

DICTIONNAIRE  
PERMANENT

Bulletin  
n° 1001-1

Octobre 2017

Numéro

spécial

Social



CODE DU TRAVAIL

## ■ Réforme du code du travail

Ce que les ordonnances Macron changent  
en pratique

Consulter aussi : [www.elnet.fr](http://www.elnet.fr)

© Éditions Législatives ISSN 0012-2513 - Publication mensuelle - 68<sup>e</sup> année - Envoi n° 13

 **EDITIONS  
LÉGISLATIVES**



# Sommaire

## ■ **Négociation collective : un changement de modèle ?**

### **Une nouvelle articulation entre accords de branche et accords d'entreprise**

Le poids des accords d'entreprise encore renforcé	7
Bloc 1 : impérativité de l'accord de branche	9
Bloc 2 : impérativité de l'accord de branche s'il le prévoit	10
Bloc 3 : primauté de l'accord d'entreprise	12
Quid des accords de branche définissant l'ordre public conventionnel ?	13

### **Accords d'entreprise majoritaires : généralisation avancée et référendum facilité**

Généralisation de l'accord majoritaire au 1 <sup>er</sup> mai 2018	13
Possibilité pour l'employeur de demander l'organisation du référendum	14

### **Nouvelles modalités de négociation dans les entreprises dépourvues de délégué syndical ou de conseil d'entreprise**

Des modalités de négociation encore assouplies	14
Modalités de ratification d'un accord dans les entreprises de moins de 11 salariés et dans celles de 11 à 20 salariés sans élu	15
Modalités de négociation dans les entreprises de 11 à 49 salariés	15
Modalités de négociation dans les entreprises de 50 salariés et plus	16
Règles générales de la négociation et crédits d'heures des négociateurs	18
Entrée en vigueur des accords	18

### **Création d'un observatoire départemental pour favoriser la négociation collective dans les petites entreprises**

Composition	18
Missions	18

### **Sécurisation des accords collectifs**

Présomption simple de conformité des accords collectifs à la loi et régime de la preuve	19
Délai de prescription de l'action en nullité des accords collectifs	19
Modulation des effets dans le temps des décisions d'annulation	20

### **Négociations obligatoires dans l'entreprise**

Dispositions d'ordre public	20
Champ de la négociation collective	21
Dispositions supplétives	21

### **Contenu et périodicité des négociations obligatoires de branche**

Priorité à la négociation et supplétabilité des dispositions légales	23
Les dispositions d'ordre public	24
Le champ de la négociation collective	24
Les dispositions légales supplétives	25

### **Les nouveautés en matière d'extension et d'élargissement des accords collectifs**

Réforme des conditions de l'extension	25
De nouvelles hypothèses d'élargissement	26

### **Accélération de la restructuration des branches**

Délai ramené à 2 ans	27
Procédure de fusion modifiée	27

## ■ **Extension des « accords emploi »**

### **Les « accords emploi » harmonisés**

D'une pluralité d'accords aux conditions différentes...	28
... à un accord unique et sécurisé	29
Un objet largement défini et trois leviers pour y parvenir	29

### **Un accord au contenu librement défini**

Absence de clauses obligatoires	29
---------------------------------	----

### **Primauté de l'accord sur le contrat de travail**

Substitution de plein droit aux clauses contraires du contrat de travail	30
Refus du salarié et licenciement sui generis	30
Un abondement du CPF pour accompagner le salarié	30
Entrée en vigueur	30

## ■ **Mise en place, composition et fonctionnement du CSE**

### **Mise en place du CSE : à quelle date ?**

Les entreprises sans représentant du personnel	31
Les entreprises qui doivent renouveler leurs instances représentatives	31
Les entreprises ayant plusieurs établissements	32
Mise en place du CSE dans les entreprises absorbées	32

### **Élections du CSE : peu de changements, mais des changements notables**

Calcul des effectifs : période de référence simplifiée	33
Seuils de 11 et 50 salariés : une même élection mais des attributions différentes	33
Périmètre de mise en place du CSE : par accord ou décision de l'employeur	34
Information des salariés : 90 jours avant le premier tour	35
Demande d'organisation par un syndicat ou un salarié : délai de 6 mois en cas de PV de carence	36
Information des syndicats : l'exception des entreprises entre 11 et 20 salariés	36
Possibilité de déroger au nombre de sièges ou d'heures de délégation	36
Salariés mis à disposition exclus de l'éligibilité	37
Une représentation équilibrée des femmes et des hommes plus juste	37
Dispositions inchangées	38

### **Composition du CSE**

Les représentants au CSE	38
Les participants aux réunions du CSE	39
La commission santé, sécurité et conditions de travail	40
Les autres commissions du CSE	41

<b>Fonctionnement du CSE</b>			
Les moyens du comité social et économique	42		
La formation des membres du CSE	43		
Les réunions du CSE	44		
Les budgets du CSE	45		
<b>■ Les attributions du CSE</b>			
<b>Attributions du CSE dans les entreprises de 11 à 49 salariés : des délégués du personnel « allégés »</b>			
Présentation des réclamations individuelles ou collectives	46		
Compétence générale en matière de santé, sécurité et conditions de travail redéfinie	46		
Compétences particulières revues à la baisse	46		
Possibilités inchangées de saisine de l'inspecteur du travail	47		
<b>Attributions du CSE dans les entreprises de 50 salariés et plus : un grand remaniement</b>			
Attributions des délégués du personnel, du comité d'entreprise et du CHSCT	47		
Attributions générales : marche générale de l'entreprise et santé, sécurité et conditions de travail	47		
Consultations périodiques : les 3 grandes consultations aménageables	48		
Consultations et informations ponctuelles : soumises au triptyque ordre public, négociation, dispositions supplétives	50		
Informations trimestrielles dans les entreprises de 300 salariés inchangées	51		
Activités sociales et culturelles inchangées	51		
Droits d'alerte conservés	51		
<b>Modalités d'exercice des attributions du CSE</b>			
Règles de consultation : les principes demeurent	51		
Délais de consultation : élargissement du délai préfix	51		
Reprise des modalités d'exercice de la mission du CHSCT dans le champ de la santé, sécurité et conditions de travail	52		
Les accords collectifs restent hors du champ de la consultation du CSE	52		
Pas de consultation dans les domaines ayant fait l'objet d'un accord	52		
Une BDES largement négociable	53		
<b>■ Les expertises du CSE</b>			
<b>Les cas de recours à expertise du CSE</b>			
Le champ du recours à l'expertise	55		
Un accord d'entreprise peut déterminer le nombre d'expertise	55		
Expertises pour les consultations récurrentes du CSE	55		
Expertise en cas de projet ponctuel	55		
Expertise qualité du travail et de l'emploi	56		
Les expertises libres	56		
Les expertises techniques désormais décidées par le CSE	56		
Clarification du niveau de désignation de l'expert	56		
<b>Modification de la procédure de décision de recours à expertise</b>			
Établissement d'un cahier des charges par le CSE	57		
Le délai d'expertise est fixé par décret et non plus par accord	57		
<b>La contestation par l'employeur des expertises</b>			
La procédure de contestation de l'expertise est revue	58		
Calendrier de contestation en fonction du sujet contesté	58		
<b>Les droits et obligations des experts précisés</b>			
L'expert garde le libre accès à l'entreprise	58		
Les informations et documents accessibles pour l'expert	58		
<b>La prise en charge des expertises du CSE</b>			
La participation financière du CSE aux expertises est étendue	59		
Les expertises prises en charge en totalité par l'employeur	59		
<b>■ Le comité social et économique central</b>			
<b>Composition, mise en place et fonctionnement du CSE central et des CSE d'établissement</b>			
Entreprise à établissements distincts : un CSE central et des CSE d'établissement	60		
Composition et fonctionnement du CSE central : addition du CCE et de l'ICCHSCT	60		
Composition et fonctionnement des CSE d'établissement inchangés	61		
Mandat de 4 ans	61		
Budget de fonctionnement : rétrocession au CSE central par accord	61		
Budget des ASC inchangé	62		
<b>Répartition des attributions entre le CSE central et les CSE d'établissement</b>			
Répartition des compétences précisée, assouplie et enrichie	62		
Désignation d'un expert précisée	63		
<b>■ Deux nouvelles instances : le conseil d'entreprise et le représentant de proximité</b>			
<b>Le conseil d'entreprise : l'instance unique de dialogue</b>			
Mise en place d'un conseil d'entreprise	64		
Attributions du conseil d'entreprise	65		
L'opportunité de mise en place	65		
<b>Le représentant de proximité</b>			
Mise en place	66		
Pas forcément un élu du CSE	66		
<b>■ Exercice du droit syndical</b>			
<b>Reconnaissance des parcours syndicaux et électifs</b>			
Élargissement de l'entretien de fin de mandat	67		
Salarié mis à disposition d'une organisation syndicale	67		
Congé de formation économique, sociale, syndicale : maintien total de la rémunération	67		
<b>Les évolutions du dialogue social dans la branche</b>			
Prise en compte des parcours syndicaux dans la branche	68		
Évolution du fonds paritaire pour le financement du dialogue social	68		

Salariés participant aux négociations de branche	68
D'autres mesures en vue ?	68

## ■ Ruptures du contrat de travail : les mesures destinées à les sécuriser et en limiter le contentieux

### Motivation de la lettre de licenciement : un régime assoupli

La création de modèles de lettre de licenciement	69
Un droit à l'erreur institué au profit de l'employeur	69

### Licenciement économique : un régime amendé

Périmètre d'appréciation du motif économique redéfini	70
Nouveaux contours de l'obligation de reclassement	71
Harmonisation du périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements	72
Mise en place du CSE : conséquences en matière de licenciement économique	72
Entrée en vigueur des dispositions susvisées	72
Contestation d'un licenciement économique : les modifications de l'ordonnance	72

### Contentieux du licenciement : les règles d'indemnisation profondément revues

Contours et indemnisation du licenciement irrégulier	73
Indemnisation du licenciement sans cause réelle et sérieuse : place à un barème obligatoire	74
Indemnisation du licenciement nul	77

### Contrepartie à tous ces assouplissements : l'indemnité légale de licenciement est améliorée

Indemnité légale de licenciement ouverte dès 8 mois d'ancienneté	78
Revalorisation du montant de l'indemnité	78

### Procédure contentieuse : conciliation prud'homale et délai de recours

Conciliation prud'homale encouragée	79
Réduction du délai de recours en cas de rupture du contrat de travail	80

## ■ Inaptitude au travail : les nouvelles retouches

### Une obligation de reclassement plus restreinte

Contexte	83
Recherche de reclassement limitée au territoire national	83
Recherche de reclassement limitée au groupe stricto sensu	83
Maintien du critère de « permutabilité du personnel »	84
Date d'entrée en vigueur	85

### La contestation de l'avis d'(in)aptitude corrigée

Contexte	85
Suppression de la désignation d'un médecin expert	85
Contestation toujours limitée aux éléments de nature médicale	85
Possibilité pour l'employeur de mandater un médecin	86

Substitution de l'avis d'(in)aptitude initiale par la décision prud'homale	86
Frais d'instruction et d'honoraires	86
Date d'entrée en vigueur	87
Tableau comparatif	87

### Une indemnité de licenciement modifiée

Une indemnité de licenciement légale majorée	87
Licenciement abusif : une indemnité minimale divisée par 2	88
Date d'entrée en vigueur	88

## ■ De nouveaux modes de rupture du contrat de travail autonomes

### Les accords de rupture conventionnelle collective

Du plan de départ volontaire à la rupture conventionnelle collective	89
Un dispositif exclusif de tout licenciement	90
Nécessité d'un accord collectif	90
Un accord validé par l'administration	91
Candidature retenue : rupture d'un commun accord	91
Suivi de la mise en œuvre de l'accord	92
Contentieux réparti entre le juge administratif et le juge judiciaire	92
Participation à la revitalisation du bassin d'emploi	92
Entrée en vigueur	93

### Le champ d'application du congé de mobilité élargi

Un dispositif ouvert aux entreprises d'au moins 300 salariés	95
Un dispositif proposé en dehors de tout motif économique	95
Contenu de l'accord	95
Acceptation du salarié et rupture d'un commun accord	95

## ■ Formes particulières de travail

### Télétravail : un cadre juridique plus adapté

Contexte	96
Extension du cadre juridique du télétravail au télétravail occasionnel	96
Obligation d'un accord collectif ou d'une charte pour le télétravail régulier	96
Un simple commun accord pour le télétravail occasionnel	97
Application de la présomption d'accident du travail	97
Une prise en charge des coûts encore floue	98
Entrée en vigueur	98
Tableau comparatif	98

### Modifications apportées au régime des contrats précaires

Adaptation possible de certaines conditions de recours aux CDD et à l'intérim au niveau de la branche	99
Transmission du contrat écrit hors délai : abandon de la requalification	101
Prescription de l'indemnité de requalification ramenée à 12 mois	101
Quel rôle pour les représentants du personnel ?	101

<b>Sécurisation du contrat d'opération (CDI de chantier)</b>	
Un cadre légal pour le CDI de chantier	102
Comment recourir au CDI de chantier	102
Un contrat à durée indéterminée de type particulier	103
Entrée en vigueur	105
<b>Modifications apportées à la durée du travail</b>	
Travail de nuit	106
Travail du dimanche dans les commerces : période transitoire repoussée	106
<b>Recours au prêt de main-d'œuvre non lucratif</b>	
Contexte : une définition floue du caractère non lucratif	107
Un nouveau cas de prêt de main-d'œuvre licite	108
Formalisme à respecter	108
Entrée en vigueur	108
<b>Contrat de génération : abrogation du dispositif</b>	
Objectif et fonctionnement du contrat de génération : bref rappel	109
Dispositif supprimé depuis le 24 septembre 2017	109
Conséquences de la suppression du dispositif	109
<b>■ Simplification des dispositifs relatifs à la pénibilité au travail</b>	
<b>La consécration légale des 10 facteurs de risques professionnels</b>	
Deux modifications apportées par l'ordonnance	111

Tableau récapitulatif des 10 facteurs désormais légaux	111
<b>Simplification du compte pénibilité et des obligations patronales en découlant</b>	
Une simplification attendue par les entreprises	112
Plus que 6 facteurs de risques professionnels à déclarer annuellement	113
Le fonctionnement du nouveau compte	114
<b>Le sort des 4 facteurs exclus du champ du compte professionnel de prévention</b>	
L'ouverture au dispositif de retraite anticipée pour pénibilité avérée	115
Un abondement du CPF pour ceux qui ne bénéficient pas de la retraite anticipée	116
<b>Le financement de la pénibilité révisé</b>	
Suppression des cotisations pénibilité au 1 <sup>er</sup> janvier 2018	116
Transfert du financement à la branche AT/MP de la Sécurité sociale	116
<b>Accord de prévention de la pénibilité : des changements à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2019</b>	
Entreprises concernées : périmètre élargi au 1 <sup>er</sup> janvier 2019	117
Élaboration de l'accord ou du plan d'action : peu de changements quoique...	119
Sanction : pénalité à la charge de l'employeur	120



# Présentation

Les annonces faites lors de la campagne présidentielle et les travaux préparatoires précédant la loi habilitant le gouvernement à réformer le code du travail par ordonnances esquisaient les contours d'une réforme conforme aux vœux des entreprises (et plus spécifiquement des DRH). Sur ce point, les cinq ordonnances du 22 septembre 2017, publiées au Journal officiel du 23 septembre, ne semblent pas avoir déçu. Elles ont été clairement pensées par et pour les entreprises.

Deux idées force s'en dégagent.

La première, une transformation du dialogue social, sans précédent depuis les lois Auroux de 1982, et construite autour de trois axes.

D'abord les ordonnances bouleversent la hiérarchie des normes conventionnelles en conférant à la branche et à l'entreprise des domaines « prioritaires » ou « réservés » et en consacrant encore plus largement la primauté de l'accord d'entreprise.

Ensuite, la négociation d'entreprise n'est plus l'apanage des entreprises pourvues de délégué syndical. Dans les entreprises d'au plus 20 salariés sans représentation syndicale et sans élu, l'employeur peut désormais proposer directement à ses salariés un projet d'accord soumis à leur vote. Dans celles de moins de 50 salariés, la primauté du mandatement syndical disparaît : l'employeur peut négocier avec des représentants élus non mandatés sur tous les thèmes relevant du champ de l'entreprise.

Enfin, les ordonnances révolutionnent le paysage de la représentation du personnel dans l'entreprise. A brève échéance, une seule institution, le Comité social et économique (CSE), exercera pleinement les prérogatives dévolues jusque-là aux délégués du personnel et aux membres du comité d'entreprise et du CHSCT. Il pourra même, dans certaines conditions, avoir la capacité de négocier des accords collectifs.

D'aucuns diront que la loi ne fait pas le dialogue social. Pour dialoguer, chaque partie doit en avoir envie. En auront-elles envie ? Il faut aussi qu'elles aient les moyens d'assurer

cette mission. Les auront-elles ? Pour le savoir, il faut attendre plusieurs décrets, parmi lesquels ceux relatifs au nombre de délégués au CSE, ceux relatifs aux modalités de consultation des salariés ou bien encore ceux relatifs à la reconnaissance des parcours syndicaux, qui promettent des discussions musclées avec les partenaires sociaux.

La seconde idée force ? Pragmatisme et efficacité (économique ?) doivent guider les relations de travail.

Ainsi, le droit du licenciement est repensé pour favoriser la mobilité sur le marché du travail. La création d'un barème obligatoire des dommages et intérêts dus par l'employeur qui licencie sans cause réelle et sérieuse est censée renforcer la visibilité des risques financiers encourus par ce dernier et, du coup, lever ses craintes à embaucher. Le licenciement économique est reconfiguré avec notamment un recentrage du périmètre d'appréciation de la cause économique, la création de nouveaux modes de rupture autonome (ex. : rupture conventionnelle collective) et celle d'accords collectifs d'entreprise « répondant aux nécessités liées au bon fonctionnement de l'entreprise ».

Les formes particulières de travail (télétravail, travail dominical ou de nuit, recours au CDD, à l'intérim ou bien encore au CDI de chantier) sont, elles aussi, assouplies pour répondre au même objectif de fluidité du marché de l'emploi.

Tous ces changements tiendront-ils leurs promesses ? En tout cas, le pari est osé.

Qu'elles soient porteuses d'une véritable révolution du droit du travail ou d'une simple évolution de ce droit, ces ordonnances ne constituent que l'acte I d'une pièce se jouant en quatre actes. Suivront rapidement la refondation de l'assurance chômage, celle de la formation professionnelle et, fin 2018, la réforme des retraites.

Rendez-vous est pris.



Géraldine Anstett  
Rédactrice en chef  
Dictionnaire Permanent Social



# Négociation collective : un changement de modèle ?

**Mettre l'accord d'entreprise au cœur du dispositif et faciliter la négociation dans les entreprises dépourvues de représentation syndicale, tels sont les principaux objectifs des deux ordonnances consacrées à la négociation collective (Ord. n<sup>os</sup> 2017-1385 et 2017-1388, 22 sept. 2017). Ces ordonnances traduisent-elles un changement de modèle en matière de négociation collective, voire plus largement, en matière de droit du travail ? L'avenir le dira vite. Les deux ordonnances susvisées ont été publiées au Journal officiel le 23 septembre dernier. Les nouvelles mesures sont donc entrées en vigueur le 24 septembre, à l'exception de celles dont l'entrée en vigueur est subordonnée à la publication d'un décret d'application.**

## Une nouvelle articulation entre accords de branche et accords d'entreprise

### **Le poids des accords d'entreprise encore renforcé**

Le premier coup à l'articulation traditionnelle entre les accords de branche et les accords d'entreprise a été porté par la loi du 4 mai 2004. Cette loi a permis aux accords d'entreprise de déroger, y compris dans un sens moins favorable aux salariés, aux accords de branche, sauf clauses expresses contraires de ces derniers (clauses dites d'impérativité ou de verrouillage). Le caractère impératif de l'accord de branche n'était alors préservé que dans quatre domaines (salaires minima, classifications, garanties collectives en matière de protection sociale complémentaire et mutualisation des fonds de la formation professionnelle).

La loi Travail du 8 août 2016 a complété la liste des matières dans lesquelles l'accord de branche prévaut (en y ajoutant la prévention de la pénibilité et l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes) et a surtout consacré la primauté de l'accord d'entreprise sur l'accord de branche en matière de temps de travail, de repos et de congés.

La nouvelle réforme semble porter le coup de grâce en étendant très largement le champ de la primauté de l'accord d'entreprise, bien au-delà de la durée du

travail et des congés, tout en ménageant un « domaine prioritaire » à la branche lui aussi élargi (mais dans une moindre mesure).

L'article 1<sup>er</sup> de l'ordonnance n<sup>o</sup> 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective organise ainsi une nouvelle répartition des rôles entre la branche et l'entreprise autour de trois blocs :

- le premier bloc regroupe les matières dans lesquelles l'accord de branche a un caractère impératif ;
- le deuxième recense les matières dans lesquelles l'accord de branche est impératif s'il le prévoit expressément au moyen d'une clause dite de verrouillage ou d'impérativité ;
- le troisième est constitué des matières dans lesquelles l'accord d'entreprise prévaut.

Précisons qu'il ne s'agit pas de « domaines réservés » à la branche ou à l'entreprise. L'entreprise peut toujours négocier et conclure des accords dans les matières relevant des blocs 1 et 2 ; inversement, les partenaires sociaux de la branche peuvent continuer de négocier sur les matières du bloc 3. Cette répartition a seulement pour objet d'articuler les deux niveaux de négociation, c'est-à-dire de déterminer, lorsque la branche et l'entreprise ont conclu un accord sur le même sujet, quel est l'accord applicable.

# Nouvelle articulation branche/entreprise

Sur quels thèmes l'entreprise peut-elle négocier librement ?

## BLOC 1 : DU SEUL RESSORT DE LA BRANCHE



Salaires minima  
Classifications  
Mutualisation des fonds de financement du paritarisme  
Mutualisation des fonds de la formation professionnelle  
Garanties collectives de protection sociale complémentaire  
Durée du travail (certaines mesures seulement)  
CDD et contrats de travail temporaire (durée totale, renouvellement, délai de carence et délai de transmission des contrats)  
CDI de chantier  
Égalité professionnelle hommes/femmes  
Période d'essai (conditions et durée de renouvellement)  
Transfert des contrats de travail en cas de changement de prestataire  
Deux cas de mise à disposition d'un salariés temporaire auprès d'une entreprise utilisatrice  
Rémunération minimale du salarié porté et montant de l'indemnité d'apport d'affaire

## BLOC 2 : VERROUILLAGE PAR LA BRANCHE



Prévention de la pénibilité  
Insertion professionnelle et maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés  
Primes pour travaux dangereux ou insalubres  
Délégués syndicaux : effectif à partir duquel ils peuvent être désignés, nombre et valorisation de leurs parcours syndical

## BLOC 3 : DU SEUL RESSORT DES ENTREPRISES



Tous les thèmes ne relevant ni du bloc 1, ni du bloc 2  
Exemple 1 : durée de la période d'essai initiale  
Exemple 2 : préavis et indemnités de rupture du contrat de travail  
Exemple 3 : prime d'ancienneté  
Exemple 4 : prime de 13<sup>e</sup> mois

## Bloc 1 : impérativité de l'accord de branche

### Un bloc constitué de 13 matières

Le code du travail fixe désormais une liste de 13 thèmes dans lesquels les dispositions de la convention de branche prévalent sur celles de la convention d'entreprise (que cette dernière soit conclue avant ou après la date d'entrée en vigueur de la convention de branche), sauf lorsque la convention d'entreprise assure des garanties au moins équivalentes (v. NDLR ci-après).

