



Paris, le 25 avril 2016

## **PROJET DE LOI VISANT A INSTITUER DE NOUVELLES LIBERTES ET DE NOUVELLES PROTECTIONS POUR LES ENTREPRISES ET LES ACTIFS (DITE « LOI TRAVAIL »)**

### **UNE FLEXIBILITÉ IMPOSEE AUX SALARIÉS NE SECURISANT QUE LES ENTREPRISES**

Pour la quatrième fois en quatre ans, l'Exécutif demande au Parlement de modifier le Code du travail, prétendument pour lutter contre le chômage. Ce nouveau projet de Loi et la réforme qu'il annonce, sous couvert de renforcer la négociation collective d'entreprise en réalité l'affaiblit et vise surtout à supprimer les garanties existantes. Les salariés doivent devenir plus flexibles avec des indemnités financières moindres.

Le projet de loi dit « loi travail » s'inscrit dans la continuité de la Loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013, de la Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques du 7 août 2015 et de la Loi relative au dialogue social et à l'emploi du 17 août 2015.

Cette nouvelle loi tend clairement à faciliter l'augmentation du temps de travail à moindre frais pour les entreprises et à faciliter les licenciements, qu'il s'agisse des licenciements pour motif économique ou des licenciements pour inaptitude.

L'objectif du projet est clair : renforcer les pouvoirs des entreprises et limiter les possibilités de recours ou l'intérêt des recours pour les salariés. Il s'agit en effet de transférer au maximum l'élaboration des règles à un niveau où le rapport de force entre employeur et représentants du personnel est le plus faible pour les salariés, sans respect du principe de faveur pourtant reconnu comme principe général du droit et ce, d'une manière d'autant plus dangereuse que la légitimité des organisations syndicales est mise en cause par les nouvelles conditions de validité des accords, visant à affaiblir les organisations syndicales minoritaires et à exclure totalement les organisations syndicales non représentatives.

Une réforme qui illustre parfaitement les choix politiques de ces dernières années, dans le sillage des recommandations de l'Europe : au prétexte de vouloir diminuer le taux de chômage, l'objectif est de flexibiliser, de libéraliser toujours davantage les relations de travail. Pourtant les réformes qui se sont succédées depuis une trentaine d'années en ce sens n'ont pas permis d'influer favorablement sur le niveau de l'emploi en France.

**Syndicat des Avocats de France**

34 rue Saint-Lazare 75009 PARIS - Tél. 01 42 82 01 26 [saforg@orange.fr](mailto:saforg@orange.fr) - [lesaf.org](http://lesaf.org)

S'adossant à un postulat biaisé et jamais démontré selon lequel le droit du travail pourrait et devrait être la variable d'ajustement des embauches, cette réforme, loin de résoudre les difficultés de l'emploi, risque plutôt de développer les situations de précarité et de pauvreté en France. De plus, en limitant les possibilités de recours pour les salariés et l'étendue du pouvoir de contrôle des juges, elle risque de nuire à la démocratie, laquelle suppose que tout individu puisse utilement faire valoir ses droits devant un Juge.

**La loi est politiquement incohérente :**

- elle prétend renforcer le dialogue social mais affaiblit les organisations syndicales majoritaires en permettant aux organisations syndicales minoritaires de passer outre les règles actuelles de la représentativité par le biais d'un référendum auprès des salariés (dans des conditions opaques) : les salariés sont donc instrumentalisés pour affaiblir les syndicats dont ils ont pourtant déterminé eux-mêmes la représentativité aux dernières élections ;
- elle prétend relancer l'emploi alors que par de nombreuses dispositions, elle permet aux employeurs d'imposer aux salariés déjà titulaires d'un emploi de travailler plus pour moins cher, au détriment de nouvelles embauches et du pouvoir d'achat et qu'elle facilite le licenciement.
- 

Ainsi, face à cette politique sociale en totale contradiction avec le programme annoncé par le Président lors de sa campagne électorale, le SAF s'est attaché à analyser les dispositions du projet de loi qui portent le plus atteinte aux droits des salariés.

**Méthodologie :**

Dans les pages qui suivent, nous avons sélectionné les articles appelant en priorité des réactions et alertes, que nous avons formulées en présentant pour chacun un volet d'analyse et un volet de propositions, démarche s'apparentant à la préparation du travail parlementaire qui va s'ouvrir : exposé des motifs / amendement.

**Les remarques sont formulées sur la base du projet de loi tel que présenté à l'Assemblée Nationale, dans la mesure où des amendements de rétablissement de la rédaction initiale sont susceptible d'être déposés par le gouvernement, tout en indiquant les points dangereux adoptés en commission.**

L'ordre du texte du projet de Loi a été respecté pour faciliter la lecture, même si, pour nombre de dispositions, cet ordre n'obéit pas à une logique de regroupement cohérente.

Ne sont abordés pour chaque article commenté que les éléments nouveaux et essentiels motivant en priorité une demande de suppression ou, à défaut, d'évolution du projet.

Un focus particulier s'impose évidemment sur le volet temps de travail (articles 2 et 5), les accords de maintien de l'emploi (article 11), la définition du motif économique (article 30), la santé au travail (CHSCT article 17, médecine du travail, inaptitude article 44).

Ces points sont signalés par une écriture bleue.

## **ARTICLE 2 : DUREE DU TRAVAIL ET CONGÉS**

### **Analyse transversale commune à de très nombreux articles sur la hiérarchie des normes :**

#### **Analyse :**

Alors qu'antérieurement une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement ne pouvait déroger à un accord de branche, le projet bouleverse l'articulation des normes dans l'ensemble des dispositions concernant la durée du travail en énonçant désormais systématiquement que les dérogations aux principes posés par la loi peuvent être instaurés « *par une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement ou à défaut un accord de branche* »

Le projet donne donc priorité à l'accord d'entreprise ou d'établissement sur l'accord de branche qui ne devient que subsidiaire.

Un accord d'entreprise peut donc être moins favorable qu'un accord de branche ce qui entraîne :

- Une instrumentalisation de la négociation d'entreprise ou d'établissement plus fragile, contre la négociation de branche ;
- Une perte des garanties instaurées par la négociation de branche pour les salariés ;
- Une inégalité et un dumping social entre les entreprises (faussant la concurrence entre elles le plus souvent en défaveur des PME).

Il est donc essentiel de combattre cette grave mise en cause du principe de faveur, préjudiciable aux salariés et aux petites entreprises.

#### **Proposition :**

Maintenir la primauté de l'accord de branche sur les accords d'entreprise et d'établissement :

Dans tous les articles concernés, remplacer la formule : « *une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement ou à défaut un accord de branche* » par la formule :

« *une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement ou un accord de branche* »

**Articles concernés :**

L.3121-5, L3121-6, L.3121-10, L3121-13, L.3121-16, L.3121-18, L.3121-22, L.3121-31, L.3121-32, L.3121-49, L.3122-15, L3122-17, L.3122-18.

**Astreintes (conditions et délai de prévenance) :**

- ***Délai de prévenance :***

**Analyse :**

Comme avant, la période d'astreinte est une période pendant laquelle le salarié, s'il peut vaquer à ses occupations personnelles, a l'obligation d'être à la disposition de l'employeur pour pouvoir intervenir pour accomplir un travail au service de l'entreprise (travail de dépannage notamment) : seul le temps d'intervention est payé comme du temps de travail effectif, le temps où il reste à disposition faisant l'objet d'une simple contrepartie (soit sous forme financière soit sous forme de repos).

Le salarié ne peut librement organiser son temps sur cette période devant être disponible : il est donc essentiel, pour qu'il puisse organiser sa vie privée, qu'il soit prévenu avec un délai suffisant.

Le projet de loi supprime l'exigence d'un délai minimum d'information de la programmation des astreintes (15 jours, 1 jour en cas de circonstances exceptionnelles – délais déjà particulièrement courts - article L.3121-8 actuel) en exigeant uniquement « un délai raisonnable » (nouvel article L.3121-8 dernier alinéa). Il est essentiel que le salarié puisse avoir une visibilité à l'avance sur ses plannings pour pouvoir s'organiser dans sa vie privée.

**Proposition :**

**Article L.3121- 8 (modifier le dernier alinéa):**

« *les salariés concernés par les astreintes sont informés de la programmation individuelle des périodes d'astreinte dans un délai **minimum d'un mois*** ».

**Équivalence (mise en place) :**

**Syndicat des Avocats de France**

34 rue Saint-Lazare 75009 PARIS - Tél. 01 42 82 01 26 [saforg@orange.fr](mailto:saforg@orange.fr) - [lesaf.org](http://lesaf.org)

### **Analyse :**

Comme avant, la loi permet d'instaurer des heures d'équivalence (régime permettant à l'employeur de payer un salarié pour un nombre d'heures inférieur à son temps de présence sur le lieu de travail) mais la loi supprime certaines des garanties existantes : alors qu'avant ce régime ne pouvait être instauré que par décret (article L.3121-9), il pourrait désormais être instauré par convention ou accord de branche sans la garantie d'un décret. Il est impératif que le pouvoir réglementaire se prononce par un texte spécifique sur des dérogations aussi importantes au paiement du temps de présence sur le lieu de travail.

### **Proposition :**

#### **Article L.3121-13 (modification) :**

*« un décret, pris après conclusion d'une convention ou d'un accord de branche peut instituer cette durée du travail équivalente à la durée légale pour les professions et emplois mentionnés à l'article L.3121-12. Il détermine la rémunération des périodes d'inaction ».*

#### **Durée quotidienne maximale (conditions de dépassement) :**

### **Analyse :**

Si la durée quotidienne maximale de travail reste de 10 heures, le projet modifie les conditions de dépassement de ce maximum : alors qu'antérieurement ce dépassement ne pouvait se faire qu'en cas d'accord étendu ou un accord d'entreprise sans la limite de 12 heures (sans avoir à justifier d'un motif particulier) ou en cas de surcroît d'activité sur autorisation de l'inspecteur du travail après que l'employeur a consulté le comité d'entreprise ou à défaut les délégués du personnel (article D3121-15 et D3121-16), le projet prévoit que le dépassement pourrait être autorisé soit par accord soit par l'autorité administrative (et non plus l'inspection du travail) dans des conditions déterminées par décret qu'on ignore donc à ce jour (donc peut-être sans avoir à justifier d'un motif particulier et sans avoir à consulter le comité d'entreprise).

L'autorité administrative ne répond pas aux garanties d'indépendance de l'inspection du travail, le DIRECCTE dépendant du Préfet : cette autorité pourra donc désormais autoriser tout dépassement (et pas uniquement en cas de surcroît d'activité), y compris un dépassement non prévu par un accord signé ce qui affaiblit l'accord.

### **Proposition :**

#### **Article L.3121-17 (modification) :**

*« la durée quotidienne du travail effectif par salarié ne peut excéder dix heures, sauf :*

*1° En l'absence d'accord, en cas de dérogation accordé par l'inspecteur du travail dans les cas où un surcroît temporaire d'activité est imposé pour des motifs déterminés par décret, et après consultation du comité d'entreprise ou à défaut des délégués du personnel*

Ou bien : insérer cette disposition dans un paragraphe 3 « mesures supplétives » de la sous-section 2 « durée quotidienne maximale »

#### **Durées hebdomadaires maximales (conditions de dépassement) :**

- ***Dérogation à la durée maximale moyenne de 44 heures en moyenne sur 12 semaines***

### **Analyse :**

Alors qu'antérieurement il ne pouvait être dérogé dans une entreprise à la durée maximale de 44 heures en moyenne sur 12 semaines (dérogation à hauteur de 46 heures) que si un décret pris après conclusion d'une convention ou d'un accord collectif de branche le permettait (article L.3121-36), ce dépassement pourrait selon le projet de loi être autorisé par simple accord ou par l'autorité administrative.

S'agissant de la protection de la santé (et de la potentielle embauche de salariés si l'activité le nécessite), il est nécessaire de ne permettre les dépassements que de manière très encadrée.

### **Proposition :**

#### **Article L.3121-22 (modification)**

*« un décret pris après conclusion d'une convention ou d'un accord collectif de branche peut prévoir le dépassement de la durée hebdomadaire de travail de 44 heures calculée sur une période de 12 semaines consécutives, à condition que ce dépassement n'ait pas pour effet de porter cette durée à plus de 46 heures calculée sur une période de 12 semaines. »*

**Article L.3121-23 : suppression** (ne pas permettre le recours à l'autorité administrative pour déroger à la durée moyenne maximale sur 12 semaines)

- ***Dérogation à la durée maximale moyenne de 46 heures sur 12 semaines***

**Analyse :**

Alors qu'antérieurement, la dérogation à la durée maximale absolue de 46 heures maximum en moyenne sur 12 semaines ne pouvait être autorisée que par le Ministre (pour un secteur national), par le DIRECCTE (pour certaines régions) ou par l'inspecteur du travail (pour une entreprise) (articles R3121-24 et suivants), le projet opacifie et assouplit probablement ces conditions puisqu'il pourrait selon le projet y être dérogé « *dans des conditions déterminées par décret* ».

Il est nécessaire de renforcer les garanties de dérogation, tout particulièrement quand elle est accordée pour une entreprise.

**Proposition :**

**Article L.3121-24 (modification)**

« *à titre exceptionnel, dans certains secteurs, dans certaines régions ou dans certaines entreprises, des dépassements de la durée de 46 heures peuvent être autorisés **par le Ministre, le DIRECCTE ou, pour une entreprise, exclusivement par l'inspecteur du Travail**, dans des conditions déterminées par décret* ».

**Durée légale et heures supplémentaires (période de référence, accomplissement d'heures supplémentaires dans et au-delà du contingent) :**

- ***Période de référence de la durée hebdomadaire de travail***

**Analyse :**

Selon la législation actuelle, la période de référence de la durée hebdomadaire légale (35 heures), seuil de déclenchement des heures supplémentaires, est « la semaine civile ».

La dérogation à cette semaine civile de référence est strictement encadrée (article L.3121-21 actuel) puisqu'elle ne peut intervenir que :

- dans les branches d'activité à caractère saisonnier mentionnées à l'article L.3132-7
- avec signature d'une convention ou d'un accord collectif étendu ou une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement conclu en application de l'article L.1244-2,
- selon les conditions déterminées par décret
- la convention ou l'accord doit organiser des procédures de décompte contradictoires des temps et périodes de travail.

