)) prévoit un envoi de la déclaration d'accident de travail à la CPAM qui informe l'inspection du travail de la survenance d'un accident du travail. C'est donc sur la CPAM que pèse l'obligation de déclaration de l'accident du travail dans le cas d'un salarié affilié à la Sécurité sociale française.

Le projet de loi consacre en son article 45 l'obligation de déclaration qui pèse sur les donneurs d'ordre ou maîtres d'ouvrage cocontractants d'une entreprise non établie en France dont un salarié est victime d'un accident du travail (C. trav., art. L. 1262-4-4, nouveau). Il punit le manquement à cette obligation d'une amende administrative de même nature et recouvrée selon les mêmes conditions que les sanctions administratives mises en place en matière de déclaration préalable de détachement et supprime la différence qu'instituait le Code entre salariés affiliés et non affiliés à la Sécurité sociale (C. trav., art. L. 1264-2, nouveau). Cette mesure punitive a pour objectif de renforcer la responsabilité des maîtres d'ouvrages et des donneurs d'ordre et d'assurer une meilleure protection à l'égard des salariés détachés. Elle permet également d'assurer une concurrence sociale loyale entre les entreprises établies en France et les entreprises établies à l'étranger.

4 — Création d'une contribution à la charge des entreprises établies hors de France déclarant détacher des salariés en France pour réaliser des prestations de service

La mise en place et le fonctionnement du service de déclaration en ligne génèrent des coûts, de même que le traitement des données de ce système ou la mobilisation des services de contrôle en matière de lutte contre la fraude au détachement. C'est pourquoi, afin de ne pas altérer l'efficacité des contrôles mis en place, le projet de loi a instauré en son article 46 le versement d'une contribution par tout employeur établi hors de France détachant un salarié sur le territoire national visant à compenser les coûts occasionnés (C. trav., art. L. 1262-4-5, nouveau). Le montant de cette contribution sera fixé par décret.

5 — Suspension de la prestation de services internationale en cas de non-réalisation de la déclaration de détachement par l'employeur établi à l'étranger

Depuis la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économique, les articles L. 1263-3 (N° Lexbase : L1650KG9) et L. 1263-4 (N° Lexbase : L1651KGA) du Code du travail prévoient la possibilité pour l'autorité administrative compétente de suspendre la réalisation de la prestation de services pour une durée ne pouvant excéder un mois en cas de manquement grave aux droits des salariés détachés, notamment en matière de salaire, de durée du travail ou d'hébergement.

Actuellement, lorsque l'employeur, le maître d'ouvrage ou le donneur d'ordre ne transmet pas une déclaration de détachement, il risque une amende de 2 000 euros maximum par salarié concerné. Cependant, cette mesure ne s'avère pas toujours dissuasive, les entreprises établies hors de France ne pouvant faire l'objet d'un recouvrement forcé. Le projet de loi étend à l'article L. 1263-4-1, nouveau, la suspension de la réalisation de la prestation de services en cas d'absence de déclaration de détachement. Ainsi, le projet de loi prévoit que la suspension sera mise en œuvre à l'issue d'un délai de 48 heures après le début du détachement. Ce délai correspond, en réalité, au délai donné au donneur d'ordre et maître d'ouvrage cocontractant pour procéder eux-mêmes à la déclaration subsidiaire de détachement. Dès régularisation de la situation (à partir de la réception de la déclaration de détachement) par l'employeur, le maître d'ouvrage ou le donneur d'ordre, la mesure de suspension prendra fin.

6 — Précisions relatives aux modalités de recouvrement des amendes administratives prononcées par les autres Etats membres à l'encontre d'un prestataire français

Afin d'améliorer l'exécution transfrontalières des sanctions prévues en cas de non-respect des règles applicables en matière de détachement de travailleurs à l'encontre des prestataires de services établis dans un autre Etat membre, la Directive 96/71 concernant le détachement de travailleurs prévoit que chaque Etat membre peut demander à un autre Etat d'exécuter une sanction, dès lors qu'elle n'est plus susceptible d'appel, sans exiger d'autre formalité.

L'article 48 du projet de loi consacre la dernière mesure législative nécessaire à la transposition de la Directive du 15 mai 2014 en précisant les modalités de recouvrement des amendes administratives prononcées par un autre Etat membre que la France à l'encontre d'un prestataire de services français ayant enfreint sur son territoire sa réglementation en matière de détachement de travailleurs (C. trav., art. L. 1264-4, nouveau). Cet article permet ainsi à l'Etat français de recouvrer selon ses propres modalités et pour son propre compte les sanctions financières susvisées.