**Remarque :** sauf disposition contraire :

– la « convention de branche » désigne la convention collective, les accords de branche, les accords professionnels et les accords interbranches (C. trav., art. L. 2235-5 nouv.) ;  
– la « convention d'entreprise » désigne quant à elle toute convention ou tout accord conclu(e) soit au niveau de l'entreprise, soit au niveau de l'établissement (C. trav., art. L. 2232-11 nouv.).

Les 13 matières comprises dans ce premier bloc, initialement disséminées dans plusieurs dispositions du code du travail, sont désormais regroupées dans un seul et même article (C. trav., art. L. 2253-1 nouv.). La liste des thèmes visés ici n'est donc pas totalement nouvelle. Entrent dans ces blocs :

- les salaires minima hiérarchiques (sans changement) ;
- les classifications (sans changement) ;
- la mutualisation des fonds de financement du paritarisme (nouveau) ;
- la mutualisation des fonds de la formation professionnelle (sans changement) ;
- les garanties collectives prévues à l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale en matière de protection sociale complémentaire (régimes de prévoyance et de frais de santé notamment) (sans changement) ;

**Remarque :** doit-on y inclure l'indemnisation complémentaire due par l'employeur en cas d'absences pour maladie ou accident ? Cette indemnisation étant prévue, non pas par l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale, mais par l'article L. 1226-1 du code du travail, elle devrait selon nous plutôt relever du bloc 3.

- certaines mesures relatives à la durée du travail, à la répartition et à l'aménagement des horaires (sans changement) :
- l'institution d'un régime d'équivalence,
- la fixation d'une période de référence supérieure à 1 an (dans la limite de 3 ans) dans le cadre d'un dispositif d'aménagement du temps de travail sur une période supérieure à la semaine,
- la fixation du nombre minimal d'heures entraînant la qualification de travailleur de nuit sur une période de référence,
- en matière de travail à temps partiel : la fixation de la durée minimale de travail et du taux de majoration

des heures complémentaires ainsi que la possibilité d'augmenter temporairement la durée du travail prévue au contrat (compléments d'heures) ;

- certaines mesures relatives aux CDD et aux contrats de travail temporaire (nouveau) : la durée totale du CDD et celle du contrat de mission, le renouvellement du contrat de mission, le délai de transmission du CDD au salarié ainsi que le délai de carence en cas de succession de CDD ou de contrats de mission ;
- les mesures relatives au CDI de chantier (nouveau) ;
- l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes (sans changement) ;
- les conditions et les durées de renouvellement de la période d'essai (sans changement) ;
- les modalités selon lesquelles la poursuite des contrats de travail est organisée entre deux entreprises lorsque les conditions d'application de l'article L. 1224-1 du code du travail ne sont pas réunies (nouveau) : sont ici visés les dispositifs conventionnels de transfert des contrats de travail en cas de changement de prestataire ;
- les cas suivants de mise à disposition d'un salarié temporaire auprès d'une entreprise utilisatrice (sans changement) :
- lorsque la mission de travail temporaire vise à favoriser le recrutement de personnes sans emploi rencontrant des difficultés sociales et professionnelles particulières,
- lorsque l'entreprise de travail temporaire et l'entreprise utilisatrice s'engagent à assurer un complément de formation professionnelle au salarié ;
- la rémunération minimale du salarié porté et le montant de l'indemnité d'apport d'affaire (sans changement).

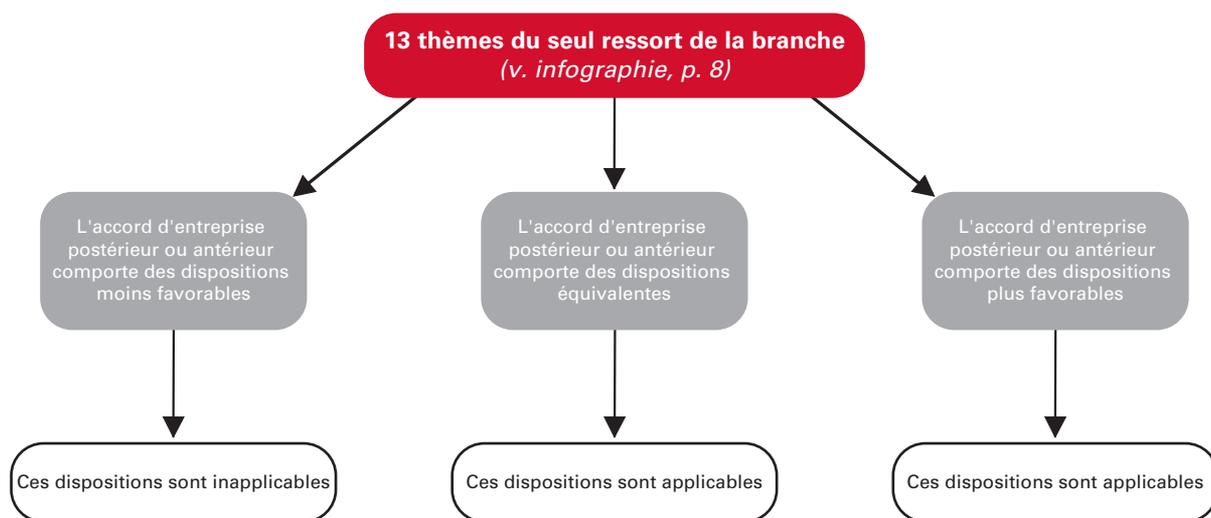
**Remarque :** signalons que la prévention de la pénibilité (désormais dénommée prévention des effets de l'exposition aux facteurs de risques professionnels), qui faisait jusqu'à présent partie des matières dans lesquelles l'accord de branche est impératif, est désormais intégrée au bloc 2 (impérativité de l'accord de branche si celui-ci le prévoit au moyen d'une clause de verrouillage ; v. ci-après).

### Primauté de l'accord de branche sur les accords d'entreprise antérieurs ou postérieurs

Sur les matières susvisées, l'accord d'entreprise, quelle que soit sa date de conclusion, ne s'applique pas s'il comporte des dispositions moins favorables aux salariés que celles prévues par l'accord de branche. Seules s'appliquent les dispositions de l'accord d'entreprise équivalentes (v. NDLR ci-après) ou plus favorables aux salariés.

**NDLR :** cette nouvelle notion d'équivalence des garanties n'est pas définie par l'ordonnance. Le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-1385 indique seulement que cette équivalence doit être appréciée « domaine par domaine ».

## Bloc 1 : que peut faire l'accord d'entreprise par rapport à l'accord de branche ?



## Bloc 2 : impérativité de l'accord de branche s'il le prévoit

### Primauté de l'accord de branche sur les accords d'entreprise postérieurs

Ce deuxième bloc regroupe les matières pour lesquelles l'accord de branche peut prévoir son impérativité à l'égard des accords d'entreprise conclus postérieurement. Il appartient à l'accord de branche de décider s'il interdit sur ces matières toute dérogation par accord d'entreprise postérieur et ce, au moyen d'une disposition expresse, dénommée clause d'impérativité ou de verrouillage.

Si l'accord de branche comporte une telle clause, l'accord d'entreprise postérieur à l'accord de branche ne pourra donc pas comporter de stipulations différentes (et a fortiori moins favorables) de celles de l'accord de branche. Seules des dispositions au moins équivalentes (v. NDLR ci-après) ou plus favorables aux salariés seront alors possibles par accord d'entreprise.

**NDLR :** cette nouvelle notion d'équivalence des garanties n'est pas définie par l'ordonnance. Le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-1385 indique seulement que cette équivalence doit être appréciée « domaine par domaine ».

Si l'accord de branche ne comporte pas de clause d'impérativité sur les matières de ce bloc, les accords d'entreprise postérieurs pourront alors déroger à ses dispositions, y compris dans un sens défavorable aux salariés.

Relèvent du bloc 2 les matières suivantes (C. trav., art. L. 2253-2 nouv.) :

- la prévention des effets de l'exposition aux facteurs de risques professionnels énumérés à l'article L. 4161-1 du code du travail (v. p. 111) ;
- l'insertion professionnelle et le maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés ;
- l'effectif à partir duquel les délégués syndicaux peuvent être désignés, leur nombre et la valorisation de leur parcours syndical ;

– les primes pour travaux dangereux ou insalubres.

**Remarque :** ce deuxième bloc n'est donc constitué que de 4 matières alors que jusqu'à présent, les clauses de verrouillage pouvaient être prévues dans toutes les matières à l'exception de la durée du travail, des repos et des congés.

### Sort des accords d'entreprise antérieurs à l'accord de branche

Sur les matières du bloc 2, l'accord de branche ne peut prévoir son impérativité qu'à l'égard des accords d'entreprise qui lui sont postérieurs. Quel sort réserver alors aux accords d'entreprise conclus avant l'accord de branche ?

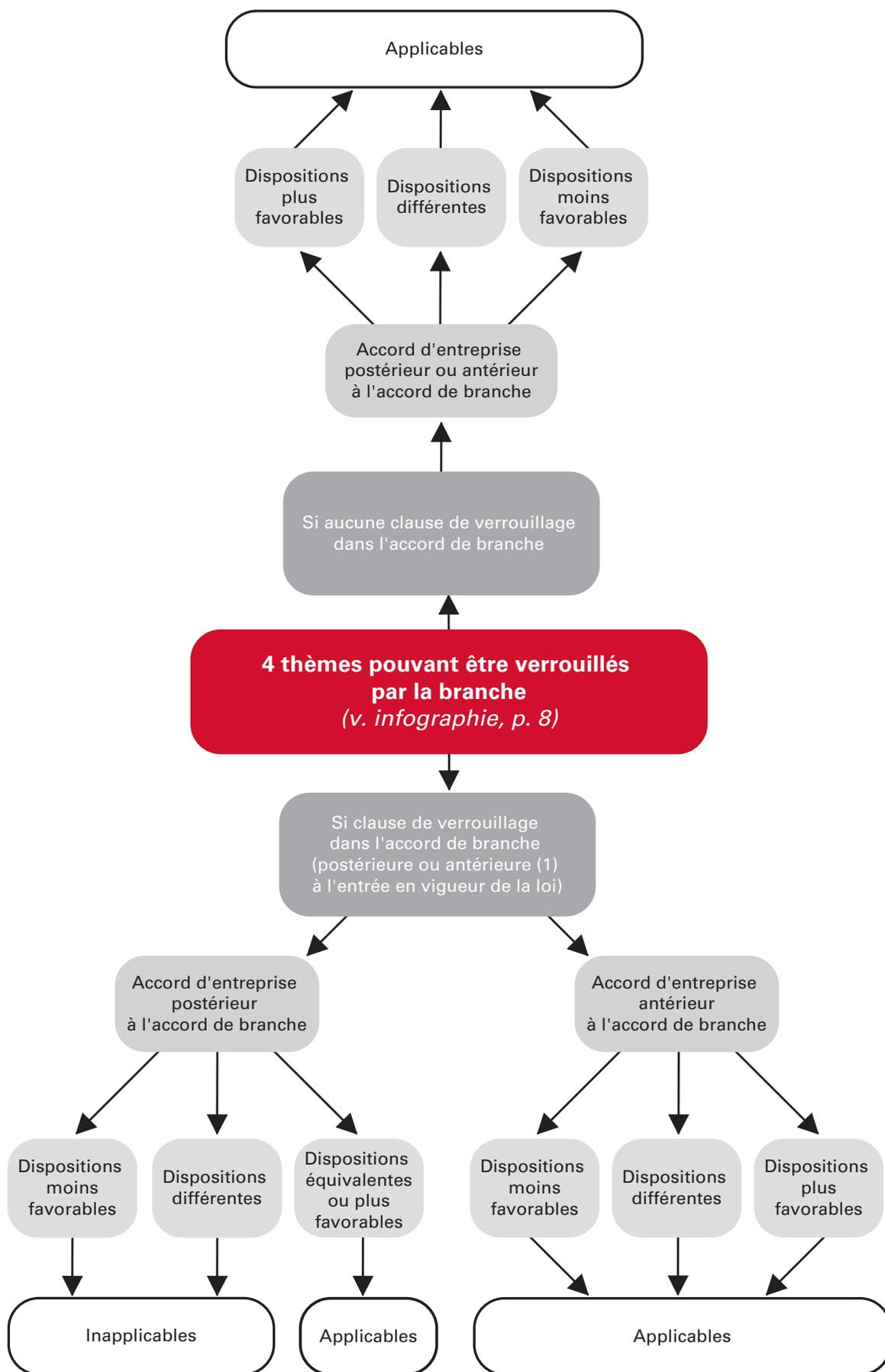
Bien que l'ordonnance ne le précise pas expressément, les entreprises devraient selon nous pouvoir continuer d'appliquer des accords d'entreprise antérieurs comportant des dispositions moins favorables aux salariés que celles des accords de branche.

### Sort des clauses d'impérativité existantes

Pour les matières de ce bloc 2 (et uniquement pour celles-là), les branches peuvent décider de continuer à faire produire effet aux clauses impératives existantes, sous réserve d'une confirmation, par avenant, avant le 1<sup>er</sup> janvier 2019 (attention, seules les clauses des accords étendus peuvent être confirmées) (Ord. n° 2017-1385, art. 16). Sont ici visés les accords de branche conclus après le 6 mai 2004 (date d'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 2004) qui comportent déjà des clauses d'impérativité sur ces matières en application de l'ancien article L. 2253-3 du code du travail (dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance), ainsi que les accords de branche conclus avant le 6 mai 2004 impératifs en application de l'ancien article 45 de la loi du 4 mai 2004.

**Remarque :** rappelons qu'aux termes de l'article 45 de la loi du 4 mai 2004, la valeur hiérarchique accordée par leurs signataires aux conventions et accords conclus avant le 6 mai 2004, date de son entrée en vigueur, demeure opposable aux accords de niveaux inférieurs. Ce texte, qui depuis l'entrée en vigueur de la loi Travail n'est déjà plus applicable en matière de durée du travail, de repos et de congés, est désormais abrogé.

## Bloc 2 : que peut faire l'accord d'entreprise par rapport à l'accord de branche ?



(1) Sous réserve de confirmation par les branches avant le 1<sup>er</sup> janvier 2019.

## Bloc 3 : primauté de l'accord d'entreprise

Le contenu de ce bloc est défini à l'article L. 2253-3 du code du travail : il s'agit de toutes les matières non visées dans les blocs 1 et 2. Dans ces matières, les dispositions de l'accord d'entreprise, qu'il soit conclu avant ou après l'entrée en vigueur de l'accord de branche, prévalent sur les dispositions de l'accord de branche ayant le même objet. L'accord d'entreprise peut donc, sur l'ensemble de ces matières, être moins favorable aux salariés que l'accord de branche. Le champ de la primauté de l'accord d'entreprise, jusqu'à présent limité à la durée du travail et aux congés, est donc considérablement élargi.

Cette primauté étant désormais consacrée dans toutes les matières ne relevant pas des deux premiers blocs, l'accord d'entreprise prime donc sur l'accord de branche s'agissant par exemple :

- de la durée de la période d'essai initiale : l'accord d'entreprise peut donc prévoir une période d'essai initiale plus longue que celle prévue par l'accord de branche, mais dans la limite de la durée légale de l'essai ; en effet, en application de l'article L. 1221-22 du code du travail non modifié, l'accord d'entreprise ne peut prévoir une durée plus longue que la durée légale de l'essai ;
- des préavis et indemnités de rupture du contrat de travail ;
- des primes (prime d'ancienneté ou prime de 13<sup>e</sup> mois par exemple), à l'exception des primes pour

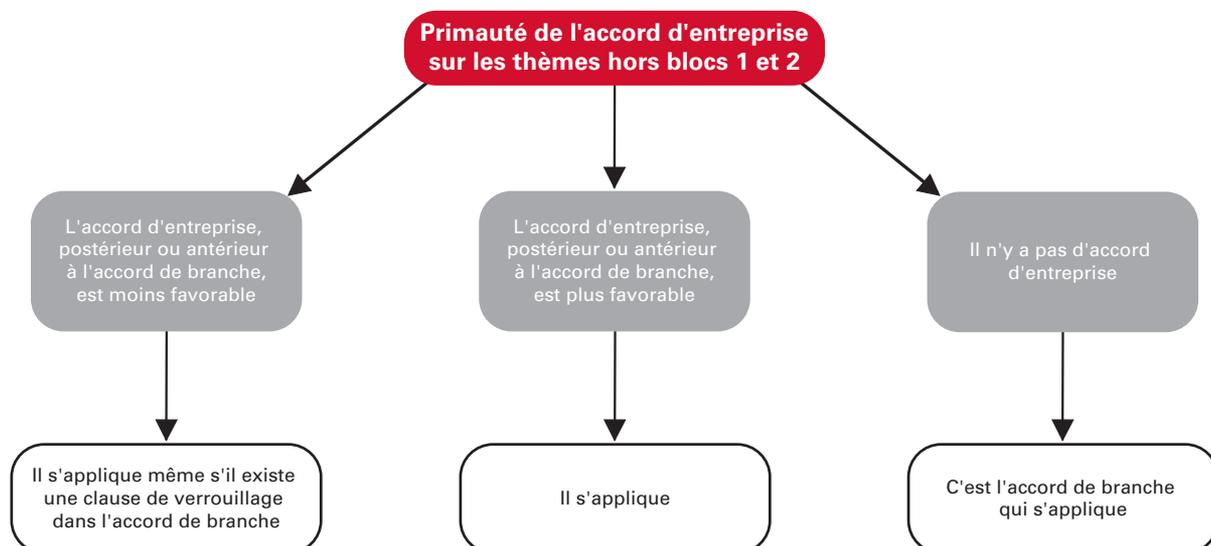
travaux dangereux ou insalubres (qui relèvent du bloc 2).

**Remarque :** les entreprises pourraient donc désormais, par accord collectif, réduire le montant d'une prime prévue par la convention collective de branche, voire la supprimer, ou encore prévoir des primes spécifiques se substituant à celles prévues par la convention de branche. A cet égard, le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-1385 précise que de nouveaux champs de négociation sont ouverts à l'entreprise, notamment s'agissant des primes décidées dans les branches : « si des salariés, via leurs délégués syndicaux ou leurs représentants élus, préfèrent bénéficier de primes pour l'innovation ou pour la garde d'enfant au lieu de primes d'ancienneté, cela sera désormais possible ». Autre exemple : le montant de l'indemnité de licenciement pourrait lui aussi être revu à la baisse par accord d'entreprise. Sous réserve pour l'employeur de convaincre ses partenaires de négociation de signer de tels accords...

Dans ces matières, en l'absence d'accord d'entreprise, c'est la convention de branche qui s'applique. Les négociations de branche dans les domaines où l'accord d'entreprise prime ne perdent donc pas, loin s'en faut, leur intérêt. Car, malgré la promotion de l'accord d'entreprise par la nouvelle réforme, la négociation au niveau de l'entreprise d'un statut conventionnel complet peut prendre plusieurs années, et même ne jamais aboutir. Ce seront alors les dispositions de la convention de branche qui s'appliqueront.

Que deviennent les clauses d'impérativité figurant actuellement dans les accords de branche sur ces matières ? La réponse figure à l'article 16 de l'ordonnance : ces clauses, quelle que soit leur date de conclusion, cesseront de produire leurs effets vis-à-vis des accords d'entreprise à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2018.

### Bloc 3 : que peut faire l'accord d'entreprise par rapport à l'accord de branche ?



## Quid des accords de branche définissant l'ordre public conventionnel ?

L'article 24 de la loi Travail du 8 août 2016 a imposé aux organisations syndicales et professionnelles représentatives dans les branches d'engager (dans un délai de 2 ans à compter de son entrée en vigueur) une négociation portant sur la définition de l'ordre public conventionnel applicable dans leur branche. L'objet de cette négociation était de déterminer, pour chaque branche, les thèmes sur lesquels les accords d'entreprise ne pouvaient être moins favorables que les accords conclus au niveau de la branche, à l'exclusion toutefois des thèmes pour lesquels la loi prévoyait à l'époque la primauté de l'accord d'entreprise (durée du travail, repos et congés).

Cette obligation est désormais supprimée, l'ordonnance abrogeant les dispositions susvisées de l'article 24 de la loi Travail.

**Remarque :** corrélativement, l'absence d'engagement des négociations sur l'ordre public conventionnel ne fait plus partie des critères que le ministre du travail peut prendre en compte pour décider d'engager la procédure de fusion dans le cadre du processus de restructuration des branches. Par ailleurs, la définition de ces thèmes ne fait plus partie des missions de la branche définies à l'article L. 2232-5-1 du code du travail.

Dès lors, quel sort réserver aux accords de branche déjà conclus ayant, sur le fondement de l'article 24

susvisé, défini l'ordre public conventionnel de la branche ? Le champ de la primauté des accords d'entreprise étant désormais élargi au-delà des seules dispositions portant sur la durée du travail, les repos et les congés, de tels accords peuvent aujourd'hui se trouver en contradiction avec les nouvelles dispositions légales. Ces accords de branche ont pu en effet intégrer à leur ordre public conventionnel, conformément aux dispositions légales applicables au moment de leur conclusion, des matières qui relèvent désormais du bloc 3, c'est-à-dire pour lesquelles l'accord d'entreprise prime.

**Exemple :** la branche des experts-comptables et commissaires aux comptes a conclu le 20 avril 2017 un accord portant sur la définition de son ordre public conventionnel et y a intégré notamment l'indemnité de licenciement. Or, désormais, en la matière, c'est l'accord d'entreprise qui prime (puisque l'indemnité de licenciement ne figure ni dans le bloc 1, ni dans le bloc 2).

Ces accords peuvent-ils continuer de s'appliquer en l'état ? L'ordonnance ne fournit aucune réponse à cette question.

**NDLR :** Selon nous, sous toutes réserves, les accords de branche définissant leur ordre public conventionnel ayant le même objet que les clauses d'impérativité, à savoir la fixation des thèmes sur lesquels les accords d'entreprise ne peuvent être moins favorables que les accords de branche, ces accords devraient en toute logique subir le même sort que lesdites clauses, c'est-à-dire :

- continuer de produire effet (sous réserve de confirmation par avenant avant le 1<sup>er</sup> janvier 2019) pour ce qui concerne les matières du bloc 2 ;
- cesser de produire effet à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2018 pour ce qui concerne les matières du bloc 3.