Le projet facilite les conditions pour mettre en œuvre une période de référence dérogatoire à la semaine civile :

- tout secteur d'activité pourrait être concerné et pas uniquement les branches d'activité à caractère saisonnier ;
- la convention n'aurait pas à être étendue, les conditions du décret n'auraient pas à être respectées ;
- il n'est pas exigé de périodes de décompte du temps de travail qui permettent au salarié d'avoir les outils pour faire respecter ses droits et au juge de contrôler le respect de ses obligations par l'employeur.

Le fait que les heures supplémentaires ne soient plus nécessairement décomptées sur une période civile permet à l'employeur de décaler le point de départ des 7 jours de manière à neutraliser le seuil de déclenchement des heures supplémentaires en fonction du cycle d'activité de l'entreprise. On peut également se demander si ce ne serait pas de nature à faciliter la mise en cause du repos le dimanche.

### **Proposition :**

#### **Art. L. 3121-31 (modification)**

*« dans les branches d'activité à caractère saisonnier mentionnée à l'article L.3132-7, une convention ou un accord collectif d'entreprise ou d'établissement **conclu en application de l'article L.1244-2** ou, à défaut, une convention ou un accord de branche **étendu** peut, **dans des conditions déterminées par décret**, fixer une période de sept jours consécutifs constituant la semaine pour l'application du présent chapitre.*

***La convention ou l'accord organise également des procédures de décompte contradictoire des temps et périodes de travail ».***

- **Accomplissement d'heures supplémentaires dans et au-delà du contingent :**



### **Analyse :**

Si, comme avant, l'employeur peut exiger du salarié qu'il accomplisse des heures supplémentaires dans la limite et au delà du contingent annuel applicable dans l'entreprise, le projet met fin à l'obligation de l'employeur d'informer (dans la limite du contingent) ou consulter (au delà du contingent) le comité d'entreprise, ou à défaut les DP (article L .3121-11-actuel).

Le projet supprime également l'obligation de l'employeur d'informer les représentants du personnel sur les modalités d'utilisation du contingent annuel d'heures supplémentaires et de son éventuel dépassement (article L.3121-22): il ne s'agit pas uniquement d'une obligation d'informer mais également d'une obligation de définir les conditions d'utilisation de ce contingent et la loi permet donc à l'employeur, en l'absence d'accord, d'utiliser sans conditions strictement définies et sans information ce contingent.

Il est essentiel que les instances élus puissent être informées ou donner leur avis (dans le cadre de la consultation) à ce titre, la réalisation des heures supplémentaires pouvant être révélatrice d'un problème de surcharge de travail pour les salariés et une nécessité de recruter.

### **Proposition :**

#### **Article L.3121-38 (ajout d'un dernier alinéa) :**

*« a défaut de détermination du contingent annuel d'heures supplémentaires par accord, les modalités de son utilisation et de son éventuel dépassement donnent lieu au moins une fois par an à une consultation du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel s'il en existe ».*

#### **Article L.3121-29 (ajout d'un dernier alinéa) :**

*« les heures supplémentaires sont accomplies dans la limite du contingent annuel applicable dans l'entreprise après information du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel, s'il en existe.*

*Les heures supplémentaires sont accomplies, au-delà du contingent annuel applicable dans l'entreprise, après vis du comité d'entreprise ou à défaut, des délégués du personnel s'il en existe ».*

## Aménagement du temps de travail sur une période supérieure à la semaine (ex annualisation) :

- *Aménagement sur une période de trois ans*

### Analyse :

L'aménagement par l'employeur du temps de travail sur une période supérieure à la semaine permet à l'employeur de ne décompter (et payer) les heures supplémentaires qu'à l'issue de cette période de référence : cela permet donc à l'employeur de faire travailler le salarié sur certaines périodes plus de 35 heures par semaine, sans déclenchement du paiement des heures supplémentaires dans le mois (le salarié devra attendre 3 ans pour que ses heures supplémentaires soient payées).

Alors qu'actuellement le temps de travail ne peut être aménagé que sur une période maximale d'un an (L.3122-2), par accord, le projet permet désormais un aménagement du temps de travail sur une période de 3 ans, par simple accord collectif d'entreprise si un accord de branche l'autorise.

Une telle disposition est inadmissible : cet aménagement est très défavorable au salarié car elle lui fait perdre le déclenchement du paiement des heures supplémentaires et diminue donc le salaire sans que le salarié ait le droit de s'y opposer. Cette disposition appauvrit les salariés, diminue leur pouvoir d'achat et risque de mettre certaines entreprises en difficultés à l'issue des trois ans quand il faudra payer les heures supplémentaires.

Cette disposition permet donc de diminuer la rémunération des salariés en poste au lieu d'inciter les entreprises à embaucher pour assumer la charge de travail existante.

### Proposition :

Rester à une durée maximale d'un an :

Article L.3121-39 (modification 2<sup>ème</sup> et dernier alinéa) :

*« cette période de référence ne peut dépasser **un an** en cas d'accord collectif et neuf semaines en cas de décision unilatérale »*

*« si la période de référence est **inférieure à un an**, constituent des heures supplémentaires les heures effectuées au-delà d'une durée hebdomadaire moyenne de 35 heures calculée sur la période de référence »*

**Syndicat des Avocats de France**

34 rue Saint-Lazare 75009 PARIS - Tél. 01 42 82 01 26 [saforg@orange.fr](mailto:saforg@orange.fr) - [lesaf.org](http://lesaf.org)

Article L.3121-42

1° « la période de référence qui ne peut excéder un an »  
Suppression de l'alinéa 4 du 3°

- **Aménagement par décision unilatérale**

**Analyse :**

Le projet permettrait à l'employeur, sur simple décision unilatérale, de porter la période de référence de 4 semaines (texte actuel) à 9 semaines dans les entreprises de moins de 50 salariés : les salariés des petites entreprises auraient donc moins de garantie que les salariés des grandes entreprises.

Il faut rester à 4 semaines pour toutes les entreprises.

**Proposition :**

Article L.3121-43

« à défaut d'accord mentionné à l'article L.3121-42, l'employeur peut mettre en place une répartition de la durée du travail sur plusieurs semaines, *dans la limite de 4 semaines* ».

- **Modalités de prévenance du changement de la répartition du travail**

**Analyse :**

La législation actuelle prévoit, sauf stipulation contraire d'un accord, un délai de prévenance de 7 jours en cas de changement de durée ou d'horaires de travail (article L.3122-2) et le projet ne prévoit aucun délai minimal mais uniquement « un délai de prévenance raisonnable ».

La notion de délai raisonnable crée de l'insécurité juridique pour les employeurs comme pour les salariés.

Au regard des incidences sur la vie privée et le salaire des salariés, il est préconisé l'instauration d'un délai minimum d'un mois.

## **Proposition :**

### **Article L.3121-40 in fine**

*« les salariés sont informés dans un délai minimal d'un mois de tout changement dans la répartition de la durée du travail »*

### **Conventions de forfait (voir également commentaire sur ce sujet à l'article 5) :**

## **Analyse :**

Le projet de loi énonce, dans les mesures supplétives, que l'employeur doit établir « *un document de contrôle du nombre de jours travaillés faisant apparaître le nombre et la date des journées ou demies journées travaillées.* », mais ne met pas en place l'obligation d'assurer la garantie des durées maximales de travail conformément au droit communautaire (cassation sociale 29 juin 2011 n° 09-71.107 « *toute convention de forfait en jours doit être prévue par un accord collectif dont les stipulations assurent la garantie du respect des durées maximales de travail ainsi que des repos, journaliers et hebdomadaires* »).

Les conventions de forfait jours ont été mises en place dans les loi Aubry comme contreparties au passage aux 35h afin de permettre à une catégorie limitée de salariés de ne plus être soumis au décompte du temps de travail. A l'origine, ce dispositif concernait une catégorie particulière de cadres : les cadres "autonomes". Ce dispositif a été progressivement étendu et concerne désormais non seulement les cadres mais également les non-cadres autonomes. Selon la DARES en 2014, ce dispositif concernait 13,3 % des salariés des entreprises de 10 salariés ou plus du secteur privé non agricole<sup>1</sup>.

En l'absence de véritable contrôle du temps de travail, la durée du travail des salariés en forfait jours est particulièrement importante : en 2010, la durée moyenne de travail des salariés en forfait jours était de 44,6 heures et près de 40 % des cadres au forfait jours travaillaient en moyenne plus de 50 heures par semaine<sup>2</sup> (pour rappel, le droit européen interdit de dépasser 48 heures par semaine).

Il est donc crucial de conditionner la mise en place du forfait jours à des mécanismes de contrôle poussés, fixés notamment dans l'accord le mettant en place. A cet égard, on soulignera que le régime auto-déclaratif n'est pas suffisant, dans la mesure où les salariés tendent à sous déclarer

---

<sup>1</sup> *Les salariés au forfait annuel en jour*, DARES Analyses, juillet 2015, n°048

<sup>2</sup> *Les salariés au forfait annuel en jour*, DARES Analyses, juillet 2015, n°048

leur nombre d'heures et il est extrêmement fréquent que les employeurs donnent pour consigne de ne pas déclarer plus d'un certain nombre d'heures par semaine.

Pour mettre le droit français en conformité avec le droit communautaire, il faut impérativement (donc dans les [dispositions d'ordre public](#) et non seulement dans les mesures supplétives) que l'employeur mette en place non seulement un document de contrôle du nombre de jours travaillés, mais également un contrôle de l'amplitude quotidienne.

### **Proposition :**

Compléter l'article L.3121-58 par :

*« l'employeur établit un document de contrôle du nombre de jours travaillés faisant apparaître le nombre et la date des journées ou demies journées travaillées et l'amplitude journalière ».*

### **Travail à temps partiel (durée minimale) :**

- ***Durée minimale***

### **Analyse :**

La loi du 14 juin 2013 avait fixé une durée minimale de 24 heures et ne permettait la fixation d'une durée inférieure que par convention ou accord de branche étendu, à la double **condition** :

- que l'accord « comporte des garanties quant à la mise en œuvre d'horaires réguliers ou permettant au salarié de cumuler plusieurs activités afin d'atteindre une durée globale d'activité correspondant à un temps plein ou au moins égale à la durée mentionnée à l'article L.3123-14-1 » (article L.3123-14-3) ;
- de regrouper les horaires de travail du salarié sur des journées ou des demies journées régulières ou complètes (article L.3123-14-4).

Le projet de loi fait disparaître le contenu de l'article L.3123-14-1 qui fixait bien la durée minimale de 24 heures comme un impératif et impose désormais uniquement la fixation d'une durée minimale (sans précision de la durée).

Le projet de loi permet également de recourir à une dérogation non prévue dans la loi actuelle à cette durée minimale, dans une rédaction particulièrement large qui permet le recours à tous les abus (permettre au salarié de faire face à des contraintes personnelles).

Alors que la fixation d'une durée minimale de 24 heures a été présentée comme l'une des avancées de la loi du 14 juin 2013 et une des contreparties accordées, la loi assouplit les conditions de dérogation.

Alors que le travail à temps partiel touche le plus souvent une population fragile (les femmes surtout) dans des activités paupérisées (nettoyage notamment), il est nécessaire de renforcer les garanties concernant la durée minimale.

### **Proposition :**

#### **Article L.3123-7 (modification)**

**« la durée minimale de travail du salarié à temps partiel est fixée à vingt-quatre heures par semaine ou, le cas échéant, à l'équivalent mensuel de cette durée sauf durée minimale inférieure prévue par une convention ou un accord de branche étendu.**

*Les dispositions prévues au premier alinéa ne sont pas applicables : (...)*

*Une durée de travail inférieure à celle prévue au premier alinéa peut être fixée à la demande du salarié pour lui permettre de cumuler plusieurs activités afin d'atteindre une durée globale d'activité correspondant à un temps plein au moins égale à la durée mentionnée au premier alinéa. Cette demande est écrite et motivée **et comporte copie du justificatif du ou des contrats pour un autre employeur** ».*

#### **Article L. 3123-19 (modification)**

*« Une convention ou un accord de branche étendu fixe la durée minimale de travail mentionnée à l'article L. 3123-7 et **ne peut déroger à la durée minimale** prévue à l'article L. 3123-27 **qu'à la condition qu'il** détermine les garanties quant à la mise en œuvre d'horaires réguliers ou permettant au salarié de cumuler plusieurs activités afin d'atteindre une durée globale d'activité correspondant à un temps plein ou au moins égale à la durée mentionnée à l'article L. 3123-27 **et qu'il** détermine les modalités selon lesquelles les horaires de travail des salariés effectuant une durée de travail inférieure à la durée prévue à l'article L. 3123-27 sont regroupés sur des journées ou des demies journées. »*

- **délai de prévenance en cas de modification de la répartition de la durée du travail :**

### **Analyse :**

**Syndicat des Avocats de France**

34 rue Saint-Lazare 75009 PARIS - Tél. 01 42 82 01 26 [saforg@orange.fr](mailto:saforg@orange.fr) - [lesaf.org](http://lesaf.org)

Alors que la loi actuelle prévoit la possibilité pour l'employeur de modifier la répartition de la durée du travail sous réserve du respect d'un délai de prévenance de 7 jours au minimum (minimum 3 jours ouvrés si prévu par une convention ou un accord de branche étendu – article L.3123-22), le projet met fin à cette exigence minimale exigeant le respect d'un délai de prévenance de 7 jours (mais maintient un délai minimum de 3 jours mais pas uniquement par convention ou accord de branche étendu mais également par accord d'entreprise).

Il est fondamental que le salarié à temps partiel ait le temps nécessaire pour s'organiser et qu'une durée minimale soit donc prévue.

De plus, le renvoi à un "délai raisonnable" indéfini est source d'insécurité juridique.