7 — Accès aux données relatives aux déclarations de détachement à tous les corps de contrôle

L'article 49-I du projet de loi donne la possibilité aux agents de contrôle compétents en matière de lutte contre le travail illégal (11) d'accéder à toutes les données issues des déclarations de détachement, souvent utiles pour les enquêtes menées afin de s'assurer que les prestataires de services établis à l'étranger interviennent de façon régulière en France (C. trav., art. L. 1263-1, modifié (12)).

De cette manière, l'inspection du travail et les autres corps de contrôle habilités en matière de lutte contre le travail illégal pourront échanger documents et informations liées au détachement de travailleurs salariés dans le cadre de prestations de services internationales dans le but de faciliter les contrôles et renforcer l'effectivité des droits de ces travailleurs.

8 — Droit d'entrée des interprètes assermentés dans les établissements inspectés

La main d'œuvre étrangère dans les entreprises ayant recours au travail détaché dans le cadre de prestations de services internationales est souvent importante, il est donc souvent nécessaire, lorsqu'un contrôle est effectué, de faire appel à des interprètes afin de pouvoir recueillir les déclarations des salariés ou des employeurs étrangers ne comprenant pas le français. Si la présence de ces interprètes aux côtés de l'inspecteur du travail ne pose pas de

difficulté lorsque le contrôle est effectué dans les locaux de l'administration, la loi ne prévoyait pas, jusqu'alors, la possibilité pour ces derniers d'entrer sur les lieux de travail en même temps que les inspecteurs du travail qu'ils assistent, lesquels ont pourtant parfois besoin d'être immédiatement compris notamment, par exemple, lorsqu'une situation de danger grave et imminent les conduit à faire arrêter les travaux par une décision immédiate.

Le projet de loi remédie à cette lacune en son article 49-II en permettant aux agents de contrôle de se faire assister par des interprètes assermentés sur les lieux de travail lors d'un contrôle (C. trav., art. L. 8271-3, modifié).

9 — Suspension de la prestation internationale en cas de manquement aux règles sur le repos et les durées de travail des salariés du secteur de l'agriculture

L'article L. 713-19 du Code rural et de la pêche maritime (N° Lexbase : L38481B7) dispose que le Code du travail s'applique aux salariés agricoles, à l'exception des dispositions pour lesquelles le Code rural et de la pêche maritime prévoit des dispositions particulières. Or, l'article L. 1263-3 du Code du travail (N° Lexbase : L1650KG9), issu de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015, prévoit un dispositif de suspension d'une prestation de service internationale en cas de manquement grave aux règles de temps de travail et de repos commis par l'employeur à l'égard des salariés détachés.

Afin de permettre l'application de ces dispositions aux employeurs détachant des salariés pour effectuer des activités agricoles, l'article 50-I du projet de loi vient ajouter un alinéa à l'article L. 1263-3 du Code du travail afin d'appliquer désormais la suspension de la prestation internationale en cas de manquement aux règles sur le repos et les durées de travail des salariés détachés dans le secteur de l'agriculture.

10 — Modalité de relogement des salariés agricoles par un maître d'ouvrage ou un donneur d'ordre en cas de constat de conditions d'hébergement collectifs indignes

Pour rappel, la loi n° 2014-790 du 10 juillet 2014, visant à lutter contre la concurrence déloyale (N° Lexbase : L7015139) a instauré à l'article L. 4231-1 du Code du travail (N° Lexbase : L772613K) une obligation de vigilance pour les maîtres d'ouvrage et les donneurs d'ordre en matière d'hébergement collectif des salariés de leurs sous-traitants (13). Cet article dispose que *"tout maître d'ouvrage ou tout donneur d'ordre, informé par écrit, par un agent de contrôle [...] du fait que des salariés de son cocontractant ou d'une entreprise sous-traitante directe ou indirecte sont soumis à des conditions d'hébergement collectif incompatibles avec la dignité humaine [...] lui enjoint aussitôt, par écrit, de faire cesser sans délai cette situation. A défaut de régularisation de la situation signalée, le maître d'ouvrage ou le donneur d'ordre est tenu de prendre à sa charge l'hébergement collectif des salariés [...]"*.

L'article 50-II du projet de loi étend cette obligation à l'égard des salariés employés à des travaux agricoles en créant un deuxième alinéa à l'article L. 4231-1 du Code du travail.