## Accords d'entreprise majoritaires : généralisation avancée et référendum facilité

### Généralisation de l'accord majoritaire au 1<sup>er</sup> mai 2018

C'est la loi Travail du 8 août 2016 qui a consacré le principe de l'accord d'entreprise majoritaire mais en instaurant, pour son application, deux dates d'entrée en vigueur différentes en fonction de la thématique des accords.

Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2017, la validité d'un accord d'entreprise (ou d'établissement) portant sur la durée du travail, les repos ou les congés est subordonnée :

– à sa signature par une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli plus de 50 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise (ou de la délégation unique du personnel) ou, à défaut, des délégués du personnel ;

– ou à sa signature par une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli plus de 30 % des suffrages exprimés en faveur

d'organisations représentatives au premier tour des mêmes élections, mais sous réserve dans ce cas que l'accord soit approuvé par les salariés à la majorité des suffrages exprimés.

Pour les accords portant sur d'autres thèmes que la durée du travail, les repos et les congés, ces conditions de validité ne devaient initialement entrer en vigueur qu'au 1<sup>er</sup> septembre 2019.

Toutefois, selon le gouvernement, à partir du moment où la négociation d'entreprise porte sur davantage de champs et peut avoir un impact plus fort sur la compétitivité des entreprises, les conditions de validation de l'accord d'entreprise doivent être renforcées. Pour ces raisons, la généralisation de l'accord majoritaire est avancée au 1<sup>er</sup> mai 2018 (et les conditions de recours au référendum sont assouplies ; v. ci-après) (Ord. n° 2017-1385, art. 11). A compter de cette date, tous les accords d'entreprise, quelles que soient les matières sur lesquelles ils portent, seront donc soumis aux conditions de validité susvisées.

**NDLR** : en instaurant deux dates d'application différentes en fonction de la thématique des accords, la loi Travail a créé une difficulté pour les entreprises : comment, pendant la période transitoire (c'est-à-dire jusqu'à la généralisation de l'accord majoritaire), conclure un accord sur plusieurs thèmes (par exemple, durée du travail et salaires) ? Quelle règle de majorité retenir ? Cette difficulté demeure jusqu'au 1<sup>er</sup> mai 2018. Jusqu'à cette date, la solution la plus sûre juridiquement consiste, selon nous, à conclure des accords séparés, chaque accord étant alors conclu selon la règle de majorité qui lui est applicable compte tenu du thème sur lequel il porte.

## Possibilité pour l'employeur de demander l'organisation du référendum

Comme indiqué plus haut, si les organisations syndicales signataires d'un accord d'entreprise soumis à la condition majoritaire n'atteignent pas le seuil de 50 % mais ont recueilli plus de 30 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des dernières élections, une consultation des salariés visant à valider l'accord peut être organisée.

Jusqu'à présent, seules les organisations syndicales signataires (une ou plusieurs) pouvaient demander

cette consultation ; elles disposaient d'un délai d'un mois à compter de la signature de l'accord pour formuler cette demande.

Désormais, l'employeur peut également être à l'initiative de cette consultation. Il peut en effet, au terme du délai d'un mois susvisé, demander l'organisation de la consultation, à condition toutefois qu'aucune organisation syndicale signataire ne s'y oppose.

Si, à l'issue d'un délai de 8 jours à compter de l'initiative de l'employeur, les éventuelles signatures d'autres organisations syndicales représentatives n'ont pas permis d'atteindre le taux de 50 %, la consultation des salariés est alors organisée dans un délai de 2 mois.

Les modalités de la consultation sont fixées par un protocole spécifique dont la conclusion n'est plus réservée aux organisations signataires de l'accord. Désormais, ce protocole est conclu entre l'employeur et une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ayant recueilli plus de 30 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des dernières élections professionnelles (quel que soit le nombre de votants). Ce qui inclut donc les organisations syndicales qui ne seraient pas signataires de l'accord soumis à consultation.

# Nouvelles modalités de négociation dans les entreprises dépourvues de délégué syndical ou de conseil d'entreprise

## Des modalités de négociation encore assouplies

Et une de plus ! Depuis 20 ans, les réformes se succèdent pour tenter de développer la négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégué syndical, en particulier dans les TPE/PME. Sans grand succès. Même les deux dernières réformes (loi « Rebsamen » en 2015 et loi Travail en 2016), qui ont élargi les possibilités de négocier des accords collectifs dans les entreprises sans représentation syndicale, n'ont pas permis de développer cette négociation au-delà du seul thème de l'épargne salariale. La difficulté pour les élus et les salariés d'obtenir un mandatement syndical explique en partie cet échec.

La nouvelle réforme réussira-t-elle là où les précédentes ont échoué ? C'est en tout cas l'ambition du gouvernement. Pour y parvenir, l'ordonnance n° 2017-1385 prévoit une nouvelle organisation de la négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégué syndical ou de conseil

d'entreprise (sur le conseil d'entreprise, v. p. 64) qui diffère selon la taille des entreprises.

**Remarque** : le calcul de l'effectif de l'entreprise s'effectue selon les modalités prévues pour la mise en place du comité social et économique (atteinte de l'effectif pendant 12 mois consécutifs).

Les principales nouveautés concernent :

- les entreprises de moins de 11 salariés (ou celles comptant entre 11 et 20 salariés en l'absence d' élu) dans lesquelles l'employeur pourra désormais proposer directement aux salariés de l'entreprise un projet d'accord qui sera soumis à leur vote ;
- les entreprises comptant entre 11 et 49 salariés dans lesquelles :
  - la primauté du mandatement syndical disparaît,
  - les thèmes de négociation avec les représentants élus non mandatés ne sont plus limités.

Dans les entreprises de 50 salariés et plus, très peu de changements, la philosophie du dispositif reste la même : primauté de la négociation avec des élus mandatés ; à défaut, possibilité de négocier avec des élus non mandatés et, à défaut, avec des salariés mandatés.

### > Application des nouvelles dispositions aux mandats en cours

Les nouvelles dispositions relatives aux modalités de négociation dans les entreprises dépourvues de délégué syndical (ou de conseil d'entreprise), intégralement réécrites par l'ordonnance, visent désormais uniquement « les membres de la délégation du personnel du comité social et économique (CSE) », nouvelle instance unique qui fusionnera à terme le comité d'entreprise (CE), les délégués du personnel (DP) et le CHSCT (v. p. 31 et s.). En revanche, il n'est plus fait référence aux représentants élus du personnel dans leurs formes actuelles (représentants élus au CE ou à la DUP et DP). Cette nouvelle rédaction est surprenante puisque le CSE sera mis en place dans les entreprises à des dates différentes (selon qu'elles sont déjà dotées de représentants du personnel et selon le terme des mandats en cours) et au plus tard le 1<sup>er</sup> janvier 2020. En attendant, les entreprises conservent donc des institutions séparées. Selon nous, jusqu'à la mise en place du CSE dans l'entreprise, les nouvelles modalités de négociation prévues ci-après avec « les membres de la délégation du personnel du CSE » devraient s'entendre des modalités de négociation avec les institutions actuelles, c'est-à-dire avec les représentants élus au CE (ou à la DUP ou à la DUP conventionnelle) ou, à défaut, avec les DP.

## Modalités de ratification d'un accord dans les entreprises de moins de 11 salariés et dans celles de 11 à 20 salariés sans élu

Dans les entreprises dont l'effectif habituel est inférieur à 11 salariés, l'employeur peut désormais proposer à son personnel un projet d'accord portant sur l'ensemble des thèmes ouverts à la négociation collective d'entreprise.

Ce projet d'accord doit ensuite être soumis au vote des salariés pour validation. La consultation du personnel doit être organisée à l'issue d'un délai minimum de 15 jours courant à compter de la communication à chaque salarié du projet d'accord. Pour être considéré comme un accord valide (v. remarque ci-après), le projet d'accord doit être ratifié à la majorité des deux tiers du personnel. Les conditions d'application de ces dispositions, notamment les modalités d'organisation de la consultation des salariés, seront fixées par décret en Conseil d'État (non paru à l'heure où nous rédigeons ces lignes).

**Remarque :** quelle sera la nature juridique de l'accord ainsi ratifié ? S'agira-t-il d'un véritable accord collectif d'entreprise ou bien d'un accord sui generis ? Pourra-t-il être révisé selon les mêmes modalités ? Le décret à paraître pourrait apporter des réponses à ces questions.

Cette nouvelle modalité de ratification des accords s'applique également dans les entreprises dont l'effectif habituel est compris entre 11 et 20 salariés en l'absence de membre élu de la délégation du personnel du CSE.

Le recours à la ratification est désormais, dans les entreprises de moins de 11 salariés (et dans celles de 11 à 20 salariés sans élu), la seule modalité possible de conclusion d'un accord collectif, le recours au mandatement syndical de salariés n'étant plus prévu.

## Modalités de négociation dans les entreprises de 11 à 49 salariés

### Avec qui négocier ?

Pour les entreprises dont l'effectif habituel est compris entre 11 et moins de 50 salariés, l'ordonnance prévoit deux modalités alternatives (c'est-à-dire de valeur égale) de négociation en l'absence de délégué syndical ou de conseil d'entreprise. Les accords d'entreprise ou d'établissement peuvent ainsi être négociés, conclus et révisés :

– soit avec des salariés mandatés : un ou plusieurs salariés mandatés par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives dans la branche (ou, à défaut, au niveau national et interprofessionnel), membre(s) ou non de la délégation du personnel du CSE (une même organisation ne pouvant mandater qu'un seul salarié) ;

– soit avec des élus du personnel : un ou plusieurs membre(s) de la délégation du personnel du CSE, mandatés ou non (le texte ne précise pas s'il s'agit des membres titulaires du CSE ; doit-on en déduire que les membres suppléants ont la capacité de négocier ?).

### Quelles sont les conditions de validité des accords ?

Lorsque l'accord (ou l'avenant de révision) est conclu avec un ou plusieurs salariés mandatés non membre(s) de la délégation du personnel du CSE, il doit, pour être valable, être approuvé par les salariés à la majorité des suffrages exprimés, dans des conditions fixées par décret (à paraître) et dans le respect des principes généraux du droit électoral.

Quant aux accords ou avenants conclus avec un ou plusieurs membre(s) de la délégation du personnel du CSE (c'est-à-dire avec les élus, mandatés ou non), ils doivent être signés par des membres du CSE représentant la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles.

**Remarque :** contrairement à ce qui est prévu pour les entreprises de 50 salariés et plus (v. ci-après), il n'est pas fait mention ici de l'obligation faite à l'employeur d'informer les organisations syndicales représentatives dans la branche (ou, à défaut, au niveau national et interprofessionnel) de sa décision d'engager des négociations avec des élus mandatés ou des salariés mandatés.

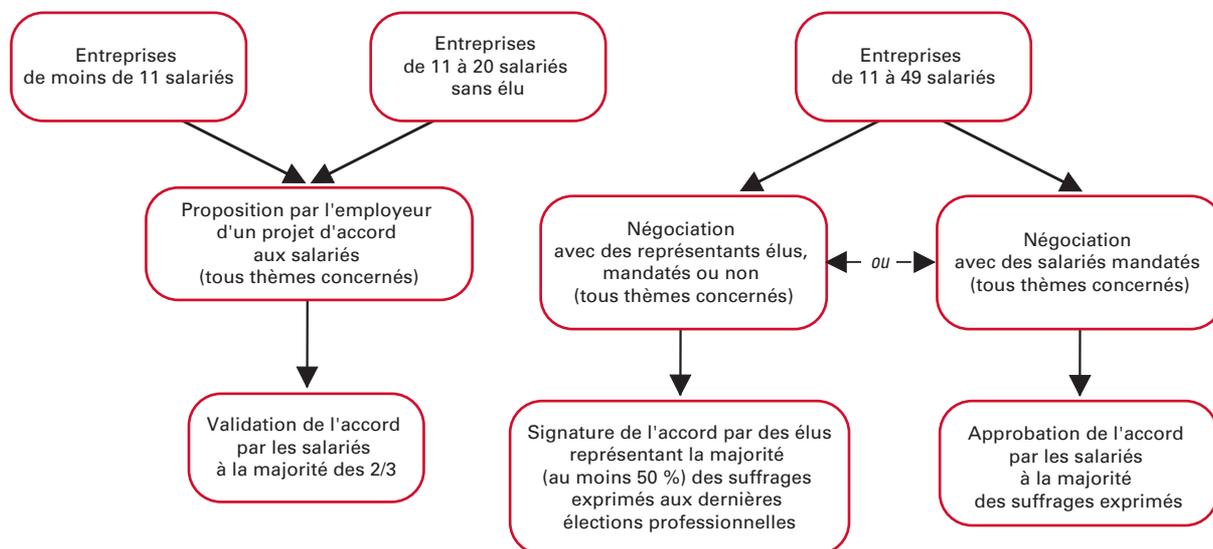
## Quel est le champ de la négociation ?

Les accords peuvent porter sur toutes les mesures qui peuvent être négociées par accord d'entreprise ou d'établissement sur le fondement du code du travail.

Rappelons que jusqu'à présent, les thèmes ouverts à la négociation avec les représentants élus non

mandatés étaient limités aux mesures dont la mise en œuvre est subordonnée par la loi à un accord collectif (par exemple, mise en place de conventions de forfait annuel en heures ou en jours, dérogation au régime des coupures ou des heures complémentaires dans le cadre du travail à temps partiel). Cette restriction du champ de la négociation a aujourd'hui disparu.

### Schéma 1 : négociation sans DS dans les entreprises de moins de 50 salariés (nouveau)



## Modalités de négociation dans les entreprises de 50 salariés et plus

Dans les entreprises dont l'effectif habituel est au moins égal à 50 salariés, la nouvelle réforme maintient une primauté de la négociation avec les représentants élus mandatés. Les deux autres modes de négociation, avec les élus non mandatés ou, à défaut, avec des salariés mandatés, sont subsidiaires et ne peuvent donc être utilisés qu'en l'absence de représentants élus mandatés.

**Remarque :** comme avant, l'employeur doit informer les organisations syndicales représentatives dans la branche dont relève l'entreprise (ou, à défaut, les organisations syndicales représentatives au niveau national et interprofessionnel) de sa décision d'engager des négociations avec des élus mandatés ou des salariés mandatés.

### Négociation avec les représentants élus mandatés

Dans les entreprises ne comportant pas de délégué syndical ou de conseil d'entreprise, des accords collectifs peuvent être négociés, conclus et révisés avec les membres de la délégation du personnel du CSE (v. remarque ci-après), sous réserve qu'ils soient expressément mandatés à cet effet par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives dans la branche dont relève l'entreprise ou, à défaut, au niveau national et interprofessionnel (une même organisation ne pouvant mandater qu'un seul salarié).

**Remarque :** comme dans les entreprises de 11 à 49 salariés, il n'est pas précisé s'il s'agit des membres titulaires du CSE. Doit-on là aussi en déduire que les membres suppléants ont la capacité de négocier ?

Les thèmes ouverts à cette négociation ne sont a priori pas limités, bien que le nouvel article L. 2232-24 du code du travail ne le précise pas expressément.

Pour être valable, l'accord ou l'avenant de révision ainsi conclu doit être approuvé par les salariés à la majorité des suffrages exprimés, dans des conditions fixées par décret (à paraître) et dans le respect des principes généraux du droit électoral.

### Négociation avec les représentants élus non mandatés

En l'absence de membre de la délégation du personnel du CSE mandaté en application des dispositions susvisées, peuvent négocier, conclure et réviser des accords collectifs les membres de la délégation du personnel du CSE (v. remarque ci-avant) qui n'ont pas été expressément mandatés par une organisation syndicale.

Cette négociation ne peut concerner que les mesures dont la mise en œuvre est subordonnée par la loi à un accord collectif (à l'exception des accords de méthode mentionnés à l'article L. 1233-21 du code du travail sur les modalités d'information et de consultation du CSE lorsque l'employeur envisage le licenciement économique d'au moins 10 salariés dans une même période de 30 jours).

La validité des accords ou avenants de révision ainsi conclus est subordonnée à leur signature par des membres de la délégation du personnel du CSE représentant la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles.

Signalons qu'est désormais supprimée l'obligation de transmission pour information de ces accords à la commission paritaire de branche.

**> Procédure de négociation avec les représentants élus (mandatés ou non)**

Les dispositions antérieures sont reprises à l'identique au nouvel article L. 2232-25-1 du code du travail :

- l'employeur doit faire connaître aux élus son intention de négocier par tout moyen permettant de lui conférer une date certaine ;
- les élus souhaitant négocier doivent le faire savoir à l'employeur dans un délai d'un mois en indiquant, le cas échéant, s'ils sont mandatés par une organisation syndicale ;
- à l'issue de ce délai d'un mois, la négociation s'engage avec les élus mandatés ou, à défaut, avec les élus non mandatés.

## Négociation avec des salariés mandatés

Négocier, conclure et réviser des accords collectifs d'entreprise avec un ou plusieurs salariés expressément mandatés par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives dans la branche (ou, à défaut, au niveau national et interprofessionnel) est possible :

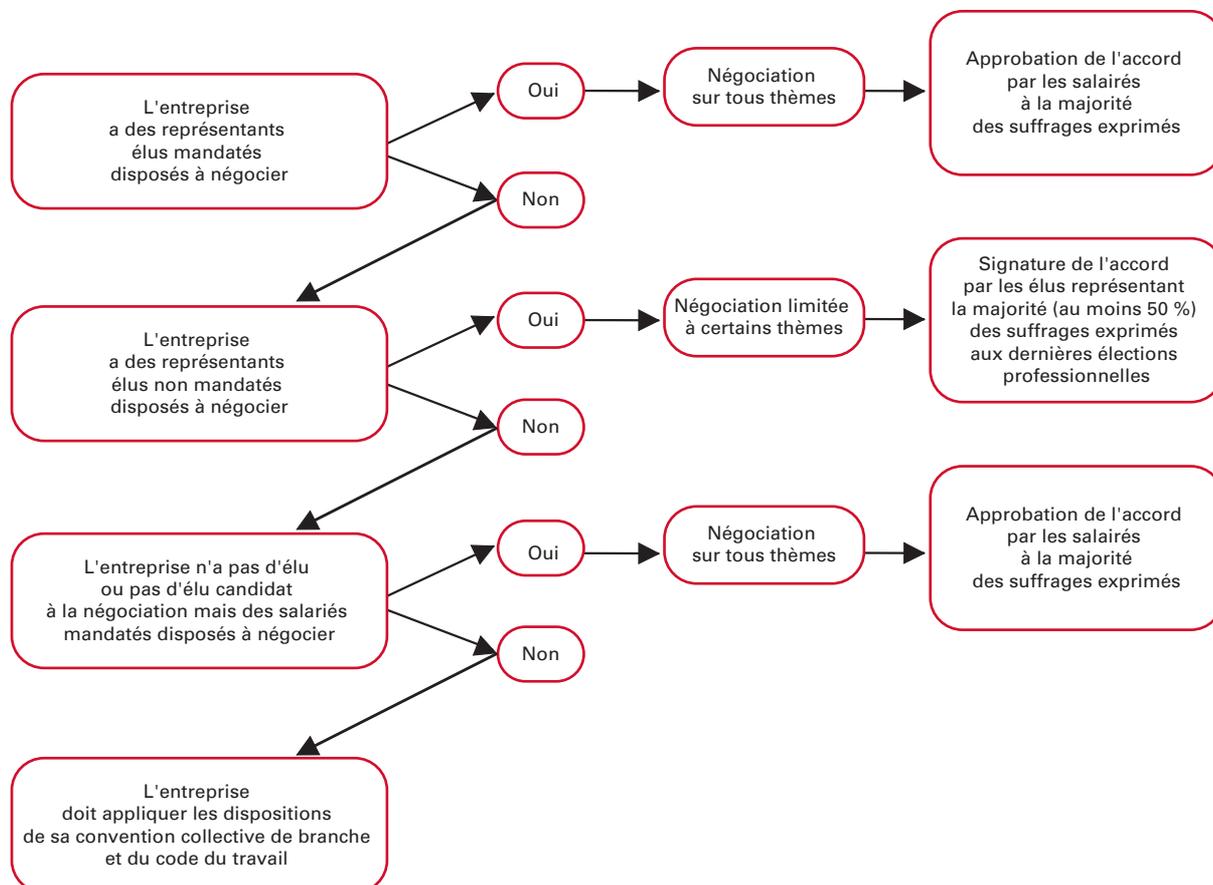
- dans les entreprises dépourvues de délégué syndical ou de conseil d'entreprise mais dotées de représentants élus au CSE lorsqu'aucun d'entre eux n'a manifesté son souhait de négocier à l'issue de la procédure susvisée (v. encadré) ;
- dans les entreprises dépourvues de délégué syndical dans lesquelles un procès-verbal de carence a établi l'absence de représentants élus du personnel.

Une même organisation ne peut mandater qu'un seul salarié.

Comme avant, les accords négociés et conclus par un ou plusieurs salariés mandatés peuvent porter sur toutes les mesures qui peuvent être négociées par accord d'entreprise ou d'établissement sur le fondement du code du travail. Tous les thèmes ouverts à la négociation d'entreprise peuvent donc faire l'objet d'une négociation avec des salariés mandatés.

Pour être valables, les accords signés par des salariés mandatés doivent avoir été approuvés par les salariés à la majorité des suffrages exprimés, dans des conditions fixées par décret (à paraître) et dans le respect des principes généraux du droit électoral.

**Schéma 2 : négociation sans DS dans les entreprises de 50 salariés et plus (rappel)**



## Règles générales de la négociation et crédits d'heures des négociateurs

En la matière, les règles antérieures restent inchangées :

– la négociation entre l'employeur et les élus du CSE ou les salariés mandatés se déroule dans le respect des règles suivantes : indépendance des négociateurs vis-à-vis de l'employeur, élaboration conjointe du projet d'accord par les négociateurs, concertation avec les salariés, faculté de se rapprocher des organisations syndicales représentatives de la branche ;

– ne peuvent être mandatés les salariés qui, en raison des pouvoirs qu'ils détiennent, peuvent être assimilés à l'employeur, ainsi que les salariés apparentés à l'employeur (conjoint, partenaires liés par un PACS, concubins, ascendants, descendants, frères, sœurs ou alliés au même degré de l'employeur) ;

– s'agissant des élus, le temps passé aux négociations n'est pas imputable sur les heures de délégation prévues dans le cadre du mandat ;

– chaque élu appelé à participer à une négociation ou chaque salarié mandaté dispose du temps nécessaire à l'exercice de ses fonctions dans les limites d'une durée qui, sauf circonstances exceptionnelles, ne peut excéder 10 heures par mois : ces heures sont de plein droit considérées comme temps de travail et payées à l'échéance normale et l'employeur qui entend en contester l'utilisation doit saisir le juge judiciaire.