### **Proposition :**

#### **Article L.3123-11 (modification)**

*« toute modification de la répartition de la durée de travail entre les jours de la semaine ou les semaines du mois est notifiée au salarié en respectant un délai de prévenance **d'une durée minimale de 7 jours** »*

Article L.3123-24

*« une convention ou un accord **de branche étendu** ou d'établissement ou à défaut une convention ou un accord de branche étendu peut déterminer le délai dans lequel la modification de la répartition de la durée du travail est notifiée au salarié. »*

- **Travail de nuit**

### **Analyse :**

La période de surveillance médicale renforcée de six mois disparaît et devra être fixée par décret. Le travail de nuit a des conséquences dommageables sur la santé et la sécurité des salariés. Ils doivent bénéficier d'une surveillance médicale par un médecin selon une périodicité définie par la loi.

L'accord de branche mettant en place le travail de nuit n'est plus nécessairement étendu. La procédure d'extension sert pourtant à éviter des dispositions différentes dans les entreprises du même secteur professionnel, qu'elles soient adhérentes aux organisations signataires des accords ou non.

### **Proposition :**

**Syndicat des Avocats de France**

34 rue Saint-Lazare 75009 PARIS - Tél. 01 42 82 01 26 [saforg@orange.fr](mailto:saforg@orange.fr) - [lesaf.org](http://lesaf.org)

Remplacer l'article L. 3122-11 du projet de loi par : "Tout travailleur de nuit bénéficie, avant son affectation sur un poste de nuit et à intervalles réguliers d'une durée ne pouvant excéder six mois par la suite, d'une surveillance médicale particulière dont les conditions d'application sont déterminées par décret en Conseil d'Etat."

## **ARTICLE 7 : CONTENU, DUREE, PUBLICITE DES ACCORDS COLLECTIFS**

- ***Sur la durée des accords :***

### **Analyse :**

Il est essentiel de conserver des accords en principe à durée indéterminée. La durée déterminée fragilise le tissu conventionnel et le précarise ; elle doit donc demeurer l'exception et être expressément stipulée dans l'accord qui, à défaut, reste présumé à durée indéterminée et non borné à 5 ans. Il est en outre essentiel qu'à la fin d'un accord à durée déterminée, les salariés ne restent pas sans couverture conventionnelle, et l'accord doit poursuivre ses effets à défaut de nouvel accord conclu.

### **Proposition :**

#### **Article L. 2222-4 :**

*"La convention ou l'accord est conclu pour une durée indéterminée, sauf stipulation contraire.*

*Lorsque la convention ou l'accord arrive à expiration, il poursuit ses effets à durée indéterminée à défaut de conclusion d'une nouvelle convention ou d'un nouvel accord conclu dans le même champ d'application et stipulant sa vocation à se substituer au précédent."*

- ***Sur la publicité des accords :***

### **Analyse :**

Il est utile et même indispensable que les accords collectifs d'entreprise soient rendus publics dans une base de données nationale consultable en ligne et il n'est pas acceptable que des signataires puissent s'y opposer.

D'autant que le texte n'exige pour cela aucun motif autre que l'appréciation, souveraine et non contrôlable, de l'un des signataires (le texte initial du projet de loi mentionnait même l'employeur



seul) qui estimerait que la diffusion de l'accord serait "préjudiciable à l'entreprise" sans critère ou justification.

Il n'existe pourtant AUCUNE CONFIDENTIALITE invocable à l'égard des accords collectifs.

Ces accords ont une valeur normative à l'égard de non signataires, les salariés ; ils ont une application durable dans le temps ; ils doivent être connus des Juges et des conseils des salariés.

Alors qu'au sein des sources du droit du travail, le poids donné aux accords collectifs d'entreprise (et de groupe et d'établissement) est sans cesse croissant et envisagé comme prédominant, une telle évolution ne peut s'envisager sans une publicité réelle. **La publicité des normes est une exigence constitutionnelle inhérente à l'état de droit.**

Les salariés (y compris après la rupture de leur contrat de travail) et leurs conseils, les juges, les syndicats non représentatifs, etc... sont nombreux à avoir besoin d'accéder le plus librement et simplement possible à ces accords.

En outre on ignore si cette disposition qui introduit une base de données nationale dispensera des formalités de dépôt jusqu'ici prévues par les dispositions de l'article L.2231-6 du Code du Travail puisque les conditions d'applications de ce nouvel article seront fixées par voie réglementaire. Il serait impensable que des accords et conventions puissent ne faire l'objet d'aucune publicité sous la seule volonté de l'un des signataires, ni même l'ensemble des signataires, si on imaginait de renforcer le texte de la sorte. Il est inacceptable de transformer les accords collectifs en normes officielles et inaccessibles ressemblant ainsi à un cadre transactionnel.

S'agissant des accords de branche, la restriction est d'autant moins compréhensible qu'il existe de longue date une publication assurée par le site Légifrance.

Enfin les accords de groupe et les accords interentreprises ont été oubliés de la publication...

Le terme de convention a également été oublié dans le texte alors qu'il est présent dans les autres articles et doit donc être indiqué par souci de cohérence.

Par ailleurs, cette publication est si nécessaire et bienvenue qu'il convient d'en faire, comme pour tout texte normatif, une condition de l'entrée en vigueur et de l'opposabilité de l'accord, ce qui sera le gage de la célérité et de la rigueur dans l'application de cette mesure, et donc de son efficacité indispensable.

### **Proposition :**

#### **Article L.2231-5-1 :**

*“Les conventions et accords de branche, de groupe, interentreprises, d’entreprise, et d’établissement sont rendus publics et versés dans une base de données nationale dont le contenu est publié en ligne dans un standard ouvert aisément réutilisable.*

*Cette transmission pour publication s’impose à tout accord ou convention, et conditionne son entrée en vigueur et son opposabilité.*

*Les conditions d’application du présent article sont définies par décret en Conseil d’Etat.”*

## **ARTICLE 8 : RÉVISION, DÉNONCIATION ET MISE EN CAUSE DES ACCORDS COLLECTIFS**

- ***Sur l’ouverture de la révision des accords d’entreprise :***

**-> Par les élus et les salariés mandatés**

**Analyse :**

Il est prévu d’ouvrir la révision des accords collectifs conclus avec des syndicats représentatifs aux représentants du personnel, mandatés, ou non. Il n’est pas acceptable de prévoir la possibilité de défaire des normes issues de la négociation collective par des voies de négociation n’offrant pas les mêmes garanties, le salarié mandaté étant isolé et fragilisé.

**Proposition :**

Suppression des modifications des articles L. 2232-21, L. 2232-22 et L. 2232-24

**-> Par les organisations syndicales représentatives à l’issue du nouveau cycle électoral**

**Analyse :**

Le projet de loi prévoit la possibilité pour des syndicats éventuellement non signataires de l’accord mais devenus représentatifs à l’issue du nouveau cycle électoral, d’engager et conclure la révision de l’accord.

Une telle possibilité constitue une avancée démocratique mais n’a de sens que si la même possibilité est ouverte aux syndicats représentatifs pour la dénonciation des accords.

**Proposition :**

Remplacer l’article L.2261-11 par :

*“A l’issue du cycle électoral au cours duquel l’accord est conclu, des organisations représentatives d’employeur ou de salariés remplissant les conditions de la section 3 du chapitre 2 du titre 3 et du*

titre 5 du Livre 1er de la 2ème partie et du présent code peuvent dénoncer la convention ou l'accord”.

- **Sur l'ouverture de la négociation avec les salariés mandatés :**

**Analyse :**

Il est prévu d'ouvrir la négociation des accords collectifs conclus avec des salariés mandatés à tous les thèmes de négociations prévus par l'ensemble du code du travail. Il est indispensable de ne pas ouvrir ce type de négociation offrant moins de sécurité quant à la représentation collective des salariés pour des négociations contenant des impacts lourds et décisifs sur la relation individuelle de travail (notamment en matière de durée du travail et les accords de préservation et développement de l'emploi). De même il serait impensable qu'avec un salarié mandaté l'employeur puisse conclure des accords impactant les instances représentatives du personnel (en place ou à élire).

**Proposition :**

**Supprimer l'article L.2232-24-1**

- **Sur la négociation et la conclusion de nouveaux accords pendant le préavis de dénonciation :**

**Analyse :**

Il faut lever toute ambiguïté sur le fait que le préavis reste préservé dans ses effets jusqu'à son terme.

**Proposition :**

**Article L.2261-10, deuxième alinéa**

*“Une nouvelle négociation s’engage, à la demande d’une des parties intéressées, dans les trois mois qui suivent la date de la dénonciation. Elle peut donner lieu à un accord pouvant être conclu avant l’expiration du délai de préavis. **Ses dispositions ne seront alors applicables qu’à condition d’être plus favorables que les précédentes, qui sont maintenues en vigueur jusqu’à la fin du préavis, quelle qu’en soit la durée.**”*

- **Sur la suppression des avantages individuels acquis :**

**Analyse :**

Qu'il s'agisse des effets de la dénonciation ou de la mise en cause des accords, le maintien des avantages individuels acquis serait remplacé par un maintien du niveau global de la rémunération perçue sur les 12 derniers mois, ce qui constitue une régression à bien des égards :

- les avantages individuels acquis ne concernent pas que la rémunération mais permettent le maintien d'autres avantages, en congés et repos, remboursement de frais, etc... -
- la structure de la rémunération constitue un avantage individuel acquis (Cass. soc. 1er juillet 2008) et sa garantie est essentielle au regard :
  - de la périodicité du versement (par ex, salaire payé sur 12, 13 ou 14 mois, impliquant des versements mensuels très différents),
  - des impacts sur les autres éléments de rémunération qui en découlent (par ex, les heures supplémentaires varient en fonction du taux horaire du salaire de base),
  - de l'évolution possible des éléments de salaire (en fonction des négociations annuelles qui suivront, ou d'une augmentation de la part variable sur la partie fixe du salaire)...

En outre selon le projet, le montant annuel n'est garanti que "*pour une durée de travail équivalente à celle prévue par le contrat de travail*" : Cette rédaction est source de confusion, et de disparités entre salariés, et il ne peut être exclu que par un autre accord, la durée contractuelle de travail se retrouve impactée, ce qui viendrait interférer dans la garantie de maintien de rémunération.

On a souvent entendu les employeurs prétendre que la notion d'avantage individuel acquis est complexe et non sécurisée. Elle constitue surtout un avantage pour les salariés et un élément du rapport de force dans les négociations dont les entreprises veulent s'affranchir, et c'est bien là un danger réel car la réforme envisagée va obérer le rapport de force dans la négociation, au détriment des syndicats, ce qui est tout à fait contreproductif pour un projet de Loi qui prétend poursuivre l'objectif du dialogue social dans l'entreprise.

L'état actuel du droit permet de favoriser la négociation collective : la seule façon pour l'employeur d'éviter le maintien des avantages individuels acquis est la conclusion d'un accord de remplacement. Avec le projet de loi, l'employeur n'aurait plus aucun intérêt à négocier.

Quant à la simplification, où se situe-t-elle quand le projet remplace une notion que la jurisprudence avait permis de bien cerner et stabiliser, par de nouvelles règles obscures et dont les difficultés d'application transparaissent dès la première lecture... ?

### **Proposition :**

**Supprimer** les modifications de l'article L.2261-13 et du 2ème alinéa de l'article L. 2261-14

- ***Sur la négociation avant transfert des contrats :***

### **Analyse :**

La négociation de l'accord de substitution pourrait intervenir en amont des transferts des contrats de travail, dans l'entité d'origine, ce qui peut constituer une bonne mesure, mais à condition que l'accord soit conclu en principe pour une durée indéterminée (le projet prévoit un accord à durée déterminée limité à 3 ans).

Remarque : il serait utile également de prévoir que l'employeur d'origine s'assure que le futur employeur accepte d'assumer les termes de cet accord et en a les moyens financiers, quitte à ce que l'employeur d'origine y contribue et que cela soit inscrit dans le contrat conclu entre les deux employeurs successifs.

**Proposition :**

**Article L.2261-14-2**

*“Dès lors qu'est envisagée une fusion, une cession, une 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 susceptibles d'être transférés peuvent négocier et conclure l'accord de substitution prévu au premier alinéa de l'article L.2261-14.*

*Cet accord entre en vigueur à la date de réalisation de l'évènement ayant entraîné la mise en cause et pour une durée **indéterminée**.”*

**ARTICLE 9 : FONCTIONNEMENT DES INSTANCES REPRÉSENTATIVES DU PERSONNEL**

- **Sur la validité des accords d'entreprise conclus avec des élus non mandatés**

**Analyse :**

Il est inacceptable de prévoir que le silence de la commission paritaire de branche permette l'entrée en vigueur d'accords qui n'auront de ce fait jamais reçu le moindre visa syndical. L'employeur n'aura dès lors aucune motivation à relancer la commission et tout dysfonctionnement au sein de la branche pourrait s'installer durablement sans réaction.

**Proposition :**

**Article L. 2232-22 3ème alinéa**

*“La commission se prononce sur la validité de l'accord dans les quatre mois qui suivent la transmission de celui-ci ; **à défaut de validation expresse, l'accord est réputé non écrit.**”*

**ARTICLE 10 : RÈGLES DE VALIDITE DES ACCORDS COLLECTIFS ET REFERENDUM**

**Analyse :**

La nouvelle règle de majorité ne correspond pas à une majorité réelle puisque les 50% des suffrages exprimés sont calculés à partir uniquement des suffrages exprimés en faveur

d'organisations représentatives, ce qui conduit à écarter les voix en faveur des syndicats n'ayant pas obtenu 10% aux dernières élections.

Les 30% étaient au contraire calculés en retenant l'ensemble des suffrages. Dans nombre d'entreprise, il existe en réalité très peu de différence entre ces 50% et 30% étant donné ces différences d'assiette de calcul, et il faut donc très largement relativiser le renforcement de légitimité des accords ainsi revendiqué à titre de "compensation" de bien des extensions envisagées par la réforme pour permettre de déroger aux garanties actuelles du code du travail.

Concernant le recours au référendum : le projet de loi est politiquement incohérent puisqu'alors qu'il prétend renforcer le dialogue social, les salariés sont instrumentalisés pour affaiblir les syndicats dont ils ont pourtant eux-mêmes déterminé la représentativité aux dernières élections. Les salariés sont donc utilisés pour désavouer les syndicats majoritaires qu'ils ont élus.

De plus, le risque est grand quant à la manière dont serait posée la question aux salariés, ce que la réforme n'encadre pas. C'est une véritable porte ouverte au chantage à l'emploi.