III — Dispositions diverses du projet de loi

Le titre VII du projet de loi "El Khomri" est consacré à diverses dispositions. Composé des articles 51 et 52, le projet de loi vient ainsi, d'une part prolonger le plan de transformation des emplois de contrôleurs du travail en inspecteur du travail, et, d'autre part, mettre en place des outils afin de garantir l'efficacité des procédures de recouvrement par Pôle emploi des indus concernant les prestations d'assurance chômage.

A — Prolongation du plan de transformation des emplois de contrôleurs du travail en inspecteur du travail : mise en place d'un concours réservé au titre des années 2016 à 2019

Pour rappel, le décret n° 2014-359 du 20 mars 2014, relatif à l'organisation du système d'inspection du travail (N° Lexbase : L81221ZT), est venu s'inscrire dans la droite lignée de la loi de 2013 portant création du contrat de génération (14). Ce décret d'application a, en effet, initié un plan de transformation d'emplois de contrôleurs du travail en emplois d'inspecteurs du travail en section par le biais d'un examen professionnel ouvert pour une durée de trois ans.

L'article 51 du projet de loi permet de poursuivre la mise en œuvre de ce plan pour la période allant de 2016 à 2019 afin de permettre la transformation de l'ensemble des emplois de contrôleurs du travail en section.

Ainsi, les inspecteurs du travail pourront être recrutés, au titre des années 2016 à 2019 par la voie d'un concours réservé prévu à l'article 261 de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015. Afin de pouvoir participer au concours, les contrôleurs du travail devront justifier au 1er janvier de l'année au titre de laquelle le concours est organisé de cinq ans de services effectifs dans leurs corps. Quant aux modalités et aux épreuves du concours réservés, le projet de loi précise qu'elles seront définies par voie réglementaire.

Le nombre de poste offert chaque année est limité à 250 et les candidats recrutés sont d'abord nommés inspecteurs du travail stagiaires. Ce n'est qu'après une formation obligatoire et qu'à condition que leur stage ait été considéré comme satisfaisant qu'ils sont titularisés dans le corps de l'inspection du travail. Si le stagiaire n'est pas titularisé à l'issue du stage, il peut être autorisé à accomplir un stage complémentaire d'une durée maximale de trois mois. En revanche, ceux qui n'ont pas été autorisés à effectuer un stage complémentaire ou dont le stage complémentaire n'a pas été satisfaisant sont réintégrés dans leur corps d'origine.

Notons également que dans le cadre de l'évolution organisationnelle du système d'inspection du travail, le projet de loi substitue les termes d'inspecteur du travail et de contrôleur du travail pour les remplacer par la notion "*d'agents de contrôle de l'inspection du travail mentionnés à l'article L. 8112-1 du Code du travail*".

B — Extension des pouvoirs de contrainte et de retenues de Pôle emploi aux prestations du régime d'assurance chômage

Selon l'étude d'impact du projet de loi, le montant annuel des indus relatifs aux prestations versées par Pôle emploi, pour le régime d'assurance chômage, le régime de solidarité et pour son propre compte s'élève à environ 800 millions d'euros et seuls 63 % de ces indus sont recouverts. Or, le déficit des comptes de l'assurance chômage s'est élevé à 3,7 milliards d'euros en 2014 et devrait encore augmenter ces prochaines années. Le rétablissement de la situation financière de l'Unedic est donc devenu un enjeu crucial, notamment pour la viabilité du régime d'assurance chômage.

L'article 52-I du projet de loi confère, par conséquent, à Pôle emploi, aux articles L. 5426-8-1 et L. 5426-8-2, modifiés, du Code du travail, un pouvoir de retenues et de contrainte en matière de recouvrement des indus relatifs aux allocations d'assurance chômage, sur le modèle de ce qui existe déjà par ailleurs pour tous les indus de prestations sociales. L'objectif affiché étant, bien évidemment, de garantir la continuité des procédures de recouvrements et d'en améliorer l'efficacité.

C — Création d'une nouvelle sanction en cas de défaut de déclaration à Pôle emploi de la reprise d'activité professionnelle du demandeur d'emploi

Pour rappel, l'article L. 5411-2 du Code du travail (N° Lexbase : [L2688H9G](#)) créé une obligation à l'égard des demandeurs d'emploi tenus d'informer Pôle emploi des changements affectant leur situation. Ces obligations doivent être transmises, selon l'article R. 5411-7 du Code du travail (N° Lexbase : [L2587I39](#)), dans un délai de 72 heures, notamment en cas d'exercice de toute activité professionnelle. Cependant un bon nombre de demandeurs d'emploi déposent chaque année des demandes d'allocation d'assurance dans lesquelles la période de référence d'affiliation comporte des périodes non déclarées, ce qui représente un coût exorbitant pour le régime d'assurance chômage.