## Entrée en vigueur des accords

Les accords d'entreprise ou d'établissement conclus avec les représentants élus ou avec des salariés mandatés ne peuvent entrer en application qu'après leur dépôt auprès de l'autorité administrative.

# Création d'un observatoire départemental pour favoriser la négociation collective dans les petites entreprises

## Composition

Un observatoire d'analyse et d'appui au dialogue social et à la négociation sera désormais institué au niveau départemental par décision de l'autorité administrative compétente. Son rôle sera de favoriser et d'encourager le développement du dialogue social et de la négociation collective au sein des entreprises de moins de 50 salariés du département.

La composition de l'observatoire sera tripartite. Il réunira :

– des membres, salariés et employeurs, ayant leur activité dans la région, désignés par les organisations syndicales de salariés représentatives au niveau du département et par les organisations professionnelles d'employeurs représentatives au niveau national interprofessionnel et multiprofessionnel : chaque organisation répondant à ces critères disposera d'un siège au sein de l'observatoire ;

– des représentants de l'autorité administrative compétente dans le département.

Il sera présidé successivement par une organisation syndicale de salariés et une organisation professionnelle

d'employeurs remplissant la condition d'activité réelle. Le secrétariat de l'observatoire sera assuré par l'autorité administrative susvisée.

## Missions

L'observatoire aura pour missions :

– d'établir un bilan annuel du dialogue social dans le département ;

– d'apporter son concours et son expertise juridique aux entreprises de son ressort dans le domaine du droit social.

En outre, il pourra être saisi par les organisations syndicales de salariés ou par les organisations professionnelles d'employeurs de toutes difficultés rencontrées dans le cadre d'une négociation.

Les conditions d'application de ces nouvelles dispositions, notamment les conditions de désignation des membres de l'observatoire, sont fixées par décret en Conseil d'État (à paraître).

# Sécurisation des accords collectifs

## Présomption simple de conformité des accords collectifs à la loi et régime de la preuve

Sécuriser les accords collectifs est, selon l'étude d'impact du projet de loi d'habilitation, une condition indispensable « si l'on souhaite que les acteurs de la négociation d'entreprise se lancent dans ce vaste chantier en confiance ».

**NDLR :** bien que l'étude d'impact cible la négociation d'entreprise, précisons que les dispositions présentées ci-après concernent l'ensemble des accords collectifs.

Dans cette optique, le gouvernement a d'abord envisagé d'inscrire expressément dans le code du travail une présomption de conformité des accords collectifs à la loi. Il a finalement décidé de suivre l'avis du Conseil d'État qui a considéré qu'il était plus adapté de raisonner en termes de charge de la preuve (CE, avis, 22 juin 2017, n° 393357).

Le code du travail s'enrichit ainsi d'un nouvel article L. 2262-13 aux termes duquel il appartient à celui qui conteste la légalité d'une convention ou d'un accord collectif de démontrer qu'il n'est pas conforme aux conditions légales qui le régissent (une traduction fidèle du principe de droit civil selon lequel c'est à la partie requérante d'apporter la preuve de ses allégations).

**Remarque :** rappelons que ce principe a été appliqué par la Cour de cassation. Elle a en effet, en janvier 2015, posé le principe selon lequel les différences de traitement entre catégories professionnelles opérées par voie de conventions ou d'accords collectifs sont présumées justifiées de sorte qu'il appartient à celui qui les conteste de démontrer qu'elles sont étrangères à toute considération de nature professionnelle (Cass. soc., 27 janv. 2015, n° 13-22.179). Cette solution a ensuite été étendue aux différences de traitement entre salariés exerçant au sein d'une même catégorie professionnelle des fonctions distinctes (Cass. soc., 8 juin 2016, n° 15-11.324) puis aux différences de traitement résultant d'accords d'établissement d'une même entreprise (Cass. soc., 3 nov. 2016, n° 15-18.444).

Ce faisant, mais sans le dire expressément, l'ordonnance instaure au profit des accords collectifs une présomption simple (puisque pouvant être renversée) de conformité à la loi, présomption qui, selon le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-1385, vise le contenu des accords, leurs conditions de validité ainsi que le déroulement des négociations.

## Délai de prescription de l'action en nullité des accords collectifs

Deuxième nouveauté permettant de sécuriser les accords collectifs : l'action en nullité est désormais enfermée dans un délai de 2 mois.

Le nouvel article L. 2262-14 du code du travail prévoit en effet que l'action en nullité de tout ou partie d'une convention ou d'un accord collectif doit, pour être recevable, être engagée dans un délai de 2 mois. Ce délai court à compter :

– de la notification de l'accord d'entreprise prévue à l'article L. 2231-5 du code du travail pour les organisations disposant d'une section syndicale dans l'entreprise : rappelons que l'article L. 2231-5 impose à la partie la plus diligente des organisations signataires d'une convention ou d'un accord collectif d'en notifier le texte à l'ensemble des organisations représentatives à l'issue de la procédure de signature ;

– de la date de publication de l'accord dans la future base de données nationale issue de la loi Travail dans les autres cas : signalons toutefois que cette base de données, qui devait être publiée en ligne le 1<sup>er</sup> septembre 2017, ne l'est toujours pas à ce jour.

Les dispositions du nouvel article L. 2262-14 du code du travail s'appliquent aux conventions ou accords conclus à compter du 24 septembre 2017. Si une instance a été introduite avant cette date, l'action est poursuivie et jugée conformément aux anciennes dispositions légales (ces dernières s'appliquant également en appel et en cassation).

Pour les conventions ou accords conclus avant le 24 septembre 2017 et pour lesquels aucune instance n'a été introduite avant cette date, le nouveau délai de 2 mois court à compter du 24 septembre 2017.

### > Maintien de certains délais de contestation spécifiques

Le nouveau délai de 2 mois est sans incidence sur les délais spécifiques suivants prévus par le code du travail :

– délai de contestation de 3 mois (à compter de la date de dépôt de l'accord) des accords de méthode fixant les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise (ou du futur comité social et économique) lorsque l'employeur envisage, dans les entreprises d'au moins 50 salariés, le licenciement économique d'au moins 10 salariés dans une même période de 30 jours (C. trav., art. L. 1233-24) ;

– délai de contestation de 2 mois (à compter de la notification de la décision de validation ou d'homologation pour l'employeur, à compter de la date à laquelle la décision a été portée à leur connaissance pour les organisations syndicales et les salariés) des accords portant sur les plans de sauvegarde de l'emploi (C. trav., art. L. 1235-7-1) ;

– délai de contestation de 2 mois (à compter de la notification de la décision de validation pour l'employeur, à compter de la date à laquelle la décision a été portée à leur connaissance pour les organisations syndicales et les salariés) des accords portant sur les plans de départ volontaire (C. trav., art. L. 1237-19-8).

## Modulation des effets dans le temps des décisions d'annulation

Si le juge avait déjà la possibilité de renoncer à l'effet rétroactif de l'annulation d'un accord collectif, en différant dans le temps les effets de l'annulation, cette faculté a été peu utilisée en pratique et n'était pas, jusqu'à présent, inscrite dans le code du travail.

Échaudé par les contentieux récents sur les accords relatifs aux forfaits annuels en jours (v. remarque ci-après), le gouvernement a estimé qu'une codification de ce principe était utile « dans un souci d'intelligibilité de la norme et des marges d'appréciation laissées au juge » (étude d'impact du projet de loi d'habilitation).

**Remarque :** la Cour de cassation a, ces dernières années, invalidé dans plusieurs branches (Bureaux d'études techniques dite « Syntec », Chimie, BTP, commerce de gros...) les dispositions conventionnelles relatives au forfait annuel en jours jugeant qu'elles n'étaient pas de nature à garantir que l'amplitude et la charge de travail restent raisonnables et assurent une bonne répartition dans le temps du travail du salarié, et donc à assurer la protection de la sécurité et de la santé du salarié. Ces accords de branche

ayant été frappés de nullité, toutes les conventions individuelles de forfait conclues en application de ces accords ont été privées d'effet (celles-ci étant alors considérées comme n'ayant jamais existé). Ce qui a contraint les entreprises à verser aux salariés concernés d'importants rappels de salaires à titre d'heures supplémentaires.

L'ordonnance relative au renforcement de la négociation collective introduit donc dans le code du travail un nouvel article L. 2262-15 qui permet au juge, en cas d'annulation de tout ou partie d'une convention ou d'un accord collectif, de décider que l'annulation ne produira ses effets que pour l'avenir ou de moduler les effets de sa décision dans le temps (sans préjudice des actions contentieuses déjà engagées à la date de sa décision sur le même fondement). Le juge peut user de cette faculté s'il apparaît que l'effet rétroactif de l'annulation est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives en raison, tant des effets que la convention ou l'accord a produits et des situations qui ont pu se constituer lorsqu'elle ou il était en vigueur, que de l'intérêt général pouvant s'attacher à un maintien temporaire de ses effets.

## Négociations obligatoires dans l'entreprise

### Dispositions d'ordre public

La négociation obligatoire dans l'entreprise (Ord., n° 2017-1385, art. 7) conserve ses caractéristiques principales, même si la structure des textes se présente désormais sous la forme du triptyque devenu classique : dispositions d'ordre public, champ de la négociation et dispositions supplétives.

La négociation obligatoire reste l'apanage des entreprises dans lesquelles est constituée au moins une section syndicale. En pratique, sont visées les entreprises où un délégué syndical au moins a été désigné (ou bien, un délégué du personnel ou un membre du CSE désigné comme délégué syndical).

Précisons au préalable que les négociations obligatoires dans l'entreprise sont fondées sur les documents issus de la BDES, dont l'accès est ouvert aux délégués syndicaux (v. p. 53).

### Dispositions d'ordre public applicables à la négociation obligatoire

Si le contour des trois thèmes de la négociation obligatoire en entreprise reste à peu près identique (v. ci-après), leur fréquence peut être allongée à une durée d'au plus 4 ans (C. trav., art. L. 2242-1).

Cette périodicité quadriennale est prévue soit dans l'accord sur la négociation elle-même, soit dans l'accord séparé conclu pour chacun des trois thèmes. A défaut de stipulation conventionnelle sur ce point, les dispositions supplétives prévoient une fréquence

annuelle pour les 2 premiers thèmes (rémunération, temps de travail, partage de la valeur ajoutée/égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et qualité de vie au travail), et triennale pour le 3<sup>e</sup> thème (gestion des emplois et des parcours professionnels, GPEC).

Les dispositions qui relèvent de l'ordre public (C. trav., art. L. 2242-1 à L. 2242-9 nouv.) sont les suivantes :

– l'obligation, pour l'employeur, en l'absence d'accord sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, d'établir un plan d'action annuel, comportant des objectifs de progression, des actions qualitatives et quantitatives permettant de les atteindre et l'évaluation de leur coût : ces engagements, définis par un décret (à paraître) ne devraient pas comporter de modifications par rapport à ceux applicables actuellement et le plan d'action est, comme l'accord sur l'égalité professionnelle, déposé auprès de la Direccte ;

**Remarque :** une synthèse de ce plan d'action, dont le contenu sera établi par décret, est diffusée auprès des salariés par voie d'affichage ou par tout autre moyen adapté aux conditions d'exercice de l'activité de l'entreprise, tenue à la disposition de toute personne qui la demande et publiée sur le site intranet de l'entreprise, s'il existe.

– à défaut d'accord sur les mesures visant à supprimer les écarts de rémunération entre les sexes, lors de la négociation sur l'égalité professionnelle, la négociation annuelle sur les salaires effectifs aborde à nouveau cette question ainsi que celle relative aux différences de déroulement de carrière entre les femmes et les hommes ;

**Remarque :** en pratique, si l'accord sur l'égalité professionnelle comporte des dispositions relatives à la suppression des écarts de salaires entre les femmes et les hommes, cette question est toujours incluse dans la négociation sur les salaires puisqu'il s'agit, alors, d'effectuer le suivi des mesures (v. ci-après).

– l'interdiction pour l'employeur de prendre des décisions unilatérales concernant la collectivité des salariés dans les matières en cours de négociation, sauf si l'urgence le justifie ;

– l'établissement d'un PV de désaccord, en cas d'échec de la négociation, mentionnant, dans leur dernier état, les propositions respectives des parties, et les mesures que l'employeur entend appliquer unilatéralement ;

– à cette obligation, s'ajoute, lors du dépôt de l'accord sur les salaires effectifs, un PV d'ouverture de négociation sur les écarts de rémunération entre les femmes et les hommes, consignnant les propositions respectives des parties.

**Remarque :** ce PV d'ouverture des négociations sur les écarts de rémunération doit attester de l'engagement loyal et sérieux de l'employeur à cette négociation. Un tel engagement se matérialise par la mention, dans le PV, de la convocation des organisations syndicales représentatives, de la fixation d'un lieu et d'un calendrier des réunions, de la communication aux organisations syndicales des informations nécessaires et de la réponse motivée de l'employeur aux éventuelles propositions de celles-ci. Cette obligation d'attester de « l'ouverture des négociations » ne se conçoit qu'en l'absence d'accord conclu sur ce point particulier.

## Sanctions

En cas d'absence d'ouverture de négociation sur les salaires effectifs selon la périodicité requise (soit la périodicité d'au plus 4 ans prévue par l'accord sur la négociation ou celle prévue par l'accord sur les salaires effectifs, ou, en l'absence d'accord, tous les ans), l'entreprise est passible d'une pénalité calculée comme précédemment (C. trav., art. L. 2242-7).

Les entreprises visées par la sanction sont celles « où sont constituées une ou plusieurs sections syndicales », ce qui était déjà le cas avant l'ordonnance.

La pénalité est fixée par la Direccte, dans la limite de 10 % des exonérations de cotisations sociales dont l'entreprise a bénéficié au titre des rémunérations versées chaque année où le manquement est constaté, dans la limite des 3 années précédant le contrôle, dès lors qu'aucun manquement relatif à cette obligation n'a été relevé au cours des 6 années civiles précédentes. Si un précédent manquement a été constaté sur cette période, la pénalité peut être fixée jusqu'à 100 % des exonérations sociales.

En l'absence d'accord sur l'égalité professionnelle ou de plan d'action, en revanche, seules les entreprises d'au moins 50 salariés sont soumises à une pénalité, fixée à 1 % au maximum des rémunérations ou gains, par la Direccte (C. trav., art. L. 2242-8 nouv.).

**Remarque :** il est précisé, à cet article, que, dans les entreprises de 300 salariés et plus, le défaut d'accord sur l'égalité professionnelle est attesté par un PV de désaccord. En pratique cette précision aboutit à considérer que le dépôt du plan d'action n'est valablement effectué (et écarte donc le risque de sanction), dans ces entreprises, qu'accompagné du PV de désaccord (Circ. DGT n° 1, 18 janv. 2013).

La procédure de rescrit social relative à l'accord sur l'égalité professionnelle ou le plan d'action est reprise par l'ordonnance sans modifications (C. trav., art. L. 2242-9).

## Champ de la négociation collective

La négociation obligatoire peut faire l'objet d'un accord de groupe, d'entreprise ou d'établissement, d'une durée maximum de 4 ans. Cette négociation s'engage à l'initiative de l'employeur ou à la demande d'une organisation syndicale représentative (C. trav., art. L. 2242-10 à L. 2242-12).

**Remarque :** les dispositions concernant les accords de groupe ne sont pas modifiées par les ordonnances. En particulier l'article L. 2232-33 du code du travail, qui précise que l'ensemble des négociations prévues par le code du travail engagées et conclues au niveau du groupe, y compris celles relatives à la négociation obligatoire, dispense les entreprises concernées d'engager elles-mêmes ces négociations.

Cet accord porte sur :

– les thèmes de la négociation, de sorte que tous les thèmes obligatoires (v. ci-après) sont négociés au moins une fois tous les 4 ans ;

– la périodicité de la négociation et le contenu de chaque thème ;

**Remarque :** l'article L. 2242-20 (abrogé) du code du travail, qui faisait obligation à l'employeur de faire droit à la demande d'une organisation syndicale signataire d'ouvrir à nouveau la négociation sur les salaires effectifs, lorsqu'un accord avait prévu l'allongement de sa périodicité au-delà de l'année, n'est pas repris dans l'ordonnance. Il appartiendra désormais aux négociateurs de prévoir ce type de clause.

– le calendrier et les lieux de réunions ;

– les informations remises par l'employeur aux négociateurs et la date de cette remise ;

– les modalités de suivi des engagements souscrits.

**Remarque :** le suivi des engagements souscrits sur une base pluriannuelle devrait, en particulier, prévoir des réunions tous les ans pour examiner l'application de l'accord.

Par ailleurs, un accord portant sur les deux premiers domaines (rémunération, temps de travail, partage de la valeur ajoutée/égalité professionnelle et qualité de vie au travail) peut comporter sa propre périodicité (C. trav., art. L. 2242-12). La renégociation de cet accord s'impose, toutefois, tous les 4 ans au moins. La GPEC n'est pas concernée par cette disposition.

## Dispositions supplétives

En l'absence d'accord sur la négociation obligatoire, ou en cas de non-respect de ses stipulations, les dispositions antérieures à l'ordonnance, relatives au contenu de ces négociations et à leur fréquence, s'appliquent, au titre des dispositions supplétives, sous réserve de quelques modifications (C. trav., art. L. 2242-13 à L. 2242-21 nouv.).

La négociation obligatoire, dans les formes prévues par les dispositions supplétives, s'engage obligatoirement à la demande d'une organisation syndicale

représentative, à défaut d'une initiative de l'employeur depuis plus de 12 mois pour les deux premières et depuis plus de 36 mois, pour la GPEC.

Lors de la première réunion, il doit être précisé :

- le lieu et le calendrier de la ou des réunions ;
- les informations que l'employeur remettra aux délégués syndicaux et aux salariés composant la délégation sur les thèmes prévus par la négociation qui s'engage et la date de cette remise.

## Thèmes de négociation

Les trois thèmes, déjà prévus par les textes avant l'ordonnance du 22 septembre 2017, de la négociation obligatoire sont conservés, sans modifications importantes. Les tableaux ci-après récapitulent le contenu à négocier, thème par thème. Les modifications mineures apportées par l'ordonnance font l'objet de notes.

### Rémunération, temps de travail, partage de la valeur ajoutée (1)

Salaires effectifs.

Durée effective et organisation du temps de travail, notamment par la mise en place du temps partiel et, éventuellement, réduction du temps de travail.

Intéressement, participation et épargne salariale, à défaut d'accord d'entreprise ou de branche portant sur un ou plusieurs de ces dispositifs.

Suivi des mesures supprimant les écarts de rémunération et les différences de carrière entre les femmes et les hommes.

(1) Comme précédemment, cette négociation donne lieu à une information sur les mises à disposition de salariés auprès des organisations syndicales ou des associations d'employeurs (C. trav., art. L. 2242-16 nouv.).

### Égalité professionnelle et qualité de la vie (1)

Articulation entre la vie personnelle et la vie professionnelle.

Objectifs et mesures permettant d'atteindre l'égalité professionnelle, notamment en matière de suppression des écarts de rémunération, d'accès à l'emploi, de formation professionnelle, de déroulement de carrière et de promotion professionnelle, de conditions de travail et d'emploi (en particulier pour les salariés à temps partiel) et de mixité des emplois.

Maintien des cotisations d'assurance vieillesse sur un salaire de temps plein, en cas de travail à temps partiel, avec une prise en charge éventuelle du différentiel par l'employeur.

Mesures permettant de lutter contre toute discrimination en matière de recrutement, d'emploi et d'accès à la formation professionnelle.

Insertion professionnelle et maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés (conditions d'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle, conditions de travail et d'emploi, actions de sensibilisation de l'ensemble du personnel au handicap).

Modalités du régime de prévoyance et d'un régime de remboursements complémentaires des frais de maladie en l'absence d'accord de branche ou d'entreprise.

Exercice du droit d'expression directe et collective des salariés au moyen des outils numériques disponibles dans l'entreprise.

Modalités du plein exercice par le salarié de son droit à la déconnexion et mise en place de dispositifs de régulation de l'utilisation des outils numériques, en vue d'assurer le respect des temps de repos et de congés ainsi que de la vie personnelle et familiale. A défaut d'accord, élaboration d'une charte, après avis du comité social et économique.

Éventuellement : prévention des effets de l'exposition aux facteurs de risques professionnels (v. p. 111).

(1) L'article L. 2242-10 (abrogé) du code du travail qui prévoyait la prise en compte d'un objectif d'égalité professionnelle pour toutes les négociations obligatoires n'est pas repris. L'article L. 2242-20 (abrogé) du code du travail, qui n'ouvrait la possibilité de modifier la périodicité de la négociation sur l'égalité professionnelle qu'aux entreprises déjà couvertes par un accord (ou par un plan d'action) n'est pas repris dans l'ordonnance.

## GPEC (1) (2)

1) Mise en place d'un dispositif de GPEC, ainsi que les mesures susceptibles de lui être associées en matière de formation, d'abondement du CPF, de VAE, de bilan de compétences ainsi que d'accompagnement à la mobilité professionnelle et géographique des salariés autres que celles prévues à l'article L. 2254-2 (nouv.) du code du travail, au titre des nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou de la préservation ou du développement de l'emploi (v. p. 28) (3).

2) Le cas échéant, conditions de la mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise, telles que celles prévues à l'article L. 2254-2 (nouv.). Dispositions à faire apparaître dans un chapitre spécifique dans l'accord (3).

3) Orientations à 3 ans de la formation professionnelle dans l'entreprise et les objectifs du plan de formation, en particulier les catégories de salariés et d'emplois auxquels ce dernier est consacré en priorité, les compétences et qualifications à acquérir pendant la période de validité de l'accord ainsi que les critères et modalités d'abondement par l'employeur du compte personnel de formation (3).

4) Perspectives de recours aux différents contrats de travail, au travail à temps partiel et aux stages et moyens mis en œuvre pour diminuer le recours aux emplois précaires au profit des CDI (3).

5) Conditions d'information des entreprises sous traitantes sur les orientations stratégiques de l'entreprise ayant un effet sur leurs métiers, l'emploi et les compétences (3).

6) Déroulement de carrière des salariés exerçant des responsabilités syndicales et exercice de leurs fonctions (3).

7) Information et consultation du comité social et économique en cas de licenciement économique de plus de 10 salariés sur 30 jours (v. p. 72) (4).

8) Qualification des catégories d'emplois menacés par les évolutions économiques ou technologiques (4).

9) Modalités d'association des entreprises sous traitantes au dispositif de GPEC de l'entreprise (4).

10) Conditions de la participation de l'entreprise aux actions de GPEC mises en œuvre dans les territoires où elle est implantée (4).

11) Mise en place des congés de mobilité dans les conditions prévues aux articles L. 1237-18 et suivants du code du travail (v. p. 95) (4).