En outre, il est paradoxal de prétendre renforcer la démocratie sociale par le biais du référendum tout en le limitant à un outil à sens unique en vue de la signature des accords : des organisations syndicales pourront mettre en cause la légitimité des organisations majoritaires lorsque celles-ci s'opposent en consultant les électeurs. En revanche, il ne leur est pas permis de consulter les salariés lorsque les syndicats majoritaires souhaitent signer un accord auquel la majorité des salariés est susceptible d'être opposée.

### **Proposition :**

#### **Suppression l'article 1 (conservation de la rédaction actuelle de l'article L.2232)**

### **ARTICLE 11 : ACCORDS DE PRÉSERVATION OU DÉVELOPPEMENT DE L'EMPLOI**

#### **Analyse**

Cet article consacre la **mise en cause du principe de faveur** en prévoyant que les dispositions d'un accord puissent "se substituer" aux clauses contraires du contrat de travail même dans un sens moins favorable au salarié.

Le projet de loi prévoit d'ailleurs d'insérer les dispositions en question dans un article L.2254-2, c'est-à-dire juste après l'article L.2254-1 selon lequel "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", donc bien comme une exception au principe ainsi énoncé.

A noter que cette mise en cause du principe de faveur avait été d'une certaine manière annoncée dans les "principes essentiels" présentés par le rapport Badinter, dont l'article 57 était ainsi rédigé : "Les clauses d'une convention ou d'un accord collectif s'appliquent aux contrats de travail. Les stipulations plus favorables du contrat de travail prévalent si la loi n'en dispose pas autrement".

Les accords de préservation ou développement de l'emploi ne sont pas totalement innovants car ils ressemblent aux accords de maintien de l'emploi, rendus possibles par la loi de sécurisation de l'emploi. Mais ici, le Gouvernement va beaucoup plus loin.

Les accords de maintien de l'emploi prévus par l'article L.5125-1 du Code du travail permettait déjà en effet de faire prévaloir l'accord collectif sur le contrat de travail, mais ce, avec des conditions précisément définies, dont :

- existence de graves difficultés économiques conjoncturelles dans l'entreprise dont le diagnostic est analysé avec les organisations syndicales de salariés représentatives
- mise en place d'efforts proportionnés à ceux demandés aux salariés de la part des dirigeants, mandataires sociaux et actionnaires
- engagements de maintien de l'emploi
- mise en place de mesures d'accompagnement pour les salariés licenciés

Dans le cadre des accords de maintien de l'emploi dans sa rédaction issue de la Loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013, la durée de l'accord ne pouvait dépasser 2 ans. L'employeur devait proposer au salarié la modification de son contrat de travail, selon des modalités comparables à celles prévues à l'article L.1222-6 du Code du travail.

En cas de refus, le salarié était licencié pour motif économique, était prononcé selon les modalités d'un licenciement individuel pour motif économique et ouvrait droit aux mesures d'accompagnement que doit prévoir l'accord. Ainsi, l'employeur n'avait pas à mettre en place un PSE, mais le salarié était tout de même licencié pour motif économique.

La loi du 6 août 2015 n°2015-990 a modifié les textes. La durée des accords de maintien de l'emploi peut désormais atteindre 5 ans. La référence à l'article L.1222-6 a été supprimée. Surtout, cette loi a ajouté les phrases suivantes : "il repose sur une cause réelle et sérieuse. L'employeur n'est pas tenu aux obligations d'adaptation et de reclassement prévues aux articles L. 1233-4 et L. 1233-4-1" privant ainsi le salarié de toute possibilité de contester son licenciement.

Le projet de loi permettrait de signer des accords dont les stipulations se substitueraient à celles du contrat de travail, sans qu'il soit nécessaire pour l'employeur de justifier de graves difficultés économiques conjoncturelles - il suffirait que l'employeur annonce vouloir préserver ou développer l'emploi...-, sans contrepartie de maintien de l'emploi, sans effort proportionnés de la part des dirigeants, sans mesures d'accompagnement pour les salariés licenciés...

La « préservation et le maintien de l'emploi » sont des notions suffisamment vagues pour que l'on tente de les définir...L'on sait surtout que ces accords pourront, sous la seule réserve de cette appellation, embrasser tous les domaines de la négociation collective puisque l'article précise « y compris la rémunération et la durée du travail ».

De plus, les salariés ne seraient même pas licenciés pour motif économique et le texte précise là encore que le licenciement reposerait "sur une cause réelle sérieuse" de telle sorte que les salariés ne puissent pas le contester, ou - ce qui revient au même - le juge soit privé de tout pouvoir de contrôle.

La seule limite fixée par le texte est que l'accord "ne peut pas avoir pour effet de diminuer la rémunération mensuelle du salarié", dont la définition devra être fixée par décret. On peut donc craindre qu'au-delà de toutes les mesures qui n'ont pas expressément un impact sur la rémunération, comme une baisse du nombre de jours de congés, le texte permette une diminution de la rémunération horaire (par exemple avec une augmentation du temps de travail sans augmentation de salaire) ou annuelle (par exemple par la suppression d'une prime de treizième mois, etc).

En d'autres termes, il suffit à un employeur de passer par ce type d'accord pour court-circuiter l'obligation d'établir un PSE :

- Phase un : négociation d'un accord sous la pression de la fermeture ou du recours au licenciement (risque d'autant plus important que selon le texte modifié par la Commission des affaires sociales, l'accord pourrait être signé par un simple salarié mandaté)
- Phase deux : licenciements individuels des salariés ayant refusé
- Phase trois : procédure prud'homale sans grand risque puisque le motif est réputé réel et sérieux

On ne saurait envisager meilleure manière que de supprimer l'exigence de PSE...ce qui rend assez vain, pour ne pas parler de diversion, le débat autour de la définition nouvelle du motif économique.

La confusion est telle que le projet de loi prévoit la possibilité pour le Comité d'entreprise de désigner un expert-comptable pour accompagner les organisations syndicales dans les négociations, alors que le projet d'accord n'est pas censé être lié à des difficultés économiques ou à la nécessité de sauvegarder sa compétitivité.

A cet égard, il convient de signaler que le recours à un accompagnement des organisations syndicales dans de nombreuses négociations (accord PSE, accords maintien de l'emploi et donc, avec le projet de loi, accords de préservation de l'emploi) ne doit pas être un outil visant à remettre en cause la fusion des professions de conseil et de contentieux instaurée par la loi n° 90-1259 du 31 décembre 1990. Les experts comptables sont naturellement très utiles dans les négociations pour



aider les organisations syndicales à comprendre la situation économique, organisationnelle et sociale de l'entreprise et les enjeux des négociations, mais la rédaction d'un accord reste un acte juridique dont les conséquences peuvent être très importantes pour les salariés qui risquent d'être licenciés. Les avocats ont donc, tout autant que les experts comptables, vocation à assister les organisations syndicales dans les négociations, y compris en terme de stratégie.

Le texte a été très amendé par la Commission des affaires sociales, notamment par des emprunts au dispositif des accords de maintien de l'emploi de la loi du 14 juin 2013 (par exemple le licenciement aurait un motif économique), mais il conserve toute sa dangerosité puisque les conditions prévues pour les accords de maintien de l'emploi sont toujours écartées et que les conséquences pour les salariés restent tout aussi graves (impossibilité d'exercer un recours utile).

La nécessité de prévoir un préambule pour l'accord sans que le non respect des objectifs fixés dans ce préambule n'apporte aucune garantie.

**En conclusion : même après son passage en commission des affaires sociales qui n'a procédé qu'à de simples aménagements cosmétiques, cet article reste l'un des plus nocifs et inacceptables du projet de loi.**

**Proposition :**

**Supprimer l'article 11**

**ARTICLE 12 : RAPPORTS ENTRE ACCORDS DE GROUPE, ACCORDS D'ENTREPRISE ET ACCORDS D'ÉTABLISSEMENT**

- *Sur la mesure de la représentativité dans les groupes :*

**Analyse :**

Il est envisagé d'ajouter un deuxième alinéa à l'article L. 2122-4 conduisant à ce que toute négociation intervenant dans le même périmètre qu'un précédent accord de groupe signé soit soumise à la représentativité découlant du cycle électoral précédent, et non du cycle en cours. Ainsi lorsque le groupe est parvenu à obtenir la signature de syndicats dans le cadre d'un accord, ils sont assurés de pouvoir reprendre les mêmes interlocuteurs signataires pour leur faire signer un nouvel accord sans risque de perdre leurs interlocuteurs « complaisants » même s'ils ont obtenu de moins bons résultats électoraux aux nouvelles élections. Aucun risque que la sanction des urnes en cas de mauvais accord signé ne vienne empêcher le groupe de continuer à obtenir des mêmes syndicats la signature qui leur est nécessaire !

Alors que le projet de loi prétend par ailleurs assouplir au maximum la possibilité de réviser des accords d'entreprise avec des syndicats qui n'en étaient pas signataires mais sont devenus représentatifs lors de nouvelles élections, une telle disposition est tout simplement absurde, sauf à révéler ce qu'est le niveau de négociation du groupe : un moyen de frauder les règles de la représentativité au sein des entreprises et de contourner les résultats électoraux pour obtenir plus facilement de signer des accords (accords qui, on le verra plus loin, auraient le pouvoir de se substituer aux accords d'entreprise et d'établissement, antérieurs comme postérieurs).

Ce sont bien les résultats des dernières élections qui doivent seuls compter pour garantir l'équilibre de la réforme de la représentativité de 2008 et ses enjeux sur le terrain de la loyauté des négociations.

**Proposition :**

**Supprimer le projet d'alinéas 2 et 3 de l'article L. 2122-4**

- ***Sur l'articulation entre la négociation de groupe et la négociation de branche :***

**Analyse :**

L'article L. 2232-35 garantit dans sa version actuelle que la négociation de groupe ne pourra déroger aux accords et conventions de branche sans y avoir été autorisés expressément par ce niveau supérieur de négociation. Ce mécanisme, garant du principe de faveur, se retrouve purement et simplement supprimé par le projet de Loi, comme cela est envisagé pour les accords d'entreprise. On ne peut que rappeler le danger de laisser la négociation d'entreprise et de groupe s'affranchir du principe de faveur, et devenir totalement autonome alors que c'est à ce niveau que s'exerce la subordination, juridique et économique, et les chantages à l'emploi.

Le déplacement du pouvoir normatif vers les entreprises et les groupes ouvre la voie à des stratégies de concurrence dont les salariés ne seront d'ailleurs pas les seules victimes et il est étonnant que personne ne se souvienne que la branche est le niveau approprié de négociation pour lutter contre le dumping social et les concurrences débridées.

**Proposition :**

**Supprimer le projet de nouvel article L. 2232-35.**

- ***Sur les accords interentreprises :***

**Analyse :**

Ces nouvelles voies de négociations entre entreprises sans liens capitalistiques entre elles peuvent présenter un intérêt sur le terrain mais il est indispensable de restreindre les thèmes de négociation pouvant être ainsi traités.

### **Proposition :**

#### **L.2232-36**

*Un accord peut être négocié et conclu au niveau de plusieurs entreprises entre, d'une part, les employeurs, et, d'autre part, les organisations syndicales représentatives à l'échelle de l'ensemble des entreprises concernées.*

***La négociation interentreprises ne pourra comporter des dispositions dérogatoires aux accords de branche, de groupe, d'entreprise ou d'établissement applicables au sein des entreprises signataires, et ne devra pas contenir de dispositions relatives à un plan de sauvegarde de l'emploi, à la mobilité, à la préservation ou au développement de l'emploi, et aux instances représentatives du personnel au sein des entreprises.***

- ***Sur l'articulation entre les accords de groupe et les accords d'entreprise et d'établissement :***

### **Analyse :**

Les articles L. 2253-5 et 6 ont vocation à permettre que les dispositions d'un accord de groupe puissent se substituer aux stipulations de même objet d'un accord d'entreprise, d'établissement. L'article L. 2253-7 a été ajouté par la commission des affaires sociales pour doter du même effet les accords interentreprises. Et ce qu'ils s'agissent d'accords antérieurs comme postérieurs à l'accord de groupe !

Ainsi non seulement les accords de groupe ou interentreprises peuvent avoir le même effet qu'une révision ou une dénonciation des accords d'entreprise ou d'établissement, en étant négocié à un autre niveau, sans doute choisi opportunément par l'employeur pour contourner la représentativité d'organisations syndicales qui n'acceptent pas ses projets. Mais pire encore, la négociation de groupe ou interentreprises pourraient supprimer, à durée indéterminée, toute latitude à la négociation dans l'entreprise ou l'établissement sur tous les sujets traités à son niveau, puisque les accords de groupe ou interentreprises se substituent automatiquement même aux accords d'entreprise ou d'établissement signés postérieurement. C'est une véritable CONFISCATION du pouvoir de négociation des délégués syndicaux dans les entreprises.

Or le niveau du groupe n'assurera pas un meilleur rapport de force aux organisations syndicales puisque, les employeurs choisissant totalement librement le niveau auquel ils proposent de négocier, le niveau du groupe (ou interentreprises) ne sera choisi par les entreprises que dans la

mesure où le calcul de la représentativité à ce niveau aboutira à leur donner un meilleur espoir de signature de leurs projets.

En outre on imagine aisément, étant donné les enjeux, le contentieux potentiel à venir autour de la notion de « stipulations ayant le même objet », au regard des avantages que les salariés vont perdre dans leurs entreprises ou établissements, après avoir âprement lutté pour les obtenir. Peu importera l'origine des avantages que l'accord de groupe viendra réduire ou supprimer, qu'il s'agisse des raisons tenant à la spécificité des activités ou conditions de travail propres à ces entreprises, ou établissements, qui seront ainsi balayées. De même que les raisons pouvant venir d'un historique d'appartenance à un précédent groupe que le nouveau peut balayer d'un seul accord, y compris – car aucune limite n'a été prévue – en tenant en échec toute négociation de substitution dans le cadre d'une mise en cause d'accords à la suite d'une fusion absorption...

Ces nouvelles dispositions ont été assurément envisagées sans réflexion suffisante sur leurs impacts et doivent disparaître.