L'article 52-II du projet de loi organise les modalités de prise en compte des périodes d'activités non déclarées afin d'encourager la déclaration des périodes travaillées. En réalité, ces dispositions ne font que reprendre les dispositions du paragraphe 4 de l'accord d'application n° 9 annexé à la convention d'assurance chômage du 14 mai 2014 qui avaient été annulées par le Conseil d'Etat dans une décision rendue le 5 octobre 2015 (15).

Plus précisément, il est créé un article L. 5426-1-1 qui dispose que "*les périodes d'activité professionnelle d'une durée supérieure à trois jours consécutifs ou non au cours du même mois civil, non déclarées par le demandeur d'emploi à Pôle emploi au terme de ce mois, ne sont pas prises en compte pour l'ouverture ou le rechargement des droits à l'allocation d'assurance. Les rémunérations correspondantes ne sont pas incluses dans le salaire de référence*".

Enfin, l'article L. 5426-1-2, nouveau du Code du travail ouvre un recours possible devant les IRP, dont les conditions d'ouvertures sont plus larges par rapport à ce que ce qui était antérieurement prévu par les dispositions conventionnelles. En effet, seront concernés les demandeurs d'emplois dont l'absence de prise en compte d'une période d'activité non déclarée entraîne une absence d'ouverture ou d'un rechargement des droits à l'allocation d'assurance.

(1) V. l'étude d'impact, p. 335.

(2) Etude d'impact, préc., p. 337.

(3) C. trav., art. L. 1226-2 N° Lexbase : [L1006H97](#) à L. 1226-5.

(4) C. trav., art. L. 1226-6 N° Lexbase : [L1017H9K](#) à L. 1226-22.

(5) Création de la déclaration préalable de détachement, créations de nouvelles sanctions administratives à l'égard

de l'employeur et du donneur d'ordre, notamment en cas de non-respect de l'obligation de dépôt de la déclaration de détachement en France ; responsabilité solidaire des sous-traitants en cas de non-respect par l'employeur des éléments essentiels du contrats, etc..

(6) Création de la suspension de prestation de service en cas de manquement grave au droit du travail ; généralisation de l'obligation pour les salariés du secteur du BTP y compris détachés, de disposer d'une carte d'identification professionnelle ; renforcement de la responsabilité solidaire du maître d'ouvrage en cas de non-paiement des salaires par le cocontractant ou le sous-traitant étranger.

(7) V., Etude d'impact, préc., p. 352.

(8) Par ex. : fraude à l'établissement liée à une activité stable et permanente sur le territoire, délocalisation fictive, fausse sous-traitance, conditions de travail incompatibles avec la dignité humaine, trafics d'êtres humains.

(9) Par ex. : niveaux de salaire versés inférieurs au salaire minimum, primes non payées ou heures supplémentaires effectuées sans limite et non majorées, non-paiement ou remboursement de frais de transport ou de logement, conditions d'hébergement indignes, rattachement illicite à un régime social plus avantageux.

(10) Etude d'impact, préc., p. 362.

(11) Police, gendarmerie, administration fiscale et douanière et agents de recouvrement des cotisations sociales.

(12) Cette disposition s'ajoute à celle prévue par l'article L. 8271-6-2 du Code du travail (N° Lexbase : L7792I3Y) issue de la loi n° 2014-790 du 10 juillet 2014, relative à la lutte contre la concurrence sociale déloyale, qui donne possibilité aux agents en charge de la lutte contre le travail illégal de se faire présenter et obtenir copie immédiate des documents justifiant du respect des dispositions relatives au détachement pour la recherche et la constatation des infractions constitutives de travail illégal.

(13) Le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2015-517 QPC du 22 janvier 2016 (N° Lexbase : A4221N44) a estimé que le deuxième alinéa de l'article L. 4231-1 du Code du travail (N° Lexbase : L7726I3K) ne méconnaissant aucun droit ou liberté garanti par la Constitution.

(14) Loi n° 2013-185 du 1er mars 2013, portant création du contrat de génération (N° Lexbase : L2915IWU), art. 6.

(15) CE 1° et 6° s-s-r., 5 octobre 2015, n° 383 956 (N° Lexbase : A5756NSY).