12) Formation et insertion durable des jeunes dans l'emploi, emploi des salariés âgés et transmission des savoirs et des compétences, perspectives de développement de l'alternance, modalités d'accueil des alternants et des stagiaires et amélioration des conditions de travail des salariés âgés (4) (5).

(1) *La négociation sur la GPEC (C. trav., art. L. 2242-20 nouv.) concerne les entreprises (ou groupes d'entreprises au sens de la mise en place d'un comité de groupe) d'au moins 300 salariés, ainsi que les entreprises ou groupes d'entreprises de dimension communautaire, définis aux articles L. 2341-1 et L. 2341-2 du code du travail.*

(2) *La négociation qui « pouvait » porter sur le contrat de génération (C. trav., art. L. 2242-14 abrogé) est supprimée.*

(3) *Les points 1 à 6 font l'objet d'un bilan à l'échéance de l'accord.*

(4) *La négociation obligatoire « peut » aborder les points 7 à 12.*

(5) *Le dernier point constitue une nouveauté par rapport au champ de la négociation prévu précédemment.*

## Contenu et périodicité des négociations obligatoires de branche

### Priorité à la négociation et supplétivité des dispositions légales

Accorder toujours plus de place à la négociation collective est, à n'en pas douter, le fil rouge de la réforme. Au point que même les négociations obligatoires de branche (et d'entreprise ; v. ci-avant) peuvent désormais être aménagées par accord collectif.

L'article 6 de l'ordonnance n° 2017-1385 réécrit en effet le chapitre du code du travail consacré à ces négociations obligatoires en le réorganisant, comme

en matière de durée du travail et de congés, autour de la distinction entre les dispositions d'ordre public, celles relevant du champ de la négociation collective et les dispositions supplétives.

Ce texte permet ainsi aux branches de définir, par un accord collectif d'une durée maximale de 4 ans, le calendrier, la périodicité, les thèmes et les modalités de négociation (champ de la négociation collective). Tous les thèmes des négociations obligatoires doivent toutefois faire l'objet d'une négociation au minimum tous les 4 ou 5 ans, selon le thème (ordre public). Ce n'est qu'à défaut d'accord que les dispositions légales, désormais supplétives, relatives aux thèmes de négociation et à leur périodicité, s'appliquent.

## Les dispositions d'ordre public

### Engagement sérieux et loyal des négociations

Relève de l'ordre public, c'est-à-dire des dispositions auxquelles il est impossible de déroger, l'obligation d'engager sérieusement et loyalement les négociations, obligation qui est généralisée à toutes les négociations obligatoires.

**Remarque :** jusqu'à présent, l'engagement loyal et sérieux des négociations ne concernait que la négociation sur la suppression des écarts de rémunération entre les femmes et les hommes dans le cadre des négociations obligatoires sur les salaires et sur les classifications.

Rappelons que l'engagement sérieux et loyal des négociations implique que la partie patronale ait communiqué aux organisations syndicales les informations nécessaires pour leur permettre de négocier en toute connaissance de cause et ait répondu de manière motivée aux éventuelles propositions des organisations syndicales.

Si une négociation n'a pas été engagée sérieusement et loyalement, une commission mixte doit être réunie.

### Périodicité minimale des négociations

Les organisations liées par une convention ou un accord de branche doivent se réunir :

– au moins une fois tous les 4 ans pour négocier sur les thèmes suivants :

- les salaires,
- les mesures tendant à assurer l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et les mesures de rattrapage tendant à remédier aux inégalités constatées,
- les conditions de travail, la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences (GPEC) et la prise en compte des effets de l'exposition aux facteurs de risques professionnels énumérés à l'article L. 4161-1 du code du travail (v. p. 111),
- les mesures tendant à l'insertion professionnelle et au maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés,
- les priorités, objectifs et moyens de la formation professionnelle des salariés ;

– au moins une fois tous les 5 ans pour négocier sur les thèmes suivants :

- l'examen de la nécessité de réviser les classifications,
- l'épargne salariale (institution d'un ou plusieurs plans d'épargne interentreprises ou plans d'épargne pour la retraite collectifs interentreprises lorsqu'il n'existe aucun accord conclu à ce niveau en la matière).

En outre, ces organisations doivent ouvrir une négociation sur les modalités d'organisation du travail à temps partiel lorsqu'au moins un tiers de l'effectif de la branche occupe un emploi à temps partiel, cette négociation devant notamment porter sur :

– la durée minimale d'activité hebdomadaire ou mensuelle ;

- le nombre et la durée des périodes d'interruption d'activité ;
- le délai de prévenance préalable à la modification des horaires ;
- la rémunération des heures complémentaires.

### Le champ de la négociation collective

Le code du travail permet désormais aux organisations syndicales de salariés et aux organisations professionnelles d'employeurs représentatives dans le champ d'une convention collective de branche d'engager, à la demande de l'une d'entre elles, une négociation afin de fixer le calendrier, la périodicité, les thèmes et les modalités de négociation dans la branche ou le secteur professionnel considéré.

L'accord, dont la durée ne peut excéder 4 ans, doit préciser les thèmes des négociations et la périodicité de chaque thème de négociation, étant précisé que, conformément aux dispositions d'ordre public :

- doivent être négociés au moins tous les 4 ans les thèmes suivants : salaires ; égalité professionnelle entre les femmes et les hommes ; conditions de travail, GPEC et prise en compte des effets de l'exposition aux facteurs de risques professionnels ; insertion professionnelle et maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés ; formation professionnelle ;
- doivent être négociés au moins tous les 5 ans les thèmes suivants : classifications et épargne salariale ;
- doivent être négociées, lorsque les conditions prévues par les dispositions d'ordre public sont réunies (v. ci-avant), les modalités d'organisation du temps partiel.

**Remarque :** rappelons que les accords de branche pouvaient déjà aménager les périodicités des négociations obligatoires, dans la limite d'une périodicité triennale pour la négociation annuelle sur les salaires, d'une périodicité quinquennale pour les négociations triennales (égalité professionnelle, formation professionnelle, conditions de travail et GPEC, travailleurs handicapés) et d'une périodicité septennale pour les négociations quinquennales (classifications et épargne salariale). En outre, en cas de demande d'engagement de la négociation sur les salaires formulée par une organisation signataire, le thème devait alors être mis immédiatement à l'ordre du jour des négociations. Cette dernière disposition est désormais supprimée.

L'accord doit également fixer :

- le contenu de chaque thème de négociation ;
- le calendrier et le lieu des réunions ;
- les informations que les organisations patronales remettent aux négociateurs sur les thèmes prévus par la négociation qui s'engage ainsi que la date de remise de ces informations ;
- les modalités de suivi des engagements souscrits par les parties.

Précisons pour finir qu'un accord conclu sur l'un des thèmes de négociation obligatoires visé par les dispositions d'ordre public peut fixer la périodicité de sa renégociation, dans la limite de 4 ou 5 ans selon le thème (v. ci-avant).

## Les dispositions légales supplétives

Ce n'est désormais qu'à défaut d'accord de branche conclu dans les conditions susvisées, ou en cas de non-respect des dispositions de cet accord, que s'appliquent les dispositions légales relatives aux thèmes et à la périodicité des négociations obligatoires de branche.

Ces dispositions, désormais supplétives, sont pour l'essentiel inchangées. Pour rappel, la loi impose aux partenaires sociaux de la branche de négocier :

- au moins une fois par an sur les salaires ;
- au moins une fois tous les trois ans sur :
  - l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes,
  - les conditions de travail, la GPEC et la prise en compte des effets de l'exposition aux facteurs de risques professionnels,

**Remarque :** il était jusqu'à présent prévu que cette négociation pouvait également porter sur le contrat de génération. Cette disposition est désormais supprimée (l'ordonnance n° 2017-1387 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail ayant supprimé ce dispositif ; v. ci-après).

- l'insertion professionnelle et le maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés,
- les priorités, les objectifs et les moyens de la formation professionnelle des salariés ;
  - au moins une fois tous les 5 ans sur :
- les classifications,
- l'épargne salariale.

Le code du travail prévoit également, pour les branches dont au moins un tiers de l'effectif occupe un emploi à temps partiel, l'obligation de négocier sur les modalités d'organisation du temps partiel.

## Les nouveautés en matière d'extension et d'élargissement des accords collectifs

### Réforme des conditions de l'extension

#### Nouvelle condition préalable à l'extension des accords de branche

Pour permettre l'accès des petites entreprises aux adaptations du code du travail permises par accord d'entreprise, l'article L. 2232-10-1 de ce code issu de la loi Travail du 8 août 2016 ouvre aux branches la possibilité de négocier des dispositions spécifiques pour les entreprises de moins de 50 salariés, le cas échéant, sous la forme d'accords types indiquant les différents choix laissés à l'employeur. Jusqu'à présent, ce texte exigeait que l'accord de branche prévoyant de telles dispositions spécifiques soit étendu. Cette exigence est désormais supprimée, toutes les branches étant ainsi incitées à négocier de telles dispositions.

Dans le même temps, la présence de ces dispositions spécifiques devient une condition préalable à l'extension. En effet, aux termes du nouvel article L. 2261-23-1 du code du travail, pour pouvoir être étendus, les conventions et accords de branche devront désormais comporter, pour les entreprises de moins de 50 salariés, les dispositions spécifiques mentionnées à l'article L. 2232-10-1 (ou, à défaut, justifier l'absence de telles dispositions).

Un accord de branche ne comportant pas ce type de dispositions (ou ne précisant pas les motifs pour lesquels il n'en comporte pas) ne pourra donc plus désormais faire l'objet d'un arrêté d'extension.

#### Condition tenant à l'absence d'opposition patronale

Pour pouvoir être étendus, les conventions et accords de branche ne doivent pas avoir fait l'objet de l'opposition d'une ou plusieurs organisations professionnelles d'employeurs reconnues représentatives au niveau de la branche dont les entreprises adhérentes emploient plus de 50 % de l'ensemble des salariés des entreprises adhérant aux organisations professionnelles d'employeurs reconnues représentatives à ce niveau.

Jusqu'à présent, les conditions de cette opposition patronale à l'extension étaient celles prévues par l'article L. 2231-8 du code du travail pour l'entrée en vigueur des accords. Désormais, les conditions spécifiques de ce droit d'opposition sont fixées à l'article L. 2261-19 :

- le droit d'opposition doit être exercé dans un délai d'un mois à compter de la publication de l'avis d'extension au Journal officiel ;
- l'opposition doit être écrite et motivée ;
- elle doit être notifiée à l'ensemble des organisations représentatives et faire l'objet d'un dépôt auprès de l'autorité administrative.

#### Nouvelles prérogatives conférées au ministre du travail

L'organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) a, dans une note publiée le 20 juillet dernier, pointé les effets néfastes que l'extension d'un accord de branche peut avoir sur les entreprises de la

branche. L'OCDE relève ainsi que « lorsque l'organisation patronale signataire d'un accord ne représente que des grandes entreprises relativement plus productives (et donc prêtes à verser des salaires plus élevés), la convention collective peut définir des minima salariaux et d'autres conditions qui ne conviennent pas aux entreprises plus petites et moins productives ou encore aux jeunes entreprises qui augmentent rapidement leurs effectifs et leur productivité, mais ont des besoins importants d'investissement ». Les extensions administratives peuvent ainsi, selon l'organisation, « devenir des barrières à la concurrence ». Le Conseil d'État impose quant à lui au ministre de veiller à ce que l'extension d'un texte conventionnel n'ait pas pour effet de conduire à empêcher, restreindre ou fausser le jeu de la concurrence sur un marché, notamment en limitant l'accès à ce marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises. Si tel est le cas, un refus d'extension est justifié (CE, 30 avr. 2003, n° 230804).

Deux nouvelles dispositions prévues par l'ordonnance n° 2017-1388 portant diverses mesures relatives au cadre de la négociation collective prennent en compte cette jurisprudence ainsi que les mises en garde de l'OCDE.

La première permet désormais au ministre du travail de refuser l'extension d'un accord collectif pour des motifs d'intérêt général, notamment pour atteinte excessive à la libre concurrence.

La deuxième mesure confère au ministre du travail une nouvelle prérogative dans le cadre de la procédure d'extension. Il peut désormais, de sa propre initiative ou à la demande écrite et motivée d'une organisation d'employeurs ou d'une organisation de salariés représentative dans le champ d'application de la convention ou de l'accord concerné(e), saisir un groupe d'experts chargé d'apprécier les effets économiques et sociaux susceptibles de résulter de leur extension. Un décret (à paraître) doit fixer les modalités d'application de ces dispositions, notamment les conditions de désignation des experts garantissant leur indépendance.

Une dernière mesure permet désormais au ministre d'étendre les clauses d'un accord nécessitant des dispositions complémentaires en subordonnant leur entrée en vigueur à l'existence d'un accord d'entreprise prévoyant ces dispositions complémentaires.

Cette nouvelle mesure fait référence à une pratique qui s'est développée avec la signature des accords RTT et qui consiste à étendre des clauses conventionnelles sous réserve de la conclusion d'un accord collectif complémentaire. A titre d'exemple, dans le cadre de la convention collective des télécommunications, les dispositions relatives au forfait annuel en jours ont été étendues sous réserve qu'un accord complémentaire de branche ou d'entreprise précise notamment les catégories de salariés concernées et le nombre de jours travaillés.

Une telle pratique a été condamnée, encore récemment, par le Conseil d'État, celui-ci jugeant que les clauses d'une convention ou d'un accord collectif ne peuvent pas être étendues sous réserve qu'elles soient complétées par un accord collectif ultérieur dont le ministre « n'est pas en mesure d'apprécier, comme il lui appartient de le faire avant de signer l'arrêté d'extension, la conformité avec les textes législatifs et réglementaires en vigueur » (CE, 26 févr. 2003, n° 241949 ; CE, 12 mai 2017, n° 381870). La nouvelle réforme neutralise donc cette jurisprudence puisque la loi autorise désormais le ministre à étendre des clauses conventionnelles incomplètes en subordonnant leur entrée en vigueur à l'existence d'un accord d'entreprise prévoyant les dispositions manquantes.

## Application des nouvelles dispositions relatives à l'extension

Les nouvelles mesures présentées ci-avant relatives à l'extension des accords de branche s'appliqueront aux conventions et accords conclus à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2018.

Les conventions et accords conclus avant cette date restent régis, pour leur extension, par les dispositions légales antérieures.

## De nouvelles hypothèses d'élargissement

La procédure d'élargissement vise à pallier l'absence ou la carence des organisations de salariés ou d'employeurs se traduisant par une impossibilité persistante de conclure une convention ou un accord dans une branche d'activité ou un secteur territorial déterminé. Elle permet de rendre obligatoire dans un tel secteur territorial ou professionnel les dispositions d'une convention ou d'un accord de branche déjà étendu(e) dans un autre secteur.

En la matière, l'ordonnance n° 2017-1388 portant diverses mesures relatives au cadre de la négociation collective introduit deux nouveautés :

- concernant l'élargissement professionnel, il est désormais prévu que le ministre du travail peut ne procéder à l'élargissement que d'une partie d'une convention ou d'un accord de branche (jusqu'à présent, seul était envisagé l'élargissement de la convention ou de l'accord dans son intégralité) ;
- le secteur professionnel ou territorial faisant l'objet de l'arrêté d'élargissement doit désormais présenter, quant aux emplois exercés, des conditions analogues à celles du secteur dans lequel l'extension est déjà intervenue (jusqu'à présent, il devait présenter des « conditions économiques analogues »).

# Accélération de la restructuration des branches

## Délai ramené à 2 ans

Aux termes de l'article 25 de la loi Travail du 8 août 2016, le ministre du travail devait, à l'expiration d'un délai de 3 ans à compter de l'entrée en vigueur de la loi, engager la fusion des branches n'ayant pas conclu d'accord ou d'avenant lors des sept années précédant ladite entrée en vigueur.

Ce délai est ramené à 2 ans.

Les branches susvisées ont donc jusqu'en août 2018 pour opérer les rapprochements nécessaires. A défaut, le ministre engagera la procédure de fusion à compter de cette date.

**Remarque :** est également réduit de 3 à 2 ans (à compter de l'entrée en vigueur de la loi Travail) le délai pendant lequel le ministre du travail ne peut procéder à la fusion de branches

en cas d'opposition de la majorité des membres de la commission nationale de la négociation collective.

## Procédure de fusion modifiée

En outre, dans le cadre de cette procédure de fusion de branches, sont désormais visées celles comptant moins de 5 000 salariés.

**Remarque :** jusqu'à présent, l'article L. 2261-32 du code du travail visait les branches caractérisées par la faiblesse de leurs effectifs salariés. L'effectif inférieur à 5 000 salariés n'était qu'un des critères de ciblage des branches prioritaires fixés par l'article R. 2261-15 du code du travail. Désormais, ce critère est donc inscrit dans la loi, et non plus seulement au niveau réglementaire, afin d'en renforcer la visibilité.



# Extension des « accords emploi »

Jusqu'à présent, s'ils s'imposent au contrat de travail (même moins favorables), les accords de maintien de l'emploi, de préservation ou de développement de l'emploi, de réduction du temps de travail et de mobilité interne ont chacun un régime juridique propre (conditions d'accès différentes, traitement différent du refus du salarié). L'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre souhaite mettre fin à cet imbroglio juridique en instituant un accord collectif unique qui a pour finalité de répondre « aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou en vue de préserver ou de développer l'emploi ». Explications.

## Les « accords emploi » harmonisés

### D'une pluralité d'accords aux conditions différentes...

#### L'articulation traditionnelle accord collectif/contrat de travail : bref rappel

Selon l'article L. 2254-1 du code du travail, les clauses d'une convention ou d'un accord collectif de travail se substituent de plein droit et immédiatement à celle des contrats de travail en cours, sauf si elles sont moins favorables.

Il en résulte une application de la convention collective immédiate pour tous les éléments de la relation de travail qui n'ont pas une valeur contractuelle. Dès lors qu'un élément du contrat a une source uniquement conventionnelle, le changement conventionnel de celui-ci s'impose sans que le salarié puisse se prévaloir d'une modification du contrat de travail (Cass. soc., 28 févr. 2006, n° 04-14.202 ; Cass. soc., 19 mars 2014, n° 13-10.021).

A l'inverse, si le texte conventionnel vise un élément du contrat de travail qui a été contractualisé, l'accord collectif ne peut à lui seul modifier le contrat de travail. Dans ce cas, l'employeur ne pourra que signer avec le salarié un avenant au contrat de travail, renoncer à cette modification ou engager une procédure de licenciement en cas de refus du salarié. Dans la dernière situation, il faudra cependant que le licenciement repose sur une cause réelle et sérieuse.

#### Multiplication des exceptions légales à cette articulation

Toutefois, il est des cas où le législateur écarte explicitement dans un domaine spécifique l'application des règles relatives à la modification du contrat de travail de droit commun.

Les matières concernées se sont multipliées au cours de ces dernières années et avec elles les dispositions spécifiques organisant le régime de la rupture du contrat de travail d'un salarié refusant la modification de son contrat de travail issue de l'application d'un tel accord collectif. C'est le cas des accords de réduction du temps de travail (ARTT) (C. trav., art. L. 1222-8 anc.), de mobilité interne (C. trav., art. L. 2242-19 anc.), de maintien de l'emploi (C. trav., art. L. 5125-2 anc.) ainsi que de préservation et de développement de l'emploi (APDE) (C. trav., art. L. 2254-2 anc.).

Ainsi, le licenciement d'un salarié qui refuse une modification de son contrat de travail consécutive à l'application d'un accord collectif de réduction de la durée du travail, est soumis aux règles du licenciement pour motif personnel. Son licenciement ne repose pas sur un motif économique de sorte que l'employeur n'est pas tenu par les obligations liées à ce type de licenciement (obligation de reclassement, consultation des IRP).

En revanche, le licenciement d'un salarié qui refuse l'application à son contrat de travail d'un accord de mobilité professionnelle ou géographique interne repose sur un motif économique mais uniquement selon la procédure prévue en cas de licenciement individuel.

Il en va de même pour le salarié qui refuse l'application d'un accord de maintien de l'emploi. Dans cette hypothèse, le code du travail précise que le licenciement a d'office une cause réelle et sérieuse et que l'employeur n'est tenu de proposer qu'un contrat de sécurisation professionnelle ou un congé de reclassement (selon l'effectif de l'entreprise). En revanche il n'est pas tenu par l'obligation préalable de reclassement.

Enfin, le licenciement d'un salarié qui refuse l'application d'un accord de préservation ou de développement de l'emploi repose sur un motif spécifique qui constitue une cause réelle et sérieuse et est soumis à certaines modalités du licenciement pour motif économique. Si les dispositions relatives aux obligations de reclassement ne sont pas applicables ainsi que le congé de sécurisation de l'emploi ou de reclassement, un dispositif d'accompagnement est organisé (parcours d'accompagnement personnalisé assuré par pôle emploi : élaboration d'un projet professionnel, actions de formation...).

## ... à un accord unique et sécurisé

La multiplication des exceptions légales à l'articulation traditionnelle accords collectifs/contrats de travail était source de complexité. Une harmonisation était nécessaire. C'est chose faite.

A cette fin, les accords de réduction du temps de travail (ARTT), de mobilité interne (AMI), de préservation et de développement de l'emploi (APDE) ainsi que de maintien de l'emploi (AME) précités sont supprimés.

Désormais ces accords sont unifiés dans un accord collectif unique organisé (C. trav., art. L. 2254-2 mod.).

On retrouve essentiellement le mécanisme existant dans l'ancien dispositif relatif à l'accord de développement de l'emploi mais élargi.

## Un objet largement défini et trois leviers pour y parvenir

Ce nouvel accord a deux finalités (C. trav., art. L. 2254-2, I mod.) :

– comme par le passé, il intervient pour préserver et développer l'emploi ;

– ou il doit répondre « aux nécessités liées au bon fonctionnement de l'entreprise ».

**Remarque :** cette dernière notion semble être une notion très large voire « fourre-tout » qui peut recouvrir des situations très variées. Dès lors on peut s'interroger sur le maintien dans le texte de la référence à la nécessité « de préserver ou de développer l'emploi ». En quoi « les nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise » n'implique-t-il pas la nécessité de préserver ou de développer l'emploi ?

Pour répondre à cet objectif, l'accord peut :

– aménager la durée du travail, ses modalités d'organisation et de répartition ;

– aménager la rémunération dans le respect du Smic et des minima conventionnels ;

– déterminer les conditions de la mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise.

Contrairement aux accords de préservation et de développement de l'emploi, cet accord peut avoir pour effet de diminuer la rémunération mensuelle du salarié. En effet, si l'accord précité pouvait définir cette rémunération, son montant ne pouvait pas être inférieur à la moyenne, sur les 3 mois précédant la signature de l'accord, de la rémunération versée au salarié ou, si son contrat de travail est suspendu, de la rémunération qu'il aurait eue s'il avait travaillé pendant cette période à l'exclusion des indemnités perçues le cas échéant au titre de la suspension de son contrat de travail (C. trav., art. L. 2254-2, I anc. et D. 2254-1 anc.).