**Proposition :**

**Supprimer le projet de nouveaux articles L. 2253-5, L. 2253-6 et L. 2253-7**

**ARTICLE 17 : EXPERTS DU CHSCT**

**Analyse :**

Cet article modifie les règles relatives au recours à l'expert par un CHSCT en cas de projet important ou en cas de risque grave (possibilité prévue à l'article L.4614-12 du Code du travail), à la suite de la décision rendue par le Conseil constitutionnel le 27 novembre 2015, laquelle a abrogé partiellement les dispositions en vigueur à compter du 1er janvier 2017. **Que le projet de loi soit ou non maintenu dans sa globalité, il est donc nécessaire de légiférer sur ce point d'ici le 1er janvier 2017.**

Dans son propre commentaire de cette décision, le Conseil constitutionnel a précisé : *“Ce délai doit permettre au législateur de remédier à l'inconstitutionnalité constatée, en choisissant d'apporter celles des garanties qui lui sembleront les plus opportunes pour assurer une conciliation entre les différentes exigences constitutionnelles”*.

La censure est intervenue au motif que “la combinaison de l'absence d'effet suspensif du recours de l'employeur et de l'absence de délai d'examen de ce recours conduit, dans ces conditions, à ce que l'employeur soit privé de toute protection de son droit de propriété en dépit de l'exercice d'une voie de recours” (CC 27 novembre 2015, n°2015-500 QPC) . En d'autres termes, il est permis de remédier à l'inconstitutionnalité en imposant au juge de se prononcer dans un délai déterminé (tout en laissant à l'employeur la charge des travaux réalisés antérieurement à une éventuelle annulation).

Les exigences à concilier sont d'une part le droit des salariés à participer à la détermination collective de leurs conditions de travail et leur droit à la santé, d'autre part, le droit de propriété, le principe de la liberté d'entreprendre, le droit à un recours utile de l'employeur et enfin, le droit de propriété et le principe de la liberté d'entreprendre de l'expert. Ces principes de valeur constitutionnelle sont également protégés par des dispositions conventionnelles, internationales et européennes.

Or la rédaction envisagée dans le projet de loi ne répond pas à cette exigence de conciliation en ce qu'elle fait primer les droits de l'employeur sur ceux des salariés et de leur expert, d'une manière non proportionnée au but recherché.

En effet, jusqu'à présent, lorsque l'employeur conteste une expertise, la saisine du juge n'a pas d'effet suspensif et l'expert peut exécuter sa mission. En cas de projet important, la contestation de l'expertise n'a pas pour effet automatique de suspendre la procédure d'information et consultation et la mise en oeuvre du projet.

La Cour de cassation a jugé (y compris après la décision du Conseil constitutionnel) que même en cas d'annulation de la décision du CHSCT de recourir à un expert en appel, l'employeur doit payer à l'expert les honoraires correspondant aux prestations effectuées avant l'annulation, sauf abus de droit de la part du CHSCT ou de l'expert.

Ainsi, notamment en cas de risque grave, l'expert effectue son travail même si l'employeur conteste sa désignation, afin que les délais de la procédure judiciaire ne privent pas les salariés de leur droit à la santé.

De nombreuses juridictions avaient jugé que si l'employeur entendait contester l'expertise, il devait saisir le juge dans un délai raisonnable, mais la Cour de cassation a récemment jugé (le 17 février 2016) que *“l'action de l'employeur en contestation de l'expertise décidée par le CHSCT n'est soumise, en l'absence de texte spécifique, qu'au délai de prescription de droit commun de l'article 2224 du code civil”* (5 ans).

Le projet de loi dans sa version initiale ne fixe pas de délai à l'employeur pour saisir le juge. Il prévoit simplement que le juge saisi doit statuer dans le délai de 10 jours, en premier et dernier ressort (le second degré de juridiction que constitue l'appel est donc supprimé, sachant que, pour rappel, la Cour de cassation ne juge que le droit et non les faits d'espèce), sans préciser dans quel délai la Cour de cassation doit le cas échéant statuer.

Le projet de loi prévoit également que le recours de l'employeur suspend l'exécution de la décision du CHSCT ainsi que les délais dans lesquels ils sont consultés sur un projet important jusqu'à l'expiration du délai de pourvoi en cassation. Mais rien n'est prévu en cas d'expertise pour risque grave et puisque la Cour de cassation n'est soumise à aucun délai, la suspension peut encore durer longtemps.

Or la suspension de l'exécution de la décision du CHSCT signifie la suspension de l'expertise et donc potentiellement la mise en danger de la santé des salariés et ce, selon le texte, jusqu'à l'expiration du délai de pourvoi en cassation. De plus, la question du règlement des honoraires de l'expert pour la période courant entre la fin du délai de pourvoi et la date de décision n'est pas résolue par le texte.

Ne pas fixer de délai pour l'éventuelle contestation de l'employeur, c'est aussi soumettre l'expert à un aléa dissuasif, puisqu'à tout moment, pendant 5 ans, l'employeur peut théoriquement contester en justice le principe voire le coût de sa mission.

A noter que la Commission des Affaires sociales a adopté un amendement indispensable fixant un délai de 15 jours à l'employeur à compter de la délibération du CHSCT pour contester la nécessité de l'expertise, la désignation de l'expert, le devis, puis à nouveau 15 jours pour contester le coût final de l'expertise à compter de la date à laquelle l'employeur en a été informé. [Un tel délai doit impérativement être maintenu.](#)

Le projet de loi remet en cause par ailleurs la jurisprudence de la Cour de cassation en prévoyant que si la décision de recourir à un expert est annulée, les sommes perçues devront être remboursées par l'expert, sauf à ce que le Comité d'Entreprise décide de les prendre en charge.

Dans de nombreux domaines du droit, l'annulation d'un acte juridique conduit à restitution réciproque entre les parties, et au dédommagement de celui qui aurait exécuté l'acte par l'accomplissement d'une prestation impossible à restituer (droit de la construction, travail d'un salarié en situation irrégulière, annulation d'élections des représentants du personnel, etc.).

Prévoir que l'expert devra rembourser les sommes perçues ou ne pas être payé en cas d'annulation ne peut conduire qu'à deux situations : soit l'expert effectuera sa mission avec le risque de n'être jamais réglé ou dédommagé pour les travaux effectués - ce qui mettrait en cause sa propre liberté d'entreprendre et son droit de propriété -, soit il attend d'être certain que toutes les voies de recours soient épuisées, ce qui mettrait en cause le droit à la santé des salariés et leur droit à participer à la détermination collective de leurs conditions de travail.

En d'autres termes, surtout en cas de risque grave, le projet de loi ne permet pas d'éviter les stratégies dilatoires de certains employeurs - qui par ailleurs n'hésitent pourtant pas à payer des expertises très coûteuses dès lors qu'ils en contrôlent le contenu.

Enfin, le projet de loi prévoit que le comité d'entreprise puisse prendre en charge les frais de l'expert désigné par le CHSCT. Une telle disposition n'est pas acceptable, d'une part parce qu'elle tend à renforcer la confusion entre les instances représentatives du personnel, d'autre part parce que le budget du comité d'entreprise est extrêmement limité, que ces dernières années, son utilisation devient de plus en plus contrainte (obligation de faire appel à un commissaire aux comptes, obligation de prendre en charge une partie de l'expertise sur les orientations stratégiques etc.) sans pour autant que le taux de ce budget ne soit augmenté. Il est évident que de telles dispositions créent de grandes inégalités entre représentants du personnel selon la masse salariale de l'entreprise à laquelle ils appartiennent : les CHSCT associés à des comités d'entreprise "riches" pourraient ainsi multiplier les expertises là où les "pauvres" ne pourraient pas en bénéficier du tout.

### **Proposition :**

Voici une rédaction possible du texte, permettant de [concilier les différents droits de valeur constitutionnelle et conventionnelle](#) en question :

*I. - La section 4 du chapitre IV du titre Ier du livre VI de la quatrième partie du code du travail est ainsi modifiée :*

*1° L'article L. 4614-13 est modifié comme suit :*

*a) Le premier alinéa est supprimé ;*

*b) Au deuxième alinéa, les mots : « 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. Toutefois, » sont supprimés ;*

*c) Après le deuxième alinéa, sont insérés deux alinéas ainsi rédigés :*

*« Dans les autres cas, l'employeur qui entend contester la nécessité de l'expertise, la désignation de l'expert, l'étendue, le délai ou le coût de l'expertise saisit le juge judiciaire dans un délai de 15 jours à compter de la réunion au cours de laquelle la délibération de désignation de l'expert a été votée.*

*Lorsque la désignation de l'expert est prise en application de l'article L.4614-12-1°, le juge statue dans les dix jours suivant sa saisine, en première instance, en appel et devant la Cour de cassation. Les délais pour interjeter appel et former un pourvoi en cassation sont fixés à 8 jours. A défaut de décision rendue à l'issue de ces délais, la désignation de l'expert est réputée admise par le juge. Les travaux réalisés par l'expert antérieurement à l'annulation de la délibération du CHSCT sont, le cas échéant, à la charge de l'employeur.*

*Lorsque la désignation de l'expert est prise en application de l'article L.4614-12-2°, la 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, ainsi que les délais dans lesquels il est consulté en application de l'article L. 4612-8, jusqu'à ce qu'une décision définitive soit notifiée aux parties.»*

## **ARTICLE 18 : PRISE EN CHARGE PAR LE COMITÉ D'ENTREPRISE DE LA FORMATION DES REPRÉSENTANTS DU PERSONNEL**

### **Analyse :**

L'article 18 prévoit d'abord la possibilité pour le comité d'entreprise de financer la formation des délégués du personnel et des délégués syndicaux.

Or, par définition, le budget de fonctionnement du Comité d'Entreprise doit servir au fonctionnement du Comité d'Entreprise.

Jusqu'à présent, il est donc interdit d'utiliser ce budget au profit d'autres institutions représentatives du personnel dans l'entreprise.

Le projet est critiquable non seulement parce qu'il crée un trouble dans la distinction qui doit exister entre les différentes institutions représentatives du personnel et leurs missions, mais aussi parce qu'il n'est pas prévu d'augmenter le montant du budget de fonctionnement en conséquence.

L'article 18 prévoit également la possibilité pour les employeurs et les salariés ou leurs représentants de suivre des formations communes.

Or, prévoir des formations communes aux employeurs et aux salariés et leurs représentants n'a pas de sens : tout texte peut être interprété de manière différente et induire des stratégies visant à instaurer un rapport de force, en particulier dans la perspective de négociations. La démarche visant à procéder à des formations communes ne peut avoir pour finalité que d'augmenter le chiffre d'affaire des organismes qui dispenseraient ces formations, ou alors ce qui est pire de manipuler



les esprits des représentants du personnel (n'oublions pas que c'est l'employeur qui financerait le plus souvent ces formations) de telle sorte que les négociations se déroulent d'une manière aussi fluide que possible et avec des revendications syndicales modérées.

**Proposition :**

Suppression de cette mesure.

**ARTICLE 19 : REPRÉSENTATIVITÉ PATRONALE**

**Analyse :**

Les règles relatives à la représentativité patronale ont été fixées par la loi du 5 mars 2014 relatives à la formation professionnelle, à la suite de l'accord national interprofessionnel du 14 décembre 2013. Elles prévoient que la représentativité des organisations patronales dépend du nombre d'adhérents.

Cet état du droit conduit déjà à une certaine surreprésentation des grandes entreprises dans la mesure où leur taux d'adhésion à une organisation patronale est beaucoup plus important que celui des petites entreprises qui constituent pourtant le coeur de notre économie (PME, artisans, professions libérales, etc.)

A peine ces règles fixées, le MEDEF demande une pondération par le nombre de salariés (80 %) écrasant, de facto, la représentation de ces catégories d'employeurs. Ont publiquement pris position contre cette mesure, les artisans (UPA), les entrepreneurs sociaux (UDES), l'ensemble des organisations des professions libérales (CNPL et UNAPL).

Il est impératif de maintenir une véritable représentation des entreprises composant le maillage économique du pays en maintenant l'état du droit actuel.

Cet article a été supprimé par la Commission des affaires sociales.

**Proposition :**

Maintenir la suppression des modifications de l'article L.2152-4.

**ARTICLE 27 : UTILISATION DES OUTILS NUMÉRIQUES  
PAR LES INSTANCES REPRÉSENTATIVES DU PERSONNEL**

**Analyse :**

**Syndicat des Avocats de France**

34 rue Saint-Lazare 75009 PARIS - Tél. 01 42 82 01 26 [saforg@orange.fr](mailto:saforg@orange.fr) - [lesaf.org](http://lesaf.org)

La mise à disposition effective des nouvelles technologies est indispensable et ne doit plus dépendre du bon vouloir de l'employeur dans un accord. Il s'agit en particulier de pallier les situations fréquentes de salariés ne travaillant pas tous sur un même site, ou avec des travailleurs itinérants ou intervenants chez des clients. Trop d'entreprises n'autorisent pas les organisations syndicales à communiquer et cela empêche tout simplement les délégués syndicaux (ou représentants de section syndicale) d'exercer leurs mandats.

Du reste, cette problématique existe de la même manière pour les représentants du personnel élus.

Prévoir la possibilité de mettre à disposition des tracts sur un site syndical accessible à partir de l'intranet est utile, mais n'est pas suffisant :

- Si un tel intranet existe, en pratique, bien souvent, les salariés ne se connectent qu'occasionnellement ; il faut pouvoir les informer des modifications intervenues pour les inciter à le faire, par exemple lors de la mise en ligne d'un tract, en envoyant par mail le lien ou en définissant un autre moyen d'alerte.

- A défaut d'intranet, l'envoi de mail est indispensable.

Il faut prévoir des moyens identiques pour les élus, CE, CHSCT et DP.

Que ce soit pour le site intranet ou pour les échanges électroniques entre les organisations syndicales, élus et salariés, il faut les protéger par une confidentialité renforcée, ne permettant en aucun cas à l'employeur d'y accéder.