Une telle limite n'est pas prévue dans le nouveau dispositif.

## Un accord au contenu librement défini

### Absence de clauses obligatoires

Les partenaires sociaux disposent d'une large liberté dans la rédaction de l'accord. En effet, nombre de clauses obligatoires figurant dans les dispositifs précédents deviennent facultatives.

Ainsi aux termes de l'article L. 2254-2, I du code du travail, l'accord doit définir dans son préambule son objectif et peut préciser :

– les modalités d'information des salariés sur son application et son suivi pendant toute sa durée ainsi que, le cas échéant, l'examen de la situation des salariés au terme de l'accord ;

– les conditions dans lesquelles les dirigeants fournissent des efforts proportionnés à ceux des salariés pendant toute sa durée ;

**Remarque :** il s'agit aussi bien des dirigeants salariés exerçant dans le périmètre de l'accord que des mandataires sociaux et des actionnaires, dans le respect des compétences des organes d'administration et de surveillance.

– les modalités selon lesquelles sont conciliées la vie professionnelle et familiale des salariés.

Si cet accord doit contenir un préambule, l'absence de ce dernier n'entraîne pas la nullité de l'accord, contrairement à ce qui était prévu dans le cadre des accords de préservation et de développement de l'emploi.

De même, aucune indication n'est donnée sur la durée de l'accord. A défaut de stipulation sur cette durée, c'est la durée de droit commun qui s'applique, soit 5 ans.

Cet accord est conclu selon les modalités de l'accord majoritaire dès la publication de l'ordonnance au Journal officiel du 23 septembre 2017 (art. 17). Il doit donc être signé par des syndicats représentant plus de 50 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des dernières élections ou, à défaut, par des syndicats représentant plus de 30 % des suffrages et approuvé par référendum (C. trav., art. L. 2232-12).

Le comité économique et social peut mandater un expert-comptable afin qu'il apporte toute analyse utile aux organisations syndicales pour préparer les négociations en vue d'un tel accord. A noter, toutefois que les frais de cette expertise ne sont pris en charge par l'employeur qu'à hauteur de 80 % (C. trav., art. L. 2315-80 nouv.).

## Primauté de l'accord sur le contrat de travail

### Substitution de plein droit aux clauses contraires du contrat de travail

Les stipulations de l'accord se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail des salariés concernés (C. trav., art. L. 2254-2, III mod.).

Cette substitution s'applique également pour les stipulations relatives à la rémunération du salarié, à la durée du travail et à la mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise.

Le salarié peut refuser la modification de son contrat de travail résultant de l'accord. Il dispose alors d'un délai d'un mois pour faire connaître son refus par écrit à l'employeur à compter de la date à laquelle ce dernier a communiqué dans l'entreprise sur l'existence et le contenu de l'accord (C. trav., art. L. 2254-2, III et IV mod.).

**Remarque :** là encore on retrouve le mécanisme existant dans les anciens accords de développement et de sécurisation de l'emploi.

### Refus du salarié et licenciement sui generis

Le refus du salarié, dans les conditions précitées, peut justifier son licenciement. La cause réelle et sérieuse de ce dernier ne peut pas être contestée (C. trav., art. L. 2254-2, V mod.).

Ce licenciement obéit à un régime sui generis : il ne constitue pas un licenciement pour motif économique. Il est toutefois soumis à certaines dispositions applicables au licenciement pour motif personnel, notamment en matière d'entretien préalable et de notification du licenciement. Ainsi

sont applicables les règles relatives (C. trav., art. L. 2254-2, V mod.) :

- à l'obligation d'entretien préalable (C. trav., art. L. 1232-2 à L. 1233-14) ;
- à la notification du licenciement (C. trav., art. L. 1232-6) ;
- au préavis et à l'indemnité de préavis (C. trav., art. L. 1234-1 à L. 1234-8) ;
- à l'indemnité de licenciement (C. trav., art. L. 1234-9 à L. 1234-11) ;
- au certificat de travail (C. trav., art. L. 1234-19) ;
- au reçu pour solde de tout compte (C. trav., art. L. 1234-20).

### Un abondement du CPF pour accompagner le salarié

Contrairement à ce qui existait dans le cadre de l'accord de développement ou de préservation de l'emploi, l'ordonnance ne prévoit aucun parcours d'accompagnement pour le salarié licencié dans les conditions précitées.

L'employeur est uniquement tenu d'abonder le compte personnel de formation (CPF) du salarié dans les conditions et définies par décret (non publié à l'heure où nous rédigeons ces lignes) (C. trav., art. L. 2254-2, VI mod.).

### Entrée en vigueur

L'entrée en vigueur de ces dispositions sont applicables à compter de la publication du décret d'application nécessaire (non paru à l'heure où nous rédigeons ces lignes).



# Mise en place, composition et fonctionnement du CSE

La création du comité social et économique (CSE) est le produit d'une lente maturation législative et l'aboutissement d'un processus de fusion des IRP qui aura pris près de 25 ans. La loi quinquennale du 20 décembre 1993 esquisse un premier rapprochement entre délégués du personnel et CE au sein d'une délégation unique du personnel (DUP) réservée aux entreprises de moins de 200 salariés. La loi Rebsamen du 17 août 2015 s'appuie sur ce dispositif pour l'étendre aux entreprises de moins de 300 salariés et, surtout, inclure dans la nouvelle DUP le CHSCT, sans remettre en cause les prérogatives de chaque instance. L'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 parachève cette évolution. Elle impose la mise en place d'un CSE à brève échéance dans les entreprises d'au moins 11 salariés et opère une réelle fusion des 3 institutions (DP, CE et CHSCT). De ce double point de vue, le CSE constitue indéniablement une révolution du paysage de la représentation du personnel en France.

## Mise en place du CSE : à quelle date ?

### Les entreprises sans représentant du personnel

Le comité social et économique (CSE) entrera en vigueur dès que les décrets d'application nécessaires à sa mise en place seront publiés au Journal officiel (non parus à l'heure où nous rédigeons ces lignes) et, au plus tard, le 1<sup>er</sup> janvier 2018.

A cette date, les entreprises qui n'ont pas aujourd'hui de représentants du personnel devront mettre en place un comité social et économique dès l'instant qu'elles emploient, sans discontinuité depuis 12 mois, au moins 11 personnes (sur le calcul des effectifs, v. p. 33).

### Les entreprises qui doivent renouveler leurs instances représentatives

Pour les entreprises qui disposent déjà de représentants du personnel, l'ordonnance distingue plusieurs cas de figure pour établir la date à partir de laquelle la nouvelle instance s'impose.

Quatre hypothèses existent.

### Hypothèse 1 : protocole préélectoral conclu avant le 23 septembre 2017 pour une élection après cette date

L'entreprise a conclu son protocole d'accord préélectoral avant le 23 septembre 2017 (date de publication de l'ordonnance au Journal officiel). C'est la date de signature du protocole qui compte.

L'entreprise renouvelle ses instances représentatives du personnel conformément aux dispositions légales antérieures à l'ordonnance du 22 septembre.

Au choix et selon ses effectifs, l'entreprise met en place des délégués du personnel et/ou un comité d'entreprise ou si elle le souhaite une délégation unique du personnel.

La durée du mandat de ces nouveaux élus ne pourra en aucun cas aller au-delà du 31 décembre 2019, et ce même si les mandats sont renouvelés pour 4 ans.

**Exemple :** l'entreprise renouvelle pour 4 ans ses mandats à partir du 15 septembre 2017. Ces mandats s'arrêteront le 31 décembre 2019 et non pas en septembre 2021. L'entreprise devra se doter d'un CSE à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2020.

Elle pourra en revanche fixer une date antérieure à 2020 par accord collectif ou par décision de l'employeur après consultation du CE (ou des DP) ou de la DUP si elle existe.

## Hypothèse 2 : terme des mandats entre le 23 septembre et le 31 décembre 2017

Les mandats en cours arrivent à échéance entre le 23 septembre 2017 et le 31 décembre 2017.

Dans cette hypothèse, nous dit l'ordonnance, « les mandats sont prorogés » jusqu'à fin 2017. L'employeur n'a aucune démarche à effectuer : la prolongation des mandats est automatique.

A partir du 1<sup>er</sup> janvier 2018, l'entreprise peut, si elle le souhaite, mettre en place le comité social et économique. Elle peut également, par accord ou par décision unilatérale après consultation des élus, proroger d'un an les mandats censés prendre fin le 31 décembre 2017. Cette prorogation est limitée à un an, soit le 31 décembre 2018 au plus tard.

Passée cette date, la mise en place du comité social et économique s'impose.

**Remarque :** pour la prorogation des mandats, l'accord collectif exigé par l'ordonnance doit être signé par des syndicats qui ont recueilli au moins 30 % des voix au premier tour des élections professionnelles. L'exigence d'un accord majoritaire ne sera effective qu'à partir du 1<sup>er</sup> mai 2018 (sur la généralisation de l'accord majoritaire, v. p. 13).

## Hypothèse 3 : terme des mandats entre le 1<sup>er</sup> janvier et le 31 décembre 2018

Les mandats en cours arrivent à échéance entre le 1<sup>er</sup> janvier et le 31 décembre 2018.

L'employeur dispose ici d'une alternative : soit il met en place le comité social et économique à l'issue des anciens mandats de DP, CE ou DUP, soit il proroge ceux-ci d'un an maximum.

**Exemple :** les mandats de délégués du personnel et de membres du comité d'entreprise s'arrêtent le 31 mars 2018. L'entreprise peut procéder à l'élection du CSE dès le 1<sup>er</sup> avril 2018. Mais l'entreprise peut aussi les proroger d'un an maximum, soit jusqu'au 31 mars 2019. Passée cette date, la mise en place du CSE s'impose.

L'employeur, impatient d'installer le CSE, peut également réduire la durée des mandats en cours, sans aller ici aussi au-delà d'un an.

**Exemple :** les mandats de délégués du personnel et de membres du comité d'entreprise s'arrêtent le 30 novembre 2018. L'entreprise peut réduire cette durée jusqu'à 11 mois pour installer le CSE à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2018 mais, selon nous, pas avant. Car sinon, l'entreprise entrerait dans la période de prorogation automatique prévue par l'ordonnance (v. hypothèse 2 ci-avant).

La prorogation ou la diminution des mandats en cours suppose ici aussi soit la signature d'un accord collectif, soit une décision de l'employeur précédée de la consultation des instances représentatives.

## Hypothèse 4 : terme des mandats après le 31 décembre 2018

Les mandats en cours arrivent à échéance après le 31 décembre 2018.

L'entreprise doit mettre en place le comité social et économique.

## Les entreprises ayant plusieurs établissements

Pour les entreprises dotées d'un comité central d'entreprise et de plusieurs comités d'établissement, il n'est pas aisé de définir une seule et unique date pour le passage vers le comité social et économique.

L'ordonnance permet aux entreprises d'harmoniser l'échéance des différents mandats en cours au sein des établissements pour permettre la mise en place du comité social et économique central (sur ce comité, v. p. 60).

La durée de ces mandats peut être prorogée ou réduite (dans les conditions expliquées ci-dessus) « pour un établissement ou pour l'ensemble de l'entreprise » de manière à ce que leur échéance coïncide avec la date de mise en place du comité social et économique d'établissement et du CSE central.

**Remarque :** faute de tels ajustements, l'entreprise devra attendre la fin du cycle électoral au sein de chacun de ses établissements avant de pouvoir installer le CSE central.

La prorogation ou la diminution des mandats en cours nécessite soit la signature d'un accord collectif, soit une décision de l'employeur précédée de la consultation des instances représentatives.

## Mise en place du CSE dans les entreprises absorbées

Lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur justifiant l'application de l'article L. 1224-1 du code du travail, l'ordonnance fixe le calendrier pour la mise en place du CSE au sein de l'entreprise absorbée.

Si celle-ci devient un établissement distinct au sein de la nouvelle entité, elle doit si elle ne l'a pas déjà fait, organiser des élections pour mettre en place un comité social et économique d'établissement, sauf, précise l'ordonnance, si le renouvellement du CSE central de l'entreprise absorbante intervient moins de 12 mois après l'opération de fusion acquisition justifiant l'application de l'article L. 1224-1.

Il en va de même si la modification porte sur un ou plusieurs établissements distincts de l'entreprise absorbée, dès lors que ceux-ci conservent ce caractère au sein de l'entreprise absorbante.

# Élections du CSE : peu de changements, mais des changements notables

## Calcul des effectifs : période de référence simplifiée

Les règles et modalités d'organisation des élections sont les mêmes quel que soit l'effectif. Ces règles sont inchangées par rapport aux élections du comité d'entreprise, sauf concernant les points détaillés dans cette partie.

Le calcul de l'effectif est au cœur de la mise en place des institutions représentatives du personnel : il détermine le franchissement des seuils impliquant la mise en place d'instances représentatives, mais aussi le déclenchement de nouvelles obligations vis-à-vis, notamment, de ses représentants du personnel (informations, commissions, certaines expertises...).

L'ordonnance n'a pas modifié les règles de calcul des effectifs, en revanche elle a simplifié la période de référence, ce qui n'est pas sans conséquences.

Ainsi, la mise en place du comité social et économique (CSE) « n'est obligatoire que si l'effectif d'au moins onze salariés est atteint pendant 12 mois consécutifs » (C. trav., art. L. 2311-2, al. 2, nouv.).

La même terminologie est employée concernant le franchissement du seuil de 50 salariés impliquant les nouvelles attributions du CSE correspondant aux missions du comité d'entreprise et du CHSCT (C. trav., art. L. 2312-2 nouv.), ainsi que pour la suppression du CSE en cas de diminution de l'effectif en dessous de 11 salariés (C. trav., art. L. 2313-10 nouv.) (v. p. 34), ou encore le franchissement de seuil de 300 salariés (C. trav., art. L. 2312-34 nouv.).

Auparavant, l'effectif devait être atteint pendant 12 mois, consécutifs ou non, au cours des 3 années précédentes.

Le calcul en est grandement simplifié : si l'effectif (11, 50, 300) n'est pas atteint pendant un mois, le décompte de 12 mois redémarre. Les seuils d'effectifs seront donc plus difficiles à atteindre.

## Seuils de 11 et 50 salariés : une même élection mais des attributions différentes

### Mise en place dès 11 salariés

La mise en place du CSE est obligatoire dès lors que l'effectif de l'entreprise d'au moins 11 salariés est atteint pendant 12 mois consécutifs (C. trav., art. L. 2311-2 nouv.). Dans ce cadre, il exerce une grande partie des anciennes missions des « délégués du personnel » (v. p. 46).

## Franchissement du seuil de 50 salariés : application des nouvelles attributions au bout de 12 mois

Lorsque, postérieurement à la mise en place du CSE, l'effectif de l'entreprise atteint au moins 50 salariés pendant 12 mois consécutifs, le CSE exerce l'ensemble des attributions récurrentes d'information et de consultation applicables aux entreprises de 50 salariés et plus (C. trav., art. L. 2312-2 nouv.) (sur ces attributions, v. p. 47). Cependant, l'employeur dispose d'un délai pour ce faire. En effet, ces nouvelles attributions sont applicables au CSE seulement à l'expiration d'un délai de 12 mois (à compter de la date à laquelle le seuil de 50 salariés a été atteint pendant 12 mois consécutifs). C'est donc 24 mois après le franchissement de seuil de 50 salariés, que le CSE exerce la plénitude de ses attributions.

**Remarque :** ce délai d'un an existait déjà dans le cadre du comité d'entreprise (C. trav., art. L. 2322-2 anc.).

Il est même prévu une autre souplesse : « dans le cas où, à l'expiration de ce délai de 12 mois, le mandat du comité restant à courir est inférieur à un an, ce délai court à compter de son renouvellement ».

**Exemple :** une entreprise atteint l'effectif de 52 salariés de janvier à décembre 2018. Elle a jusqu'à janvier 2020 pour appliquer l'ensemble des attributions du CSE.

Si les mandats arrivent à expiration en novembre 2019, le CSE disposera de la plénitude de ses attributions au plus tard en décembre 2020, soit 12 mois après le renouvellement de l'institution.

L'alinéa 3 de l'article L. 2312-2 précise que « lorsque l'entreprise n'est pas pourvue d'un CSE, dans le cas où l'effectif de l'entreprise atteint au moins 50 salariés pendant 12 mois consécutifs, le CSE exerce l'ensemble de ses attributions à l'expiration d'un délai d'un an à compter de sa mise en place ».

**Remarque :** ainsi, le délai de 12 mois pour exercer l'ensemble des attributions du CSE s'applique aussi dans les entreprises qui n'ont pas élu de CSE alors qu'elles ont atteint 50 salariés pendant 12 mois consécutifs, soit pour cause de carence aux élections, soit parce que l'effectif de l'entreprise a très vite augmenté.

## Baisse de l'effectif en dessous de 50 salariés

En cas de baisse de l'effectif en dessous de 50 salariés pendant les 12 mois précédant le renouvellement de l'instance, l'article L. 2312-3 nouveau prévoit que « lors de son renouvellement », le CSE exerce exclusivement les attributions applicables aux entreprises de 11 à 49 salariés et cesse d'exercer les attributions applicables aux entreprises de 50 salariés et plus.

C'est donc seulement suite à l'élection du nouveau CSE que ses attributions sont réduites. Si la baisse de l'effectif intervient en cours de mandat, les membres du CSE conservent donc leurs attributions jusqu'à l'échéance.

## Suppression du CSE : pas de renouvellement en cas de baisse de l'effectif sous 11 salariés sur 12 mois

Au sujet de la suppression du CSE, le nouvel article L. 2313-10 s'est aligné sur les dispositions concernant les délégués du personnel (C. trav., art. L. 2312-3 anc.).

Il est en effet prévu que l'instance n'est pas renouvelée, si à l'expiration du mandat des membres de la délégation du personnel au CSE, l'effectif de l'entreprise est resté en dessous de 11 salariés pendant au moins 12 mois consécutifs.

**Remarque :** la suppression est donc automatique et il n'est point besoin d'organiser de nouvelles élections.

## Périmètre de mise en place du CSE : par accord ou décision de l'employeur

Les nouveaux articles L. 2313-1 et suivants du code du travail détaillent les modalités de détermination du périmètre de mise en place du CSE. Ces règles sont sensiblement modifiées.

Demeure à l'identique le principe selon lequel le CSE est mis en place au niveau de l'entreprise, et que des comités sociaux et économiques d'établissement et un comité social et économique central d'entreprise sont constitués dans les entreprises comportant au moins deux établissements distincts (sur le CSE central, v. p. 60). Cependant, ce sont les modalités de détermination de ces établissements distincts qui sont modifiées par l'ordonnance.

A noter également qu'il ne demeure plus qu'un seul « niveau » d'établissement, les instances étant fusionnées.

## Accord d'entreprise, à défaut accord avec le CSE, à défaut décision de l'employeur

Ainsi, pour la mise en place du CSE, un accord d'entreprise conclu dans les conditions de l'article L. 2232-12, c'est-à-dire un accord conclu avec un délégué syndical détermine le nombre et le périmètre des établissements distincts.

**Remarque :** cet accord d'entreprise, que l'on pourra appeler « accord de mise en place du CSE » est cité à plusieurs reprises dans l'ordonnance. C'est également cet accord, le cas échéant, qui fixe les modalités de mise en place des commissions santé, sécurité et conditions de travail (CSSCT) (v. encadré ci-contre), ainsi que du représentant de proximité (v. p. 66). Il s'agit pour l'instant d'un accord collectif signé par des syndicats ayant recueilli au moins 30 % des voix au premier tour des élections professionnelles, l'exigence d'un accord majoritaire s'appliquant à compter du 1<sup>er</sup> mai 2018.

En l'absence d'accord d'entreprise, un accord entre l'employeur et le CSE adopté à la majorité des membres titulaires élus de la délégation du personnel

du comité, peut déterminer le nombre et le périmètre des établissements distincts.

En l'absence d'accord avec un délégué syndical ou avec le CSE, l'employeur en décide, compte tenu de l'autonomie de gestion du responsable de l'établissement, notamment en matière de gestion du personnel.

Concrètement, l'employeur doit donc procéder par étapes :

– il doit d'abord convoquer ses délégués syndicaux pour négocier sur la question ;

– à défaut de parvenir à un accord, il doit ensuite convoquer son CSE afin de tâcher de parvenir à un accord : cette étape ne sera applicable que dès lors qu'un CSE existe dans l'entreprise, cette disposition n'existant pas auparavant pour le comité d'entreprise ;

**Remarque :** à noter que la négociation avec le CSE n'est pas soumise à l'absence de délégué syndical dans l'entreprise. L'échec des négociations avec ce dernier lui donne compétence en la matière.

– ce n'est que si ces deux négociations échouent, que l'employeur est en droit de déterminer le nombre et le périmètre des établissements distincts.

Auparavant, c'était le protocole préélectoral qui déterminait le nombre et le périmètre des établissements distincts. L'autorité administrative étant compétente en cas de désaccord. L'employeur pouvait décider seul uniquement si aucune organisation syndicale ne s'était présentée à la négociation du protocole.

### > Mise en place des commissions santé, sécurité et conditions de travail (CSSCT)

C'est « l'accord de mise en place du CSE » qui détermine les modalités de mise en place de la ou des CSSCT en définissant le nombre de ses membres, ses missions déléguées par le CSE, ses modalités de fonctionnement (notamment le nombre d'heures de délégation), les modalités de leur formation, et le cas échéant les moyens qui leurs sont alloués (C. trav., art. L. 2315-41 nouv.).

En l'absence de DS, c'est un accord entre l'employeur et le CSE (adopté à la majorité des titulaires) qui fixe ces modalités de mise en place de la ou des CSSCT (C. trav., art. L. 2315-42 nouv.).

A noter qu'en dehors des cas où la mise en place de CSSCT est d'ordre public (entreprises ou établissements de 300 salariés et plus), l'accord de mise en place du CSE ou, à défaut de DS, l'accord entre l'employeur et le CSE peut fixer le nombre et le périmètre de mise en place de la ou des CSSCT et définit les modalités de son fonctionnement (C. trav., art. L. 2315-43 nouv.). Dans ce cadre, en l'absence d'accord, c'est l'employeur qui fixe le nombre de CSSCT (C. trav., art. L. 2315-44, al. 2 nouv.).

Dans tous les cas, en l'absence d'accord (avec les DS ou avec le CSE), c'est le règlement intérieur du CSE qui définit les modalités de fonctionnement des CSSCT (C. trav., art. L. 2315-44, al. 1 nouv.).

Pour plus de précisions sur les CSSCT, voir page 40.

## Recours à l'administration en cas de litige

Ce n'est qu'en cas de litige portant sur la décision de l'employeur que le nombre et le périmètre des établissements distincts sont fixés par l'autorité administrative du siège de l'entreprise dans des conditions prévues par décret en Conseil d'État (non paru à l'heure où nous rédigeons ces lignes).