### **Proposition :**

#### **Art. L. 2142-6**

*“Une négociation doit être engagée sur simple demande d'une organisation syndicale, en vue de conclure un accord d'entreprise définissant les conditions et les modalités de diffusion des publications et tracts syndicaux 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 satisfaisant aux critères de respect des valeurs républicaines et d'indépendance, légalement constituée depuis au moins deux ans et dont le champ professionnel et géographique couvre celui de l'entreprise ou de l'établissement peuvent mettre à disposition des publications et tracts sur un site syndical accessible à partir de l'intranet de l'entreprise, lorsqu'il existe. **La page d'accueil de l'intranet et son arborescence feront clairement apparaître le lien vers les sites des organisations syndicales. Chaque organisation syndicale sera autorisée à alerter les salariés de ses nouvelles communications mises en ligne au minimum 12 fois par an, par mail adressant un lien ou par tout autre moyen similaire.***

*A défaut d'intranet mis en place, chaque organisation syndicale peut adresser aux salariés sur leur messagerie professionnelle un tract sous la forme de courriel à raison d'au minimum 12 envois*

**Syndicat des Avocats de France**

34 rue Saint-Lazare 75009 PARIS - Tél. 01 42 82 01 26 [saforg@orange.fr](mailto:saforg@orange.fr) - [lesaf.org](http://lesaf.org)

**autorisés par an.**

*L'utilisation par les organisations syndicales des outils numériques mis à leur disposition doit satisfaire l'ensemble des conditions suivantes :*

*1° Être compatible avec les exigences de bon fonctionnement du réseau informatique de l'entreprise;*

*2° Ne pas entraver l'accomplissement normal du travail ;*

*3° Préserver la liberté de choix des salariés d'accepter ou de refuser un message.*

***Les délégués syndicaux, représentants syndicaux, et représentants de section syndicale sont autorisés à communiquer avec les salariés via la messagerie professionnelle dans le cadre de leurs mandats. Une adresse spécifique est mise à leur disposition à cet effet, permettant d'identifier leur mandat et leur organisation syndicale. Tout élément envoyé ou réceptionné par cette adresse est garanti par la plus stricte confidentialité.***

***L'entreprise s'assure que tout salarié dispose d'une messagerie électronique et d'un accès à l'intranet de l'entreprise, s'il en existe un."***

Prévoir des dispositions similaires pour le comité d'entreprise et le CHSCT, ainsi que les DP.

## **ARTICLE 28 : INFORMATION DES EMPLOYEURS PAR L'ADMINISTRATION**

### **Analyse :**

Le dispositif prévu par le projet de loi afin de faciliter l'accès au droit des entreprises de moins de 300 salariés conduit à créer une inégalité flagrante entre employeurs et salariés.

Pour rappel, selon le site "service-public.fr", l'inspecteur du travail a notamment pour rôle de "conseiller et informer les salariés, les représentants du personnel et les employeurs sur leurs droits et leurs obligations".

Il existe donc déjà un service public de renseignement à l'intention des employeurs, qui se trouve être le même que celui en place pour les salariés.

Aucune règle n'est fixée par le Code du travail concernant les modalités de cette mission des inspecteurs du travail, notamment en termes de délais.

Or les services de l'Inspection du travail sont totalement submergés par la demande et il leur est de plus en plus difficile de remplir cette mission, dans la mesure où leurs effectifs n'ont cessé de diminuer depuis 2010. Les salles d'attente sont pleines, les inspecteurs du travail ne peuvent pas répondre au téléphone, n'ont souvent pas le temps de lire leurs mails...

**Syndicat des Avocats de France**

34 rue Saint-Lazare 75009 PARIS - Tél. 01 42 82 01 26 [saforg@orange.fr](mailto:saforg@orange.fr) - [lesaf.org](http://lesaf.org)

Dès lors, prévoir dans la loi que les employeurs des entreprises de moins de 300 salariés bénéficient de droits particuliers d'accès aux droits sans prévoir l'équivalent pour les salariés, dont le droit "d'obtenir une information précise et délivrée dans un délai raisonnable" - même si le délai raisonnable n'est pas déterminé - est inadmissible, d'autant que ce droit porte y compris sur les questions relatives à l'application des accords collectifs, c'est-à-dire des accords signés par ces entreprises elles-mêmes.

L'amendement proposé par la commission selon lequel "le documents formalisant la prise de position de l'administration peut être produit par l'entreprise en cas de contentieux pour attester de sa bonne foi" est non seulement inutile puisque c'était déjà le cas avec les documents émanant de l'inspection du travail, mais cela traduit encore une fois cette volonté de sécuriser à tout prix l'employeur dans le cadre des contentieux, au détriment des salariés.

L'accès au droit, en droit du travail, est assuré par l'inspection du travail, par les organisations syndicales d'employeurs et de salariés, par les avocats.

Mettre en place de tels moyens renforcés d'accès au droit pour les entreprises et non pour les salariés pose gravement question : il n'est pas normal que le contribuable paye pour un service exclusivement à destination des employeurs, fussent-ils TPE-PME, alors que les salariés ont le plus grand mal à obtenir des conseils.

Les entreprises peuvent interroger leurs organisations syndicales tout comme les salariés, elles récupèrent la TVA lorsqu'elles font appel à un avocat, ce qui n'est pas le cas des salariés (et rappelons que les honoraires d'avocats sont soumis à une TVA de 20%...).

De plus, la commission a proposé un amendement qui formalise le fait qu'il s'agirait d'un véritable nouveau service d'accès au droit, réservé aux employeurs, tout en précisant que ce service serait "associé" aux représentants des organisations syndicales d'employeurs et aux chambres consulaires, mais qui ne précise pas comment ce service serait financé. Il convient d'espérer que cela ne reviendrait pas à financer indirectement pour partie les organisations syndicales d'employeurs...

En tout état de cause, il vaudrait mieux redonner aux inspections du travail de véritables moyens (notamment en effectifs) plutôt que favoriser de manière aussi manifeste les entreprises plutôt que les salariés.

### **Proposition :**

Cet article doit être supprimé. Des moyens supplémentaires doivent être donnés à l'Inspection du travail.

## **ARTICLE 29 : NÉGOCIATION DE BRANCHE ET ADAPTATION UNILATÉRALE PAR L'EMPLOYEUR PME**

**Syndicat des Avocats de France**

34 rue Saint-Lazare 75009 PARIS - Tél. 01 42 82 01 26 [saforg@orange.fr](mailto:saforg@orange.fr) - [lesaf.org](http://lesaf.org)

### **Analyse :**

Le dispositif consistant à permettre aux branches de définir des accords types à destination des entreprises de moins de 50 salariés paraît plus judicieuse et sécurisante que la voie aléatoire des accords soumis à la validation des commissions de branche, dont le silence vaut validation au bout de 4 mois dans le projet actuel - cf. nos commentaires sur le 3ème alinéa que l'article 9 du projet de Loi veut ajouter à l'article L. 2232-22. Mais il est indispensable de souligner que les "choix" retenus par l'employeur pour son entreprise doivent respecter l'équilibre d'ensemble de chaque dispositif optionnel défini par l'accord de branche.

### **Proposition :**

#### **Amendement AS957 modifié et complété :**

*L'employeur peut appliquer cet accord type au moyen d'un document unilatéral indiquant les choix qu'il a retenus, dans le respect de l'équilibre de chacune des options définies par l'accord de branche, sans pouvoir retrancher de dispositions ni opérer de combinaisons non prévues entre les différentes options.*

*L'employeur communique ce document unilatéral, préalablement à son application, d'une part aux salariés concernés, et d'autre part la commission paritaire régionale de branche ou, défaut, la commission paritaire régionale interprofessionnelle.*

## **ARTICLE 30 : LICENCIEMENT POUR MOTIF ÉCONOMIQUE**

### **Analyse :**

- ***Sur la définition du motif économique :***

Les modifications apportées à l'article L 1233-3 du Code du travail sont présentées par le Gouvernement comme étant de nature à mieux encadrer les conditions dans lesquelles interviendront les licenciements pour motif économique.

Dans la réalité ces nouvelles dispositions remettent en question toute la construction jurisprudentielle en la matière. De plus, elles conduisent à rendre plus difficile et complexe l'office du juge et à réduire le rôle de ce dernier.

Elles ne sont en tout état de cause pas de nature à limiter les risques de licenciement abusif, ni à remplir l'objectif prétendu de diminuer le chômage, bien au contraire.

Tout d’abord, le projet de texte liste les causes économiques possibles de manière non limitative : le terme “*notamment*” qui avait conduit la jurisprudence à élaborer la notion de “réorganisation nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité” est maintenu, en sorte que d’autres motifs que les difficultés économiques, les mutations technologiques, la réorganisation nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité, ou la cessation d’activité de l’entreprise pourraient encore être invoquées à l’avenir; ce qui est inacceptable.

De plus, la cessation d’activité de l’entreprise ne devrait pas constituer automatiquement une cause économique de licenciement. Pour rappel, la Cour de cassation a déjà jugé que : *“la baisse d'activité de la société K-DIS était imputable à des décisions du groupe, qu'elle ne connaissait pas de difficultés économiques, mais qu'elle obtenait au contraire de bons résultats, que n'étant pas un distributeur indépendant, elle bénéficiait fort logiquement de conditions préférentielles d'achat auprès du groupe, dont elle était la filiale à 100 % à travers une société holding et que la décision de fermeture a été prise par le groupe, non pas pour sauvegarder sa compétitivité, mais afin de réaliser des économies et d'améliorer sa propre rentabilité, au détriment de la stabilité de l'emploi dans l'entreprise concernée ; qu'elle [la Cour d'appel] a pu en déduire que l'employeur avait agi avec une légèreté blâmable et que les licenciements étaient dépourvus de cause réelle et sérieuse”* (Cass. soc. 1er février 2011 n° 10-30.045 (n° 334 F-PB), Sté Goodyear Dunlop Tires France c/ Cosson.)

De même, après avoir dressé une liste de critères caractérisant “automatiquement” des difficultés économiques- ce qui limite les possibilités de contrôle du juge-, le texte ouvre la porte à l’introduction d’autres critères sans aucune précision, à travers la formule “*soit par tout élément de nature à justifier de ces difficultés*”.

Ainsi, il y aurait des difficultés économiques consacrées dans la loi mécaniquement justifiées par le constat purement comptable de certains critères s’imposant au juge et d’autres justifiées par des “éléments” laissés à la libre appréciation du juge.

Cette situation est de nature à rendre encore plus complexe l’office du juge.

Ensuite, les critères présentés comme “caractérisant” des difficultés économiques ne suffisent pas à établir le caractère « réel et sérieux » du motif, rappelé dans le rapport BADINTER et surtout dans la convention n°158 de l’OIT (article 4, lequel exige un “motif valable”).

En effet, la baisse des commandes, du chiffre d’affaires, les pertes d’exploitation ou la dégradation de la trésorerie sont des éléments qui peuvent être aisément construits par la gestion comptable des indicateurs (provisions, reports, assèchements des commandes d’une filiale, renchérissement des coûts des matières premières par un fournisseur voire par le groupe, détermination des prix de transferts internes au groupe défavorables à la filiale, etc).

A noter que la commission a ajouté un autre indicateur, à savoir une baisse de “l’excédent brut d’exploitation”. Comme les précédents, celui-ci peut être géré de façon comptable afin de faire

apparaître une baisse sans que cela traduise l'existence de difficultés économiques réelles et surtout durables.

Il est donc impératif que l'appréciation du motif économique invoqué par l'employeur ne soit pas mécanique, effectuée selon des critères relevant de la technique comptable - de surcroît non cumulatifs selon l'amendement de la Commission.

Cette appréciation doit être menée au cas par cas, au regard de la situation économique globale de l'entreprise. En clair, on ne peut pas lister des critères par avance afin que la notion de motif réel et sérieux garde un sens.

- ***Sur la définition de la période d'appréciation des difficultés économiques :***

La fixation par la loi de la période d'appréciation des difficultés économiques risque de ne correspondre à aucune réalité. Les commandes, leur facturation, leur règlement, les factures de fournisseurs, les investissements décidés etc. n'interviennent pas systématiquement à la même période ; la vie de l'entreprise varie, selon son activité, selon son caractère cyclique ou non etc.

Les indicateurs économiques de l'entreprise varient dans l'année et d'une année sur l'autre. La baisse de l'un d'entre eux peut résulter d'un événement passager, non rapporté à la situation réelle de l'entreprise.

C'est pourquoi fixer de manière figée la période d'appréciation n'a pas de sens. Et la comparaison avec la même période de l'année précédente est inopérante : au minimum faudrait-il une appréciation comparée sur plusieurs années (au moins trois).

De plus, la fixation de ces périodes d'appréciation, que ce soit dans la version du texte telle que présentée à l'Assemblée Nationale ou dans la rédaction issue de la commission, est particulièrement contestable.

Selon le texte tel que présentée à l'Assemblée Nationale, la baisse des commandes ou du chiffre d'affaire devraient être constatées *"pendant plusieurs trimestres consécutifs en comparaison avec la même période de l'année précédente"* tandis que les pertes d'exploitation devraient être constatées simplement *"pendant plusieurs mois"* et l'importante dégradation de la trésorerie sans durée particulière.

Cette différenciation de la durée du constat en fonction de l'indicateur n'est justifiée par aucune logique économique ou comptable.

La commission a maintenu cette différenciation de la durée d'appréciation du motif en fonction de l'indicateur en cause puisque la durée d'appréciation n'est prévue que pour les baisses des commandes ou du chiffre d'affaires.

Elle a surtout introduit une différenciation en fonction de la taille de l'entreprise, tout en maintenant la notion de *“en comparaison avec la même période de l'année précédente”* déjà critiquée plus haut.

Or, le nombre de salariés de l'entreprise est sans lien avec la vitesse d'évolution de ses indicateurs économiques. En effet, d'une part, une entreprise même *“petite”* peut appartenir à un groupe plus important, voire résulter d'un morcellement volontaire de l'entreprise par filialisations successives. D'autre part, il est probable que les commandes ou le chiffre d'affaire soit plus fluctuant au cours d'une année dans une petite entreprise que dans une grande. Ainsi la chance d'avoir un niveau de commandes ou de chiffre d'affaires identique à celui de l'année précédente au cours de la même période est infime et le salarié aura donc le plus grand mal à contester son licenciement.

Seul point positif : la commission a ajouté la condition que la baisse des commandes ou du chiffre d'affaires soit *“significative”*. Mais cette condition n'a pas été insérée pour les autres indicateurs, comme la trésorerie...

- ***Sur la définition du périmètre d'appréciation du motif économique :***

Le projet prévoit que la réalité du motif économique s'apprécie au regard des seules entreprises situées en France.