**Remarque :** le texte n'en dit pas plus sur les personnes habilitées à contester la décision de l'employeur, ou les délais pour ce faire. Le décret devrait apporter ces précisions.

Cette décision peut ensuite faire l'objet d'un recours devant le juge judiciaire, à l'exclusion de tout autre recours administratif ou contentieux.

## Critère d'établissement distinct : l'autonomie

Jusqu'ici la loi ne définissait pas la notion d'établissement distinct. la jurisprudence s'en était chargée et les critères étaient adaptés en fonction de la finalité de l'institution à mettre en place. Le CSE regroupant les missions des délégués du personnel, du CE et du CHSCT, il n'y a plus qu'une seule notion d'établissement distinct (à l'exception des délégués syndicaux). Et l'ordonnance s'est adossée à la définition jurisprudentielle de l'établissement distinct au sens du comité d'entreprise.

Ainsi, « l'employeur fixe le nombre et le périmètre des établissements distincts compte tenu de l'autonomie de gestion du responsable de l'établissement, notamment en matière de gestion du personnel ».

La jurisprudence prévoyait la combinaison de 3 critères : un degré d'autonomie suffisant, une implantation géographique distincte et une certaine stabilité dans le temps. Seul le premier critère, qui était néanmoins le critère prépondérant, est conservé.

**Remarque :** à noter que cette notion d'établissement distinct ne figure qu'à l'article L. 2313-4 applicable en l'absence d'accord d'entreprise ou avec le CSE, c'est-à-dire seulement lorsque c'est l'employeur qui décide. Il apparaît donc que les partenaires sociaux pourraient utiliser d'autres critères en cas d'accord sur le sujet.

## Perte de la qualité d'établissement distinct : cessation des mandats

La perte de la qualité d'établissement distinct s'effectue dans les mêmes conditions (accord d'entreprise, à défaut accord avec le CSE, à défaut décision de l'employeur soumis au contrôle de l'administration).

L'article L. 2313-6 nouveau en précise les conséquences, à savoir « la cessation des fonctions des membres de la délégation du personnel du comité social et économique de cet établissement, sauf si un accord contraire est conclu dans les conditions de l'article L. 2232-12, ou à défaut d'accord d'entreprise, un accord entre l'employeur et le comité social et économique concerné permet aux membres de la délégation du personnel du comité d'achever leur mandat ».

Les conséquences sont donc les mêmes qu'auparavant, seules les modalités de maintien des mandats par accord changent (avant via le protocole préélectoral, aujourd'hui par accord d'entreprise ou à défaut par accord avec le CSE). Si l'employeur peut décider de la disparition d'un établissement distinct (à défaut d'accord et sous le contrôle de l'administration), il semble qu'il ne peut pas permettre unilatéralement aux membres du CSE de mener leur mandat à terme.

### > UES et CSE : dès 11 salariés

Dès qu'une unité économique et sociale est reconnue par accord collectif ou décision de justice entre plusieurs entreprises juridiquement distinctes, un CSE commun est mis en place, et ce, dès lors que l'UES regroupe au moins 11 salariés (auparavant, cette règle s'appliquait uniquement dans les UES d'au moins 50 salariés) (C. trav., art. L. 2313-8 nouv.).

Le régime de la mise en place d'une UES dans le cas où celle-ci comporte au moins 2 établissements distincts est calqué sur celui de l'entreprise « classique » (et adapté au cas particulier de l'UES), ainsi :

- il faut alors mettre en place un CSE central et des CSE d'établissement ;
- le nombre et le périmètre des établissements distincts sont déterminés par accord d'entreprise conclu au niveau de l'UES ;
- en l'absence d'un tel accord, par accord entre les entreprises regroupées au sein de l'UES et le CSE (adopté à la majorité des membres titulaires élus de la délégation du CSE) ;
- en l'absence d'accord d'entreprise ou d'accord conclu avec le CSE, l'un des employeurs mandatés par les autres fixe le nombre et le périmètre des établissements distincts, compte tenu de l'autonomie de gestion du responsable de l'établissement, notamment en matière de gestion du personnel ;
- en cas de litige sur cette décision, c'est l'administration qui décide sous le contrôle du juge judiciaire.

## Information des salariés : 90 jours avant le premier tour

Lorsque le seuil de 11 salariés a été franchi pendant 12 mois consécutifs, l'employeur informe le personnel tous les 4 ans de l'organisation des élections par tout moyen permettant de conférer date certaine à cette information. Le document précise la date envisagée pour le premier tour. Celui-ci doit se tenir, au plus tard, le 90<sup>e</sup> jour suivant la diffusion (C. trav., art. L. 2314-4 nouv.).

Le processus de déclenchement de l'organisation des élections est très peu modifié. Lorsque le seuil d'effectifs est franchi, l'employeur organise les élections. Puis tous les 4 ans, il doit relancer cette

procédure enclenchée par l'information des salariés, et ce qu'il s'agisse du renouvellement du CSE ou de sa mise en place en cas de carence.

Dans tous les cas (franchissement de seuil, organisation périodique ou renouvellement), l'employeur a maximum 90 jours à compter de cette information pour organiser le premier tour des élections. Auparavant, ce délai n'était applicable qu'au cas de franchissement de seuil de 11 ou 50 salariés. En cas de renouvellement de l'instance, d'organisation périodique en cas d'existence d'un PV de carence ou de première mise en place suite à franchissement de seuil, le délai est dorénavant uniformément de 90 jours.

Les autres délais sont inchangés : le premier tour a lieu au maximum 15 jours avant la fin des mandats en cours, le second tour 15 jours au plus tard après le premier tour le cas échéant.

## **Demande d'organisation par un syndicat ou un salarié : délai de 6 mois en cas de PV de carence**

En cas de demande d'organisation des élections par un syndicat ou un salarié, l'ordonnance a introduit un délai qui n'existait pas auparavant. Ainsi, « lorsque l'employeur a engagé le processus électoral et qu'un procès-verbal de carence a été établi, la demande ne peut intervenir que dans un délai de 6 mois après l'établissement de ce procès-verbal » (C. trav., art. L. 2314-8 nouv.).

**Remarque :** la jurisprudence était pourtant stricte à cet égard : la demande d'organisation des élections pouvait être formée à tout moment, l'existence d'un PV de carence récent ne pouvant faire obstacle à l'obligation de l'employeur d'organiser de nouvelles élections.

Le délai dans lequel l'employeur doit procéder à l'organisation des élections dans ce cas est quant à lui inchangé : il doit engager le processus électoral dans le mois suivant la réception de cette demande.

## **Information des syndicats : l'exception des entreprises entre 11 et 20 salariés**

L'information des salariés de l'organisation des élections professionnelles se double de l'information et invitation des syndicats.

## **Modalités d'invitation des syndicats inchangées**

Les modalités d'invitation des syndicats ne sont pas modifiées par l'article L. 2314-5 nouveau :

– information par tous moyens de l'organisation des élections et invitation à négocier le protocole préélectoral et établir les listes de leurs candidats pour les

organisations syndicales qui satisfont aux critères de respect des valeurs républicaines et d'indépendance, légalement constituées depuis au moins 2 ans et dont le champ professionnel et géographique couvre l'entreprise ou l'établissement concernés ;

– invitation par courrier des organisations syndicales reconnues représentatives dans l'entreprise ou l'établissement, celles ayant constitué une section syndicale dans l'entreprise ou l'établissement, ainsi que les syndicats affiliés à une organisation syndicale représentative au niveau national et interprofessionnel ;

– invitation des syndicats devant leur parvenir au plus tard 15 jours avant la date de la première réunion de négociation et être effectuée 2 mois avant l'expiration du mandat des représentants en exercice (en cas de renouvellement).

## **Nouveauté : une exception pour les entreprises de 11 à 20 salariés**

L'ordonnance prévoit une dérogation, inexistante auparavant. Dans les entreprises dont l'effectif est compris entre 11 et 20 salariés, l'employeur invite les organisations syndicales à la négociation du protocole préélectoral à la condition qu'au moins un salarié se soit porté candidat aux élections dans un délai de 30 jours à compter de l'information du personnel (C. trav., art. L. 2314-5, al. 5 nouv.). Autrement dit, point d'invitation des syndicats sans candidature d'un salarié dans le mois suivant l'information du personnel.

Certains commentateurs en ont déduit que l'organisation des élections n'était pas obligatoire dans ce cas, mais il nous semble que cette interprétation est excessive. Il apparaît plutôt qu'alors, la négociation du protocole devient facultative et que l'employeur pourra décider des modalités de l'élection seul, dans les conditions fixées par le code du travail.

## **Possibilité de déroger au nombre de sièges ou d'heures de délégation**

L'article L. 2314-7 nouveau prévoit une nouveauté dont la portée est à mettre au conditionnel : « le protocole préélectoral peut modifier le nombre de sièges ou le volume des heures individuelles de délégation dès lors que le volume global de ces heures, au sein de chaque collège, est au moins égal à celui résultant des dispositions légales au regard de l'effectif de l'entreprise ».

Il semble résulter de cette disposition la possibilité de modifier le nombre de sièges ou le volume d'heures individuelles de délégation, dans le respect d'une forme de « forfait » d'heures de délégation à respecter (par collège), et ce, via le protocole préélectoral.

**Remarque :** l'article L. 2314-7 nouveau visant « les dispositions légales », il semble que le nombre d'heures de délégation à prendre en compte est celui prévu à l'article L. 2315-7 nouveau, c'est-à-dire 10 heures dans les entreprises de moins de 50 salariés et 16 heures dans les entreprises de 50 salariés et plus (et non le nombre d'heures fixé par décret en Conseil d'État, à paraître).

Cependant, l'article L. 2314-1, alinéa 3 précise que le nombre de membres de la délégation au CSE « peut être augmenté » par le protocole préélectoral. Il n'est pas prévu qu'il puisse être diminué. Il semble donc que seule une répartition des sièges dérogatoire soit possible mais qu'elle ne doit pas mener à une diminution du nombre de représentants, en fonction de l'effectif de l'entreprise.

Rappelons, et ce point est inchangé, que si seul un accord unanime peut modifier le nombre et la composition des collèges électoraux (C. trav., art. L. 2314-12), le protocole préélectoral (selon la règle de double majorité) peut prévoir la répartition du personnel et la répartition des sièges. Ce n'est que lorsqu'aucun syndicat ne s'est présenté à la négociation du protocole préélectoral que l'employeur répartit le personnel et les sièges dans les collèges électoraux (C. trav., art. L. 2314-12 et s. nouv.).

## Salariés mis à disposition exclus de l'éligibilité

Les dispositions relatives à l'électorat et l'éligibilité sont inchangées. Un point mérite toutefois d'être souligné : les salariés mis à disposition ne sont pas éligibles au CSE (C. trav., art. L. 2314-23 nouv.).

C'était déjà le cas pour le comité d'entreprise, mais la question se posait pour la DUP. En effet, la jurisprudence avait admis que dès lors qu'ils remplissent les conditions d'éligibilité, les salariés mis à disposition sont également éligibles dans l'entreprise utilisatrice à la fonction de représentant à la délégation unique du personnel (Cass. soc., 5 déc. 2012, n° 12-13.828). Cependant, la nouvelle DUP résultant de la loi Rebsamen de 2015 avait aligné les conditions d'élections de la DUP sur celles prévues pour le CE. La question se posait donc de l'éligibilité des salariés mis à disposition sous ce nouveau régime. La jurisprudence n'avait pas tranché. L'ordonnance exclut définitivement les salariés mis à disposition de l'éligibilité au CSE de l'entreprise d'accueil.

## Une représentation équilibrée des femmes et des hommes plus juste

### Prise en compte du cas où un sexe ne serait pas représenté

Les règles de représentation équilibrée des femmes et des hommes créées par la loi Rebsamen de 2015 et entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2017 sont conservées. L'ordonnance a toutefois corrigé un effet pervers du dispositif. Il est prévu à l'article L. 2314-30 nouveau que « lorsque l'application de ces règles conduit à exclure totalement la représentation de l'un

ou l'autre sexe, les listes de candidats pourront comporter un candidat du sexe qui, à défaut ne serait pas représenté ». Il est ajouté que « ce candidat ne peut être en première position sur la liste ».

## Élections partielles en cas d'annulations d'élections pour non-respect de ce dispositif

D'autre part, le dispositif n'exclut plus l'organisation d'élections partielles suite aux annulations d'élections pour non-respect de la représentation équilibrée des femmes et des hommes.

Rappelons que les articles L. 2314-8 et L. 2324-11 anciens prévoyaient expressément que si les conditions en étaient réunies (collège électoral plus représenté ou nombre des membres titulaires réduit de moitié ou plus), les élections partielles ne devaient pas être organisées si la diminution du nombre de représentants résultait de l'annulation de ou des élections de candidats du sexe sureprésenté en application du dispositif de représentation équilibré.

L'article L. 2314-10 nouveau relatif aux élections partielles supprime cette exclusion, et parallèlement, l'article L. 2314-32 nouveau relatif aux contestations en cas de non-respect de la représentation équilibrée prévoit expressément que « le cas échéant, il est fait application des dispositions » relatives aux élections partielles.

Si les conditions en sont réunies, des élections partielles doivent donc être organisées, et ce quelle que soit la cause de la diminution du nombre de représentants.

**Remarque :** à cette exception près, les dispositions relatives aux élections partielles sont inchangées.

### > Le CSE interentreprises : une nouvelle opportunité de représentation du personnel

Tout d'abord, précisons que cette nouvelle instance ne se substitue en aucune façon aux CSE propres aux entreprises mais s'y superpose.

L'article L. 2313-9 nouveau prévoit que « lorsque la nature et l'importance de problèmes communs aux entreprises d'un même site ou d'une même zone le justifient », un accord collectif interentreprises conclu entre les employeurs des entreprises du site ou de la zone et les OS représentatives au niveau interprofessionnel ou au niveau départemental peut mettre en place un CSE interentreprises. Attention, comme pour le représentant de proximité, il n'y a aucune disposition supplétive, l'accord doit donc être précis et définir le nombre de membres, les modalités de leur élection ou désignation, ses attributions, ses modalités de fonctionnement. Enfin, il est prévu que l'accord peut décider que dans les entreprises d'au moins 11 salariés ayant mis en place un CSE, un membre de la délégation du personnel de chaque CSE participe aux réunions mensuelles.

Il n'y a aucune limitation concernant les attributions que l'on peut confier au CSE interentreprises ce qui le distingue de ses « ancêtres » :

– le comité interentreprises prévu par les articles R. 2323-28 et suivants, uniquement dans le cadre de la gestion d'activités sociales et culturelles communes ;

– le CHSCT interentreprises, institué par accord (C. trav., art. L. 4611-6), il ne concernait cependant que les entreprises de moins de 50 salariés (et donc non soumises à la mise en place d'un CHSCT) et ne visait bien sûr que les attributions du CHSCT.

## Dispositions inchangées

L'ordonnance a totalement réécrit le code du travail en instaurant le CSE. Cependant de nombreuses

dispositions relatives à la mise en place du comité sont inchangées, outre celles détaillées ci-dessus :

– règle de double majorité du protocole préélectoral (C. trav., art. L. 2314-6 nouv.) ;

– dispositions relatives aux collèges électoraux (alignés sur ceux du CE) (C. trav., art. L. 2314-11 et s. nouv.) ;

– dispositions relatives à l'électorat et l'éligibilité (C. trav., art. L. 2314-18 et s. nouv.) ;

– dispositions relatives au mode de scrutin et au résultat des élections (C. trav., art. L. 2314-26 et s. nouv.) ;

– dispositions relatives aux contestations des élections (C. trav., art. L. 2314-32 nouv.).

# Composition du CSE

## Les représentants au CSE

### Le nombre de représentants fixé par décret

Sur le même modèle que le comité d'entreprise ou la DUP, le comité social et économique (CSE) est composé de l'employeur qui le préside et d'une délégation du personnel composée de titulaires et de suppléants (C. trav., art. L. 2314-1 nouv.). Le nombre exact de représentants sera fixé par décret pris en Conseil d'État en fonction de l'effectif de l'entreprise (non paru à l'heure où nous rédigeons ces lignes).

Comme auparavant, le code du travail laisse la possibilité de négocier lors de l'élaboration du protocole d'accord préélectoral une augmentation du nombre de siège.

Chaque organisation syndicale représentative dans l'entreprise continuera à pouvoir désigner un représentant syndical au CSE. Celui-ci sera choisi parmi les membres du personnel de l'entreprise et pourra siéger au comité économique et social avec voix consultative.

A noter que, comme actuellement, sous le seuil d'effectif de 300 salariés, le délégué syndical reste de droit représentant syndical au CSE comme c'est le cas pour le comité d'entreprise.

### Le nombre de mandats successifs limité à trois

Les membres du CSE sont élus pour 4 ans (ou entre 2 et 4 ans par la signature d'un accord collectif). Nouveauté importante, le code du travail prévoit désormais que le nombre de mandats successifs au

CSE est limité à trois pour un même représentant sauf dans les entreprises de moins de 50 salariés dans des conditions qui seront définies ultérieurement par décret (C. trav., art. L. 2314-33 nouv.).

**Remarque :** il sera cependant possible de déroger à cette règle dans le protocole d'accord préélectoral en prévoyant de ne pas limiter à trois le nombre de mandats successifs.

Le texte n'envisage que l'hypothèse des mandats successifs, il est donc parfaitement possible d'être élu plus de 3 fois si une interruption de mandats est intervenue entre-temps.

La durée du mandat ne semble pas non plus avoir d'impact sur cette nouvelle règle de limitation. Dans l'hypothèse où une entreprise limite par accord collectif les mandats à 2 ans, il ne sera possible d'être membre du CSE que pendant 6 ans. Ceci devra être pris en compte lors de la négociation de ce type d'accord.

### Un secrétaire, un trésorier mais plus de secrétaire adjoint

Le comité social et économique, lorsqu'il est mis en place, doit désigner un secrétaire et un trésorier parmi ses membres titulaires, mais pas de secrétaire adjoint (C. trav., art. L. 2315-23 nouv.). Le régime du CSE est aligné sur celui du comité d'entreprise et non sur celui de la DUP où la désignation d'un secrétaire adjoint était obligatoire.

Non obligatoire, la désignation d'un secrétaire adjoint, en réunion ou par le biais de son règlement intérieur, reste tout de même possible.

**Remarque :** curieusement les ordonnances prévoient la désignation d'un secrétaire adjoint pour le comité social et économique central devant traiter les questions de santé et de sécurité au travail. Le secrétaire adjoint au niveau central semble remplacer l'ancien secrétaire de l'ICHSCT.

Le rôle du secrétaire du CSE sera identique à celui du secrétaire du comité d'entreprise : il devra établir avec l'employeur les ordres du jour des réunions et rédiger les procès-verbaux. Les missions du trésorier restent les mêmes. Il est responsable des ressources et des comptes du CSE : règlement des dépenses, encaissement des chèques. Il reste tenu de présenter le rapport sur les conventions passées, directement ou indirectement ou par des personnes interposées entre le CSE et l'un de ses membres (C. trav., art. L. 2315-70 nouv.).

## Les participants aux réunions du CSE

### Sauf remplacement, plus de suppléants aux réunions

Désormais, seuls les élus titulaires pourront participer aux réunions du CSE. Le code du travail prévoit expressément que le suppléant assiste aux réunions uniquement en l'absence du titulaire (C. trav., art. L. 2314-1 nouv.). En pratique, les membres du CSE devront s'organiser à l'avance pour prévoir un éventuel remplacement d'un élu titulaire.

**Remarque :** les suppléants devront toujours, selon nous, être convoqués aux réunions pour connaître la date et l'heure de la réunion et être destinataires des mêmes documents que les titulaires.

Le code du travail ne le prévoit pas expressément mais on peut prévoir par accord d'entreprise que les suppléants assistent aux réunions du CSE. Dans la mesure où il est permis par accord de donner des heures de délégation aux suppléants, il serait étonnant qu'un juge invalide cette disposition.

### Jusqu'à 3 collaborateurs au côté de l'employeur

Dans les entreprises de 50 salariés et plus, les réunions du CSE sont présidées par l'employeur qui peut être assisté de 3 représentants alors qu'il en a deux actuellement lors des réunions du comité d'entreprise (C. trav., art. L. 2315-23 nouv.). Dans la mesure où les suppléants n'assistent plus aux réunions, dans certaines entreprises, il pourrait arriver que les représentants de l'employeur soient autant que les représentants du personnel même si nous ne connaissons pas à l'heure actuelle le nombre d'élus titulaires à élire.

Dans les entreprises de moins de 50 salariés, l'employeur peut se faire assister par des collaborateurs lorsqu'il réunit la délégation du personnel au CSE. Ensemble, (employeur compris), ils ne peuvent être en nombre supérieur à celui des représentants du personnel titulaires.

Pour le comité social et économique central, l'employeur peut être assisté de deux collaborateurs

comme c'est le cas pour le comité central d'entreprise (pour plus de précisions sur le comité social et économique central, v. p. 60).

### Le médecin du travail et le responsable sécurité de l'entreprise

Des personnes extérieures à l'instance peuvent assister de droit aux réunions du CSE (C. trav., art. L. 2314-3 nouv.). Ce sont notamment les personnes extérieures qui peuvent assister aux réunions du CHSCT. Ainsi, assistent avec voix consultative sur les points de l'ordre du jour en rapport avec la santé et la sécurité :

- le médecin du travail qui peut donner délégation à un membre de l'équipe pluridisciplinaire du service de santé au travail ayant compétence en matière de santé au travail ;
- le responsable interne du service de santé et sécurité et des conditions de travail ou, à défaut, l'agent chargé de la sécurité et des conditions de travail.

Seules ces deux personnes peuvent assister à la réunion du CSE sur les thèmes liés à la santé au travail. on peut les faire entrer et sortir en fonction des questions traitées lors de la réunion. En pratique, il est préférable de leur donner un horaire prévisionnel à partir duquel les questions de santé au travail seront traitées. L'idéal étant de placer ces thèmes en début ou en fin de réunion.

### Exit l'agent de contrôle et l'ingénieur de la Carsat

L'employeur doit désormais informer annuellement l'agent de contrôle de l'inspection du travail, le médecin du travail et l'agent de la Carsat du calendrier retenu pour les réunions consacrées à la santé au travail (4 minimum par an) et confirmer les dates des réunions, par écrit, au moins 15 jours avant leur tenue (C. trav., art. L. 2315-27 nouv.).

L'ordre du jour de la réunion du CSE doit toujours être envoyé à l'agent de contrôle et l'ingénieur de la Carsat au moins 3 jours avant la réunion prévue (C. trav., art. L. 2315-30 nouv.) mais ils n'ont pas la possibilité d'y assister sauf dans 2 cas.