Une telle restriction est directement contraire à l'exigence d'un motif réel et sérieux et constitue une remise en cause de la jurisprudence constante depuis 1995 (arrêt Thomson Videocolor, Cass. Soc. 5 avril 1995 n°93-42690) !

Elle permet en effet toutes les formes possibles de manipulation des comptes lorsque l'entreprise appartient à un groupe international.

Si on prend en compte l'intégration des entreprises, il suffira à une « maison mère » d'assécher artificiellement une filiale, que ce soit par des restrictions de commandes, par la fixation de prix des fournitures désavantageux pour la filiale ou par tout autre moyen, pour que les indicateurs comptables permettent de justifier de « difficultés économiques ».

Réduire le périmètre d'appréciation du motif économique aux entreprises situées sur le territoire français appartenant au secteur d'activité du groupe auquel appartient l'entreprise permet d'écarter toute responsabilité des groupes internationaux, d'autant que ceux-ci n'appliquent aucune transparence quant aux flux internes, par exemple les prix de transferts ou les prestations internes, qui peuvent conduire à priver les entreprises françaises de tout bénéfice voire de les rendre déficitaires – intérêt fiscal et désormais social également. A noter que l'absence de proportionnalité des mesures d'accompagnement du PSE en cas de procédure collective depuis la Loi Macron va dans le même sens de déresponsabilisation des groupes internationaux.



Certains ont proposé d'amender le texte pour élargir le périmètre d'appréciation de la France à l'Europe. Cela ne serait pas davantage pertinent et permettrait tout autant aux groupes internationaux de justifier artificiellement les licenciements économiques. Du reste, l'affaire Heinz montre qu'un tel amendement ne ferait que répondre aux souhaits du MEDEF (CE 22 juillet 2015, n° 385816).

L'alinéa ajouté entre l'avant-projet de loi initial et le projet de loi, selon lequel « *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* » qui prétend rassurer les salariés n'est pas du tout de nature à faire obstacle à des licenciements abusifs et à des dérives.

Tout d'abord, créer artificiellement des difficultés économiques relève de la fraude. Non seulement prévoir que la fraude prive le licenciement de cause réelle et sérieuse n'est pas utile, parce que c'est une évidence, mais ce n'est même pas suffisant : la fraude devrait entraîner la nullité du licenciement.

Ensuite, tel que rédigé, cet alinéa suppose que le salarié, déjà licencié, saisisse le Conseil de prud'hommes et trouve le moyen de prouver la volonté de l'employeur de « créer artificiellement ces difficultés ».

Mais d'une part des artifices peuvent exister sans pour autant relever d'une « création artificielle » et donc d'une volonté de l'employeur qui apparaîtrait clairement. D'autre part, les représentants du personnel (par exemple les membres du comité d'entreprise consultés à l'occasion d'un plan de sauvegarde de l'emploi) ont eux-mêmes souvent le plus grand mal à obtenir des informations sur la situation économique réelle de l'entreprise, sans parler du groupe lorsque l'entreprise appartient à un groupe.

Il sera encore plus difficile aux salariés, individuellement, de faire la démonstration de cette volonté de l'employeur de créer artificiellement des difficultés économiques.

Cet alinéa ne renforce donc en rien la protection des salariés contre les licenciements abusifs.

### **Proposition :**

## **SUPPRESSION DE L'ARTICLE TEL QU'IL FIGURE DANS LE PROJET**

### **Autres modifications possibles du texte actuel :**

#### **Article L1233-3 :**

*“Constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation ~~d'emploi de poste~~ ou d'une modification, ~~refusée par le salarié,~~ d'un élément*

essentiel du contrat de travail, consécutives *notamment* à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques ou à la nécessité de réorganiser l'entreprise pour sauvegarder la compétitivité.

Les dispositions du présent chapitre sont applicables à toute rupture du contrat de travail à l'exclusion de la rupture conventionnelle visée aux articles L. 1237-11 et suivants, résultant de l'une des causes énoncées au premier alinéa.”

### **ARTICLE 31 : Ratification de l'ordonnance sur le rescrit administratif**

#### **Analyse :**

Le gouvernement entend ici faire ratifier l'ordonnance n° 2015-1628 du 10 décembre 2015 relative aux garanties consistant en une prise de position formelle, opposable à l'administration, sur l'application d'une norme à la situation de fait ou au projet du demandeur, prise sur habilitation par l'article 9 de la Loi n° 2014-1545 du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises.

#### ● **Sur le statut juridique de cette ordonnance :**

On rappellera selon l'article 38 de la Constitution « les ordonnances (...) entrent en vigueur dès leur publication mais deviennent caduques si le projet de loi de ratification n'est pas déposé devant le Parlement avant la date fixée par la loi d'habilitation ».

La loi d'habilitation prévoyait, en son article 58 que « les ordonnances prévues aux articles 9 et 10 sont prises dans un délai de douze mois à compter de la promulgation de la présente loi. »

La loi d'habilitation ayant été promulguée le 20 décembre 2014, le Gouvernement avait jusqu'au 20 décembre 2015 pour déposer un projet de loi de ratification. Il ne semble pas que cela soit le cas et cette ordonnance serait donc caduque...ce qui signifie qu'elle a cessé de produire ses effets en tant qu'acte administratif depuis le 20 décembre 2015.

La jurisprudence du Conseil d'État est formelle sur ce point :

*« Considérant qu'aux termes du deuxième alinéa de l'article 38 de la Constitution : «Les ordonnances sont prises en Conseil des Ministres après avis du Conseil d'État. Elles entrent en vigueur dès leur publication mais deviennent caduques si le projet de loi de ratification n'est pas déposé devant le Parlement avant la date fixée par la loi d'habilitation» (CE -Sous-sections 10 et 9 réunies- 2 Avril 2003- N° 246748 – publié au recueil)*

Quelles conséquences ?

Selon le Conseil d'État :

*« Considérant qu'il résulte de ces dispositions que si une ordonnance prise sur le fondement de*

*l'article 38 de la Constitution conserve, aussi longtemps que le Parlement ne l'a pas ratifiée expressément ou de manière implicite, le caractère d'un acte administratif, celles de ses dispositions qui relèvent du domaine de la loi ne peuvent plus, après l'expiration du délai de l'habilitation conférée au gouvernement, être modifiées ou abrogées que par le législateur ou sur le fondement d'une nouvelle habilitation qui serait donnée au gouvernement » (CE -11 décembre 2006 - N° 279517- Publié au recueil Lebon)*

En d'autres termes, l'ordonnance a la valeur d'un acte administratif susceptible d'être déféré au Conseil d'État.

Pour les mêmes raisons, on peut s'interroger sur le caractère constitutionnel d'une ratification intervenue après l'expiration du délai...

- **Sur les effets de cette ordonnance sur le code du travail :**

Ceux-ci sont fixés par l'article 5 de ladite ordonnance qui prévoit l'insertion d'un article L.2242-9-1 dans le code du travail.

Les 1° et 2° de l'article L.2242-9-1 instaurent une procédure de rescrit consistant à permettre à une entreprise de demander à l'administration du travail une prise de position formelle quant à la conformité de son accord ou, à défaut d'accord, de son plan d'action relatif à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes.

Il s'agit pour l'employeur de se prémunir contre une éventuelle sanction en l'assurant qu'il remplit bien les conditions posées par les textes étant rappelé qu'une pénalité pouvant aller jusqu'à 1 % de la masse salariale est encourue lorsqu'une entreprise de plus de 50 salariés manque à ses obligations en matière d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes.

Sur la portée du rescrit, deux situations sont à distinguer :

- lorsque l'entreprise est couverte par un accord collectif, la réponse établissant sa conformité lie l'autorité administrative pour l'application de la pénalité financière pendant la période comprise entre la date de réception de la réponse par l'employeur et le terme de la première année suivant la conclusion de l'accord, ou le terme de la période résultant de l'accord lorsque la périodicité a été négociée dans l'accord ;
- lorsque l'entreprise est couverte par un plan d'action, la réponse établissant la conformité lie l'autorité administrative pour l'application de la pénalité pendant la période comprise entre la date de réception de la réponse par l'employeur et le terme de la première année suivant le dépôt du plan d'action.

Le silence gardé par l'administration à la demande de l'employeur, à l'issue d'un délai qui sera fixé par décret, vaut décision de rejet.

Cette procédure doit, selon l'ordonnance, s'appliquer aux accords et plans d'action déposés à

compter du 1er janvier 2016.

Le 3° de l'article L.2242-9-1 instaure un rescrit permettant à l'entreprise de s'assurer du respect de son obligation d'emploi de travailleurs handicapés (OETH).

L'objectif est, là aussi, de se prémunir contre une éventuelle sanction administrative.

En pratique, à compter du 1er janvier 2016 les employeurs se verront offrir la possibilité de sonder l'AGEFIPH sur l'application à leur situation de la législation relative à l'effectif d'assujettissement à l'OETH, ainsi que sur la mise en oeuvre, les modalités d'acquittement et les bénéficiaires de l'obligation d'emploi.

La décision de l'AGEFIPH ne s'appliquera qu'à l'employeur demandeur. Elle sera opposable à l'AGEFIPH pour l'avenir, tant que la situation de fait exposée dans la demande ou la législation au regard de laquelle elle a été appréciée n'ont pas été modifiées.

Aucune pénalité ne pourra être prononcée sur le fondement d'une prise de position différente de celle donnée dans la réponse à l'employeur, à compter de la date de notification de celle-ci.

En d'autres termes, ces dispositions s'inscrivent pleinement dans l'objectif de **sécurisation des employeurs**.

#### **Proposition :**

**Suppression du texte.**

### **ARTICLE 38 : PORTAGE SALARIAL**

#### **Analyse :**

En dehors de l'adjonction d'un dispositif pénal, il s'agit principalement de ratifier l'ordonnance du 2 avril 2015 relative au portage salarial, qui figure d'ores et déjà dans le code du travail sous les articles L 1254-1 et suivants.

Cette ordonnance fut saluée par Laurent Carrié, avocat au barreau de Paris, avocat associé, cabinet Deprez Guignot & Associés par un article dont le titre suffit à résumer la philosophie : « **Le portage salarial définitivement sécurisé** » (La Semaine Juridique Social n° 21, 26 Mai 2015, 1176)

Selon lui : « *L'ordonnance n° 2015-380 du 2 avril 2015 relative au portage salarial a été publiée au Journal officiel le 3 avril 2015. Très attendu par les professionnels du secteur, notamment le syndicat des professionnels de l'emploi en portage salarial (PEPS) qui y a contribué, ce texte vient « sécuriser » durablement cette activité dont l'intérêt n'est plus à démontrer. Le portage salarial répond en effet depuis plus de 30 ans à un besoin social jamais démenti si l'on en juge par la croissance de ce*

**Syndicat des Avocats de France**

34 rue Saint-Lazare 75009 PARIS - Tél. 01 42 82 01 26 [saforg@orange.fr](mailto:saforg@orange.fr) - [lesaf.org](http://lesaf.org)

*marché. Il s'inscrit par ailleurs dans une évolution des formes d'emploi liées aux changements dans la structure de l'emploi et aux modifications de comportement des acteurs. Il est enfin conforme à la stratégie de « flexicurité » de la Commission européenne fixée depuis 2007. »*

Où l'on retrouve l'objectif de sécurisation à sens unique puisque cette activité s'était développée en marge du code du travail et avait donné lieu à plusieurs arrêts de la Cour de cassation portant sur la requalification en contrat de travail de ce type de relation. On citera à titre d'exemple un arrêt rendu quelques semaines avant la promulgation de l'ordonnance :

*« Attendu que pour rejeter son contredit et le renvoyer devant le tribunal de commerce, l'arrêt retient, d'une part, que les pièces qu'il produisait n'établissaient pas l'existence d'un lien de subordination et d'autre part, que l'intéressé avait refusé d'assister à une foire exposition du vendredi 15 octobre et qu'un tel refus ainsi que les factures de services adressées à la société établissaient qu'il n'était en aucun cas lié par un contrat de travail ;*

*Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que l'intéressé avait travaillé dans le respect d'un planning quotidien précis établi par la société Languedoc géothermie, qu'il était tenu d'assister à des entretiens individuels et à des réunions commerciales, que la société Languedoc géothermie lui avait assigné des objectifs de chiffre d'affaires annuel et qu'il lui était imposé, en des termes acerbes et critiques, de passer les ventes selon une procédure déterminée sous peine que celles-ci soient refusées, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences de ses propres constatations, a violé le texte susvisé ; »*

(Cass. Soc. 6 mai 2015 N° de pourvoi: 13-27535)

On aura compris qu'il s'agit donc de **sécuriser une entreprise d'extraction de la sphère du contrat de travail de personnes qui devraient en relever.**

Outre le champ très large couvert par les notions (au demeurant non définies) d'expertise, de qualification et d'autonomie, on relèvera le dernier alinéa qui vise à annihiler la jurisprudence de la Cour de cassation (Cass. soc., 17 févr. 2010 n° 08-40671 ; Cass. soc., 4 févr. 2015, n° 13-25.627).

### **Proposition :**

**Suppression de l'article.**

## **ARTICLE 41 (PSE avant transfert d'activité)**

### **Analyse :**

L'article L.1224-1 suppose, selon une jurisprudence constante de la Cour de cassation, le transfert d'une entité économique autonome, dont l'activité est poursuivie ou reprise, avec maintien de son

identité.

Cet article interdit les licenciements effectués dans le cadre du transfert par l'entreprise cédante (Cass. soc., 9 avril 2002, n° 00-41.958) tout comme les licenciements effectués par l'entreprise cessionnaire : le transfert des contrats de travail s'imposent selon la jurisprudence à toutes les parties, employeur cédant, employeur cessionnaire et salarié. Il s'agit d'une disposition jugée d'ordre public visant à préserver l'emploi.

Le projet de loi permettrait au contraire au cédant, à la demande du repreneur, de licencier des salariés qui auraient dû être transférés et ainsi de faire échec à une disposition d'ordre public.

Il n'est pas acceptable de permettre au cédant et au cessionnaire de "faire leur marché" sur le dos des salariés avant la cession.

Si la totalité des salariés ne sont pas transférés, c'est qu'il n'existait pas d'entité économique autonome puisqu'elle peut être "explosé" (ou morcelée), auquel cas, l'article L.1224-1 n'aurait pas vocation à s'appliquer et notamment ne s'imposerait pas aux salariés.

### **Proposition :**

### **Supprimer cet article**

## **ARTICLE 44 : MÉDECINE DU TRAVAIL ET INAPTITUDE**

Les éléments évoqués ci-après se retrouvent en plusieurs endroits du projet de loi (inaptitude non professionnelle, inaptitude professionnelle, etc). Les remarques formulées valent pour les différentes occurrences.

- *Visite médicale avant la reprise*

### **Analyse :**

La rédaction prévoit de modifier la rédaction du premier alinéa de l'article L.1226-2 d'une manière qui laisse supposer que le médecin du travail pourrait être amené à se prononcer sur l'aptitude du salarié avant la fin de la suspension de son contrat de travail... donc alors qu'il est encore placé en arrêt de travail.

Aujourd'hui, il est possible pour le salarié de solliciter une visite de pré-reprise, mais cette visite ne vise qu'à préparer son retour et engager les réflexions sur les possibilités d'adaptation de son poste à son état de santé, elle ne préjuge pas de l'aptitude ou de l'inaptitude du salarié.

Si une véritable visite de reprise est possible en cours d'arrêt maladie, est-ce à dire que l'employeur pourrait procéder au licenciement du salarié pour inaptitude et impossibilité de reclassement alors

même que son état de santé nécessitait encore un arrêt de travail... En pareil cas, l'inaptitude serait acquise puisque le salarié n'a pas bénéficié du repos nécessaire à sa guérison.

Ces dispositions visent donc à faciliter les licenciements pour inaptitude, en contournant la contrainte jurisprudentielle, pendant l'arrêt maladie de ne pouvoir licencier le salarié malade qu'en raison des dysfonctionnements dus à son absence et à la nécessité de pourvoir durablement à son remplacement.

Conséquences :

- Faciliter les licenciements pour inaptitude à l'initiative de l'employeur pendant la période d'arrêt maladie ;
- Cesser le versement des indemnités journalières.

### **Proposition :**

**Article L.1226-2: suppression des ajouts proposés (laisser le texte dans sa rédaction actuelle)**

- ***Distinction entre les notions d'aptitude et de capacité :***

### **Analyse :**

Actuellement, le droit distingue "l'aptitude", notion médicale confiée à l'appréciation du médecin du travail, de la "capacité", notion intégrant également les compétences professionnelles du salarié, laissée à l'appréciation de l'employeur sous le contrôle du juge.

Le projet de loi prévoit de remplacer les mots "l'aptitude" par les mots "la capacité" : "b) Au deuxième alinéa, après les mots : « prend en compte », sont insérés les mots : « après avis des délégués du personnel, » et les mots : « l'aptitude » sont remplacés par les mots : « la capacité » ».

Cette modification pose la question de savoir si le médecin aurait désormais à prendre en compte les compétences du salarié (ce qu'il n'est pas en mesure de faire). Le maintien de la formulation en l'état éviterait une telle incertitude.

Cette problématique se retrouve dans la suite de l'article.

### **Proposition :**

**Supprimer le remplacement du mot inaptitude par le mot capacité.**

- ***Indications du médecin sur la capacité du salarié à bénéficier d'une formation :***

### **Analyse :**

Le projet de loi limite aux seules les entreprises d'au moins 50 salariés le bénéfice de l'éclairage du médecin du travail sur les possibilités de formation pour occuper un poste adapté.

Or rien ne justifie une différence sur ce point en fonction de la taille de l'entreprise.

### **Proposition :**

**Supprimer "dans les entreprises d'au moins cinquante salariés".**

- ***Reclassement du salarié inapte :***

### **Analyse :**

Selon la législation en vigueur, l'employeur, avant de reclasser le salarié a l'obligation de lui proposer tous les postes susceptibles de lui convenir.

Selon le projet, l'obligation de l'employeur de reclasser le salarié se limiterait à l'obligation de lui proposer un seul poste (et non tous les postes disponibles) et le refus d'une seule proposition de poste justifierait désormais le licenciement du salarié inapte, ce même si d'autres postes sont disponibles, ce qui est inacceptable. Il ne s'agit plus d'une obligation de reclasser mais d'une obligation de proposer un seul poste.

Par ailleurs, alors que la loi REBSAMEN du 17 août 2015 avait déjà élargi la possibilité de rompre le contrat de travail du salarié inapte aux cas où le médecin déclare expressément que "tout maintien du salarié dans l'entreprise serait gravement préjudiciable à sa santé" (article L.1226-12), le projet élargit la possibilité de rupture aux cas où le Médecin du travail mentionner que l'état de santé du salarié ferait "*obstacle à tout reclassement dans l'entreprise*".

Ces dispositions visent donc à restreindre l'obligation de reclasser et visent donc à faciliter le licenciement et non à préserver l'emploi d'un salarié qui a des problèmes de santé (et dont la faculté de retrouver un emploi est donc compromise).

### **Proposition :**

#### **Article L. 1226-2-1 (modification alinéa 2):**

*« L'employeur ne peut rompre le contrat de travail que s'il justifie de son impossibilité de proposer un emploi dans les conditions prévues à l'article L.1226-2, soit du refus par le salarié de l'emploi*



*proposé dans ces conditions soit de la mention expresse dans l'avis du médecin du travail que tout maintien du salarié dans l'entreprise serait gravement préjudiciable à sa santé».*

**Article L. 1226-2-1 (modification avant dernier alinéa):**

*“L’obligation de reclassement est réputée satisfaite lorsque l’employeur a proposé, dans les conditions prévues à l’article L.1226-2, les postes prenant en compte l’avis et les indications du médecin du travail”*

**Article L.1226-12:**

Suppression du rajout proposé au 2ème alinéa.

Suppression de l’insertion de l’alinéa 3 proposé par le projet.

**Article L.1226-20:**

Suppression du rajout proposé au 2ème alinéa.

- *Suivi médical des salariés :*

**Analyse :**

Le projet de loi prévoit que la visite médicale d’embauche ne serait plus nécessairement réalisée par un médecin du travail et la limite à une visite “d’information et de prévention” (article L4624-1).

De plus, alors qu’aujourd’hui, la loi prévoit que tout salarié doit bénéficier d’un examen médical tous les 24 mois afin de s’assurer du maintien de son aptitude à son poste, le projet de loi supprime la notion de visite médicale périodique obligatoire.

En effet, le texte indique seulement : *“les modalités et la périodicité de ce suivi prennent en compte les conditions de travail, l’état de santé et l’âge du travailleur, ainsi que les risques professionnels auxquels il est exposé”*, mais ne précise pas par qui ni à quel moment sont décidées quelles sont les modalités et la périodicité du suivi médical du salarié, ce qui pose d’autant plus question que potentiellement, comme vu plus haut, le salarié n’aurait plus de véritable visite médicale d’embauche.

Cette mise en cause du suivi médical des salariés est particulièrement grave : non seulement elle est de nature à porter atteinte au droit à la santé des salariés, mais elle pourrait également avoir des effets néfastes sur la santé publique, dans la mesure où les visites médicales ont un rôle préventif (permettaient notamment parfois de détecter des maladies contagieuses et donc de limiter les risques d’épidémies).

L’élaboration d’un rapport annuel d’activité disparaît également dans le projet de loi. C’est particulièrement grave: il s’agit pourtant d’un outil précieux pour les institutions représentatives du

personnel et notamment le CHSCT pour alerter en cas de constatation d'une aggravation des indicateurs mentionnés dans le rapport (augmentation du nombre de visites, augmentation du nombre d'accidents du travail...). Il est essentiel pour que l'employeur prenne les mesures nécessaires.

Il n'est pas contestable qu'il soit nécessaire aujourd'hui de renforcer les moyens des médecins du travail et ajouter du personnel médical au sein des services de la médecine du travail, comme une équipe pluridisciplinaire, n'est pas une mauvaise idée en soi.

Mais, réduire le nombre de visites médicales, remplacer les visites médicales ou les études de poste effectuées par des médecins par des visites menées par des professionnels de santé moins qualifiés (donc moins onéreux pour les employeurs), supprimer le rapport annuel de santé etc., ce n'est pas renforcer les moyens des médecins du travail, c'est simplement réduire l'obligation de prévention des risques sur la santé des salarié.

### **Proposition :**

#### **Article L.4624-1**

Modification alinéa 2.

*“Ce suivi comprend une visite d'information et de prévention effectuée à l'embauche par le médecin du travail et une visite effectuée selon une périodicité dans un délai fixé par décret en Conseil d'État le salarié devant bénéficier d'une visite de contrôle à minima tous les deux ans”.*

#### **Article L.4624-2:**

Modification du dernier alinéa du II proposé: *“il est effectué par le médecin du travail”.*

#### **Article L4624-4:**

Modification

*“Après avoir procédé à une étude de poste et après avoir échangé avec le salarié...”*

#### **Réintroduire dans un article l'obligation du rapport annuel (fin de l'article L.4624-1 par exemple):**

*“Le rapport annuel d'activité, établi par le médecin du travail, pour les entreprises dont il a la charge, comporte des données selon le sexe. Un arrêté du ministre chargé des du travail fixe les modèles de rapport annuel d'activité du médecin du travail et de synthèse annuelle de l'activité du service de santé au travail”.*

- **Propositions du médecin du travail :**

### **Analyse :**

Le projet de loi met fin à la possibilité du médecin du travail de proposer comme mesure des mutations (prévue par l'article L4624-1), mesure pouvant impliquer un échange de poste avec un salarié.

### **Proposition :**

#### **Article L.4624-1 (modification)**

*“Le médecin du travail peut proposer, après échange avec le salarié et l’employeur des mesures individuelles d’aménagement, d’adaptation ou de transformation du poste de travail ou d’aménagement du temps de travail **ou des mutations** justifiées par des considérations relatives notamment à l’âge ou à l’état de santé physique et mentale du travailleur”.*

- *Contestation des constats établis par le médecin du travail :*

### **Analyse :**

Actuellement, les contestations sont portées devant l’inspecteur du travail qui prend sa décision après avis du médecin inspecteur du travail (article L.4624-1). Cette procédure est gratuite et rapide.

Le projet prévoit (article L.4624-7) de transférer le contentieux aux Conseil de prud’hommes, en la forme des référés, pour obtenir la désignation d’un expert judiciaire.

Cette procédure risque d’être particulièrement coûteuse puisqu’il faudra non seulement saisir le tribunal mais également payer l’expert dont le coût sera à la charge des parties (en général la partie défaillante), ce qui aura un effet dissuasif sur le salarié pour exercer un recours. De plus, le projet opèrerait ainsi un transfert de compétence sur l’aptitude vers un “expert” alors que l’aptitude relève exclusivement d’une médecine du travail spécialement formée et diplômée à ce titre.

Il est impératif de maintenir la gratuité de l’expertise et la spécialité de la médecine du travail sur l’aptitude.

### **Proposition :**

**Article L.4624-7 (remplacer le projet d’article L.4624-7 par le texte suivant):**

*“En cas de contestation du salarié ou de l’employeur portant sur les éléments de nature médicale justifiant l’avis et les indications ou les propositions, émis par le médecin du travail en application des articles L.4624-2 à L.4624-4, l’employeur ou le salarié peut saisir l’inspecteur du travail qui prend sa décision après avis du médecin inspecteur du travail”*

## **ARTICLE 52 : INDUS ET PÉRIODES NON DÉCLARÉES A L’ASSURANCE CHÔMAGE**

### **Analyse :**

Cet article permettrait à Pôle Emploi de “ponctionner” directement les allocations chômage (par retenue sur les échéances à venir) lorsqu’il estime avoir versé un trop perçu, notamment en cas d’erreurs de calcul de l’institution (extrêmement fréquents).

Il permettrait également d’avoir recours à la contrainte, imposant au demandeur d’emploi de saisir sous 15 jours un tribunal faute de quoi, la contrainte prendrait la valeur d’un jugement.

Cette procédure est particulièrement injuste car le demandeur d’emploi doit prendre l’initiative d’une procédure et trouver un avocat en mesure de saisir une juridiction dans un délai de 15 jour étant entendu qu’un demandeur d’emploi subit une perte d’environ 40% de son salaire.

### **Proposition :**

Supprimer cet article.

### **Analyse**

L’introduction de l’article L. 5426-1-1. prévue par le projet de loi pénaliserait tout demandeur d’emploi n’ayant pas actualisé sa situation à temps en lui interdisant de se prévaloir postérieurement des périodes déclarées “tardivement” pour faire naître des droits (durée d’indemnisation, nouveau calcul de l’allocation chômage).

A noter qu’en revanche, Pôle Emploi conserve la possibilité de demander le remboursement des trop perçus...

Cette situation est source de problèmes multiples : de nombreux demandeurs d’emploi ne déclarent pas leur activité “à temps” à cause des manquements de leurs employeurs : absence de délivrance ou délivrance tardive de l’attestation Pôle Emploi, demandeur d’emploi risquant de voir diminuer ses allocations immédiatement, du fait d’un emploi pour lequel ils seront rémunérés beaucoup plus tard (paiement plusieurs mois après pour les vacataires dans le public, etc.).

La commission des affaires sociales a tenté de prendre en compte ces situations en prévoyant que

**Syndicat des Avocats de France**

34 rue Saint-Lazare 75009 PARIS - Tél. 01 42 82 01 26 [saforg@orange.fr](mailto:saforg@orange.fr) - [lesaf.org](http://lesaf.org)

cette disposition ne s'applique pas lorsque le retard est imputable à Pôle Emploi ou à l'employeur. Cependant cette formulation n'est pas assez précise et il n'est pas certain qu'il englobe ce dernier exemple.

Par ailleurs, ce mécanisme est choquant dans sa philosophie : dès lors que le demandeur d'emploi n'a pas tenté de dissimuler sa situation, il est anormal de le pénaliser ainsi. Ce, d'autant qu'avec le passage à l'informatique, un très grand nombre de demandeurs d'emploi ne sont pas en mesure d'actualiser leur situation en temps et en heure. En témoigne le nombre record de radiations en janvier.

**Proposition :**

**Supprimer cet article.**

A défaut, le faire précéder par "En cas de dissimulation intentionnelle d'activité,".