Ils doivent être invités :

- aux réunions du comité social et économique à la demande de l'employeur ou à la demande de la majorité des membres du CSE ;
- aux réunions du CSE consécutives à un accident de travail ayant entraîné une incapacité de travail d'au moins 8 jours ou à une maladie professionnelle ou à caractère professionnel.

Dans tous les cas, ils sont invités à toutes les réunions de la commission santé, sécurité et conditions de travail lorsque celle-ci a été mise en place.

## La commission santé, sécurité et conditions de travail

### Une nouvelle commission qui remplace le CHSCT : les règles d'ordre public

Les ordonnances suppriment le CHSCT à horizon du 1<sup>er</sup> janvier 2020 mais instituent une commission santé, sécurité et conditions de travail au sein du CSE. Sa mission : traiter les questions de santé et de sécurité au travail. Cette nouvelle commission ressemble étrangement au CHSCT car contrairement aux autres commissions du CSE, cette instance se verra attribuer, par délégation du comité, tout ou partie des attributions reconnues au CSE en matière de santé et sécurité (C. trav., L. 2315-37 nouv.).

Le texte précise cependant que la commission ne pourra pas recourir à une expertise, ni exercer les attributions consultatives du CSE en matière d'hygiène. En dehors de ces hypothèses, la commission devrait pouvoir exercer toutes les autres attributions dévolues normalement au CSE. Elle pourra notamment proposer des expertises au CSE et préparer les consultations en matière d'hygiène et de sécurité.

**Remarque :** habituellement les commissions ont pour rôle de préparer les délibérations du CE sur des questions précises mais pas d'exercer les attributions de ce dernier.

La commission santé, sécurité et conditions de travail (CSSCT) est en tout état de cause obligatoirement mise en place dans :

- les entreprises et établissements distincts d'au moins 300 salariés (pour rappel, un CHSCT est obligatoire dans les entreprises de plus de 50 salariés) ;
- les établissements mentionnés aux articles L. 4521-1 et suivants quel que soit l'effectif (installation nucléaire, sites Seveso...).

**Remarque :** tout comme pour le CHSCT, l'inspecteur du travail pourra imposer la mise en place d'une commission hygiène et sécurité dans les entreprises et établissements distincts de moins de 300 salariés notamment en raison de la nature de l'activité (C. trav., art. L. 2315-37 nouv.).

Une CSSCT centrale est mise en place dans les entreprises d'au moins 300 salariés (C. trav., art. L. 2316-18 nouv.).

Les membres de la commission peuvent bénéficier de journées de formation à la santé au travail d'au moins :

- 5 jours dans les entreprises de plus de 300 salariés ;
- 3 jours dans les entreprises de moins de 300 salariés.

Ces heures correspondent au droit à formation actuel des membres du CHSCT.

Toutes les dispositions ci-dessus ont le caractère d'ordre public, si bien qu'elles ne pourront pas être

aménagées de manière défavorable par accord collectif.

### Des aménagements peuvent être prévus par accord

Un accord d'entreprise peut fixer les modalités de mise en place de la CSSCT et notamment définir :

- le nombre de membre de la ou les commissions : mais il sera impossible de descendre en dessous de 3 membres, cette règle étant d'ordre public ;
- les missions déléguées à la ou les commissions par le CSE et leurs modalités d'exercice ;
- les modalités de fonctionnement et notamment le nombre d'heures de délégation dont bénéficient les membres pour l'exercice de leur mission ;
- les modalités de leur formation ;
- le cas échéant les moyens qui leur sont alloués ;
- le cas échéant, les conditions et modalités dans lesquelles une formation correspondant aux risques ou facteurs de risques particuliers en rapport avec l'activité de l'entreprise peut être dispensée aux membres de la commission.

**Remarque :** en l'absence de délégué syndical, un accord entre l'employeur et la majorité des membres du CSE fixe les modalités de mise en place de la ou les CSSCT. Cette hypothèse n'est possible qu'en l'absence de délégué syndical et non pas si aucun accord n'a pu être trouvé avec lui (C. trav., art. L. 2315-42 nouv.).

Dans les entreprises ou établissements qui n'ont pas l'obligation de mettre en place une commission hygiène et sécurité (entreprises de moins de 300 salariés), un accord d'entreprise ou, en l'absence de délégué syndical, un accord entre l'employeur et le CSE peut fixer les modalités de mise en place d'une CSSCT (C. trav., art. L. 2315-44 nouv.). Il en va de même pour les établissements de moins de 300 salariés dans lesquels la mise en place de la commission n'est pas obligatoire.

### A défaut d'accord, le règlement intérieur du CSE prend le relais

Si aucun accord d'entreprise et aucun accord avec le CSE n'ont été conclus, toutes les modalités de fonctionnement de la commission santé, sécurité et conditions de travail sont fixées dans le règlement intérieur du CSE, lorsque cette commission est obligatoire (C. trav., art. L. 2315-44 nouv.).

**Remarque :** cette référence au règlement intérieur peut poser certaines difficultés. Le CSE devra-t-il préciser dans son règlement toutes les modalités de fonctionnement de la commission pour que celle-ci puisse fonctionner ? A défaut de précision, les règles d'ordre public s'appliqueront-elles ? On peut le penser.

Autre remarque, la Cour de cassation a affirmé que le règlement intérieur du CE ne peut avoir pour effet d'imposer à l'employeur des obligations supplémentaires à celle prévue par la loi sans son accord (Cass. soc., 15 janv. 2013, n° 11-28.324). En vertu de cette jurisprudence, si le CSE octroyait des heures de délégation aux membres de la CSSCT dans son règlement intérieur, cette décision ne s'imposerait pas à l'employeur.

Dans les établissements ou entreprises où la mise en place de la CSSCT est facultative, à défaut d'accord collectif, le règlement intérieur du CSE peut prévoir la mise en place de cette commission et définir ses modalités de fonctionnement. Il nous paraît cependant impossible pour le règlement intérieur d'imposer à l'employeur de mettre en place cette commission.

Si aucun accord n'a été signé dans cette même hypothèse, l'employeur fixe le nombre de CSSCT (C. trav., art. L. 2315-44 nouv.).

**Remarque :** à la lecture de l'article, on a l'impression que l'employeur est dans l'obligation de fixer le nombre des commissions alors que par hypothèse, nous sommes dans le cas où les commissions sont facultatives. Il nous semble plutôt que dans tous les cas, l'employeur garde la main sur la mise en place des commissions.

## Les membres de la CSSCT : des règles d'ordre public

Les membres de la CSSCT sont désignés par le comité social et économique parmi ses membres pour une durée prenant fin avec celle des mandats des membres élus du comité. La commission devra comprendre au moins 3 membres, dont au moins un représentant le second collège (techniciens, agent de maîtrise), ou le cas échéant le troisième collège (ingénieurs et cadres). Les membres peuvent être choisis parmi les titulaires et les suppléants au CSE.

La CSSCT est présidée par l'employeur (C. trav., art. L. 2315-39 nouv.).

L'employeur peut inviter à la commission des experts et techniciens disposant d'une voix consultative appartenant à l'entreprise. Une limite est cependant ajoutée : les représentants de l'employeur ne pourront pas être en nombre supérieur à celui des membres de la commission.

**Remarque :** le texte explique que la délégation de l'employeur ne doit pas être supérieure à celui des représentants du personnel titulaires. Il s'agit à notre sens d'une erreur puisque les membres de la CSSCT ne sont pas obligatoirement des titulaires au CSE.

Lorsque l'accord confie tout ou partie des attributions du CSE en matière de santé/sécurité à la commission, devront être invitées à la réunion les personnes suivantes :

- le médecin du travail ;
- l'agent de contrôle de l'inspection du travail ;
- l'ingénieur de la Carsat ;
- le responsable sécurité de l'entreprise.

Les ordonnances restent toutefois silencieuses sur le nombre de réunions annuelles de la commission. Elle pourra être réunie autant de fois que l'accord collectif ou le règlement intérieur le prévoit et en fonction de ses attributions.

**Remarque :** pour rappel, au moins 4 réunions du CSE devront porter sur les questions liées à la santé et la sécurité (C. trav., art. L. 2315-27 nouv.).

## Les autres commissions du CSE

### Les commissions actuelles du CE pourront être aménagées

#### ■ Les aménagements

Aujourd'hui, les commissions légales du comité d'entreprise (à savoir, formation, économique, logement, marchés, égalité professionnelle) doivent être obligatoirement mises en place en fonction de l'effectif de l'entreprise.

En l'absence d'accord, les commissions légales seraient à nouveau obligatoires dans les conditions suivantes (C. trav., art. L. 2315\_46 et s. nouv.) :

- la commission formation reste obligatoire au-dessus du seuil de 300 salariés ;
- la commission d'information et d'aide au logement est créée dans les entreprises d'au moins 300 salariés ;
- la commission de l'égalité professionnelle est obligatoire au-dessus de 300 salariés ;
- la commission des marchés doit être mise en place dans les mêmes conditions que précédemment ;
- la commission économique est obligatoire au-dessus de 1 000 salariés.

Les règles de composition de ces commissions sont inchangées.

#### ■ Une supplétivité qui pose question

L'articulation entre l'article L. 2315-45 nouveau qui prévoit simplement la création par accords de commissions supplémentaires à la CSSCT et les articles L. 2345-46 et suivants qui portent sur les 5 commissions légales posent question. Les articles faisant référence aux commissions légales sont considérés comme des dispositions supplétives. Dès lors, une entreprise pourrait-elle prévoir par accord la suppression de tout ou partie des commissions légales ?

A notre sens, l'accord pourrait simplement modifier les modalités et le fonctionnement de ces commissions mais il ne pourrait pas les supprimer purement et simplement. Une interprétation qui mériterait toutefois d'être confirmée.

### Création d'autres commissions par accord collectif

Si le CSE souhaite mettre en place des commissions supplémentaires comme une commission activités sociales et culturelles ou prévoyance, un accord collectif est nécessaire. A l'heure actuelle, la mise en place des commissions dépend d'une délibération du comité d'entreprise.

## La commission économique désormais présidée par l'employeur

L'une des seules évolutions relative aux fonctionnements des commissions concerne la commission économique. Celle-ci est chargée d'étudier les documents économiques et financiers recueillis par le comité et toute question soumise par lui. Sa mise en place reste toujours obligatoire dans les entreprises de plus de 1 000 salariés. Il revient désormais à l'employeur de présider cette commission alors qu'il n'en faisait pas partie par le passé (C. trav., art. L. 2315-43 nouv.). Auparavant, les membres disposaient d'un crédit d'heures de 40 heures par an à se répartir entre eux. Ce

crédit d'heures n'est pas prévu par l'ordonnance mais pourrait être prévu par décret.

### > Les salariés protégés

Les ordonnances ont mis à jour la liste des salariés protégés en vertu des nouvelles dispositions. Bénéficient désormais de la protection contre le licenciement, les membres titulaires et suppléants du CSE et du CSE interentreprises et les représentants de proximité. Les actuels délégués du personnel, membres du CE et membres du CHSCT restent protégés jusqu'au passage en CSE. Tous les autres salariés protégés en vertu d'une autre disposition le restent.

# Fonctionnement du CSE

## Les moyens du comité social et économique

### La personnalité civile

Le CSE des entreprises de 50 salariés et plus est doté de la personnalité civile (C. trav., art. L. 2315-23 nouv.). Il peut donc disposer d'un patrimoine, passer des contrats et agir en justice.

Dans les entreprises de moins de 50 salariés, le CSE ne dispose pas de la personnalité civile. Ses membres exercent individuellement les droits qui leur sont reconnus par le code du travail (C. trav., art. L. 2315-19 nouv.). Aucune évolution sur ce point par rapport aux délégués du personnel.

Concernant les comités sociaux et économiques d'établissement, il est prévu, dans les entreprises d'au moins 50 salariés, de les doter de la personnalité civile (C. trav., art. L. 2316-25 nouv.). Cet article pose question. Cela vaut-il aussi pour les comités sociaux et économiques d'établissement de moins de 50 salariés (v. p. 61) ?

### > L'organisation du transfert des biens entre le CE et le futur CSE

L'article 9-6 de l'ordonnance relative à la nouvelle organisation du dialogue social règle les modalités de transfert de biens entre le comité d'entreprise actuel et les futurs comités sociaux et économiques. Par principe, l'ensemble des biens, droits et obligations, créances et dettes des CE, des CCE, des DUP, des CHSCT existant à la date de publication de l'ordonnance sont transférés de plein droit aux nouveaux comités sociaux et économiques mis en place au terme des mandats des instances et au plus tard au 31 décembre 2019.

Une convention devra être conclue entre les CSE et les anciennes instances au plus tard le 31 décembre 2019. Elle définira les conditions dans lesquelles ces instances mettent à disposition du CSE des biens de toute nature notamment les immeubles et les applications informatiques ainsi que, le cas échéant, les conditions de transfert des droits et obligations, créances et dettes relatifs aux activités transférées.

### Le local et l'affichage

Dans les entreprises de moins de 50 salariés, le comité social et économique dispose d'un local pour accomplir ses missions et pour s'y réunir (C. trav., art. L. 2315-20 nouv.). Le code du travail ne prévoit plus de matériel spécifique à mettre à disposition comme c'est le cas pour les délégués du personnel actuels.

**Remarque :** curieusement, la loi ne prévoit plus la mise à disposition de moyens dans les entreprises de moins de 50 salariés alors que le CSE n'a pas de budget.

Dans les entreprises de plus de 50 salariés, le CSE dispose d'un local aménagé et du matériel nécessaire à l'exercice de ses fonctions.

Pas de grand changement concernant l'affichage, les membres du CSE, quel que soit l'effectif, peuvent faire afficher les renseignements qu'ils ont pour rôle de porter à la connaissance du personnel sur des emplacements prévus et destinés aux communications syndicales (C. trav., art. L. 2315-26 nouv.).

### Crédits d'heures

#### ■ Nombre d'heures de délégation

Les membres titulaires du comité social et économique disposeront du temps nécessaire pour mener à bien leurs missions (C. trav., art. L. 2315-27 nouv.). Ce crédit d'heures est aussi toujours donné aux représentants

syndicaux du CSE et du CSE central dans les entreprises d'au moins 501 salariés. Le nombre d'heures sera fixé par décret pris en Conseil d'État mais ne pourra dans tous les cas être inférieur à :

- 10 heures dans les entreprises de moins de 50 salariés ;
- 16 heures dans les entreprises de plus de 50 salariés ;

Pour rappel, les membres de la DUP disposent de :

- 18 heures entre 50 et 74 salariés ;
- 19 heures entre 75 et 99 salariés ;
- 21 heures de 100 à 299 salariés.

La loi Travail du 8 août 2016 avait réglé les modalités de calcul des heures de délégation des salariés en forfait jours considérant qu'une demi-journée de mandat correspondait à 4 heures de délégation. Ces dispositions ont été supprimées de la loi. Elles seront peut-être reprises par décret.

### ■ Report ou dépassement du crédit d'heures

Les dispositions de la loi Resbamen du 17 août 2015 permettent aux membres de la DUP de reporter d'un mois sur l'autre les heures de délégation dans la limite de 12 mois. L' élu ne pouvait disposer dans le mois de plus d'une fois et demie le crédit d'heures dont il bénéficiait. Les ordonnances précisent que les modalités de report des heures de délégation des membres du CSE sur une durée supérieure au mois sont définies par voie réglementaire (C. trav., art. L. 2315-8 nouv.). Ce qui était auparavant défini par la loi le sera par décret (à paraître).

Les membres de la DUP peuvent se répartir les heures de délégation dont ils disposent, entre eux et avec les membres suppléants, avec une limite. Un membre ne doit pas disposer dans le mois de plus d'une fois et demie son crédit d'heures habituel. Si le principe d'une répartition des heures de délégation entre les membres titulaires et suppléants du CSE est acté (C. trav., art. L. 2315-9 nouv.), les conditions de cette répartition seront fixées par décret (à paraître).

Les ordonnances ne prévoient plus expressément la possibilité pour le représentant du personnel de dépasser le crédit d'heures pour « circonstances exceptionnelles » comme pour les membres du CE et de la DUP. Cette notion sera-t-elle abandonnée ? Les décrets permettront d'y voir plus clair.

### ■ Les réunions internes ne seront plus déduites des heures de délégation

Le nouvel article L. 2315-11 du code du travail liste les différentes hypothèses dans lesquelles le temps passé par les membres du CSE est rémunéré comme du temps de travail et n'est pas décompté des heures de délégation. Quelques nouveautés sont à signaler.

Classiquement les réunions du CSE avec l'employeur ne sont pas décomptées des heures de délégation. Plus surprenant, il est expressément prévu que les réunions internes du comité ne s'imputent pas sur les heures de délégation. A notre sens, ce terme réunions internes correspond aux réunions

préparatoires du comité qui étaient auparavant décomptées des heures de délégation.

Le temps passé par les membres du CSE en commission n'est pas déduit du crédit d'heures dans une certaine limite. A l'heure actuelle, des règles différentes s'appliquent selon les commissions. Il reviendra désormais à un accord collectif ou un décret en Conseil d'État (à paraître) de fixer la limite de la durée globale.

### ■ Les heures liées au droit d'alerte pour danger grave et imminent sont déduites du crédit d'heures

Les membres du CHSCT disposaient d'un crédit d'heures tout comme les membres du comité d'entreprise. N'étaient pas déduit du crédit d'heures :

- le temps passé en réunion avec l'employeur ;
- le temps passé aux enquêtes menées après un accident du travail grave ou des incidents répétés ayant révélé un risque grave ;
- le temps passé à la recherche de mesures préventives dans toutes situations d'urgence et de gravité, notamment lors de la mise en œuvre du droit d'alerte en cas de danger grave et imminent.

Cette dernière hypothèse n'a pas été reprise par les ordonnances. Il en résulte que le temps passé en cas de droit d'alerte pour danger grave et imminent sera déduit des heures de délégation des membres du CSE (C. trav., art. L. 2315-11 nouv.).

## La formation des membres du CSE

Les ordonnances prévoient ou reprennent certaines dispositions générales et renvoient, pour le détail, à des décrets (à paraître).

### Une formation économique pour les titulaires

Aujourd'hui, les membres du comité d'entreprise, titulaires ou suppléants, bénéficient d'une formation économique et financière d'une durée de 5 jours.

La formation économique, d'une durée maximale de 5 jours, reste obligatoire dans les entreprises de plus de 50 salariés, mais uniquement pour les membres titulaires du CSE (C. trav., art. L. 2315-63 nouv.).

### Une formation santé et sécurité pour tous les membres du CSE

L'ordonnance prévoit que les membres de la CSSCT ou, le cas échéant, les membres du CSE bénéficient de la formation nécessaire à l'exercice de leurs missions en matière de santé et de sécurité.

**Remarque :** cette formation s'adresse à notre sens autant aux élus titulaires qu'aux élus suppléants contrairement à la formation économique qui ne concerne que les titulaires.

Le nouvel article L. 2315-40 du code du travail dispose que les membres de la CSSCT bénéficient des

mêmes heures de formation que les membres du CHSCT actuels, à savoir :

- 3 jours dans les entreprises de moins de 300 salariés ;
- 5 jours dans les entreprises de 300 salariés et plus.

**Remarque :** curieusement, aucun nombre de jours n'est expressément prévu pour la formation des membres du CSE en matière de santé et de sécurité. Le nombre de jours de formation est seulement prévu pour les membres de la commission HSE.

A la lecture du nouvel article L. 2315-40 du code du travail, on peut penser qu'en l'absence de commission SSCT, tous les membres du CSE bénéficient de la formation en santé et sécurité. Dès lors qu'une commission existe, cette formation est réservée à ses membres.

## Organismes de formation et renouvellement obligatoire des formations

Les formations des membres du CSE sont dispensées par un organisme figurant sur une liste arrêtée par décret en Conseil d'État (C. trav., art. L. 2315-17).

Elles doivent être renouvelées lorsque les représentants ont exercé leur mandat pendant 4 années consécutives ou non.

## Prise en charge des frais de formation et de la rémunération

L'article L. 2315-18 prévoit expressément que le financement de la formation santé et sécurité des membres élus du CSE est pris en charge par l'employeur dans des conditions qui seront ultérieurement définies par décret (C. trav., art. L. 2315-18 nouv.).

Le financement de leur formation économique et financière est, lui, pris en charge par le CSE comme c'est le cas actuellement pour le comité d'entreprise (C. trav., art. L. 2315-63 nouv.).

**Remarque :** ces jours de formation restent imputés sur la durée du congé de formation économique, sociale et syndicale.

Le temps consacré aux formations est pris sur le temps de travail et rémunéré comme tel. Il n'est pas déduit des heures de délégation.

## Les réunions du CSE

### Dans les entreprises de 50 salariés et plus

#### ■ La périodicité des réunions

Tout comme le comité d'entreprise, le CSE doit se réunir au moins une fois par mois dans les entreprises d'au moins 300 salariés. Dans celles de moins de 300 salariés, le comité social et économique se réunit au moins une fois tous les 2 mois.

**Remarque :** les règles ci-dessus ne s'appliquent qu'à titre supplétif. Un accord collectif peut en effet réduire le nombre de réunions annuelles du CSE sans toutefois descendre en dessous de six réunions. (C. trav., art. L. 2312-19 nouv.).

Comme c'était déjà le cas pour le comité d'entreprise, le CSE peut tenir une seconde réunion dans le mois à la demande de la majorité de ses membres.

Au minimum 4 des réunions annuelles du CSE doivent porter en tout ou partie sur les attributions du comité en matière de santé et de sécurité et plus fréquemment en cas de besoin.

On retrouve les règles auparavant applicables aux réunions extraordinaires du CHSCT. Le comité est réuni :

- à la suite de tout accident grave ayant entraîné ou ayant pu entraîner des conséquences graves, ayant porté atteinte ou ayant pu porter atteinte à la santé publique ou à l'environnement ;
- à la demande motivée de deux de ses membres représentants du personnel sur les sujets relevant de la santé et de la sécurité.

**Remarque :** à notre sens, deux élus suppléants, même s'ils ne siègent pas au comité social et économique peuvent demander la tenue d'une telle réunion.

L'employeur doit désormais informer annuellement, l'agent de contrôle de l'inspection du travail, le médecin du travail, et l'agent des services de prévention de la Carsat du calendrier retenu pour les réunions consacrées aux sujets relevant de la santé et de la sécurité (v. p. 39).

#### ■ L'ordre du jour est communiqué 3 jours avant la réunion

L'ordre du jour de la réunion du comité social et économique est établi par le président et le secrétaire, et transmis par le président au moins 3 jours avant la date de la réunion prévue (C. trav., art. L. 2315-29 nouv.). Le délai qui a été choisi pour transmettre l'ordre du jour est celui du comité d'entreprise (3 jours) plutôt que celui de la DUP (8 jours).

Si le CSE se réunit à la demande de la majorité de ses membres, les questions jointes à la demande de convocation sont inscrites à l'ordre du jour de la réunion.

Les votes et délibérations du comité sont pris à la majorité des membres présents, l'employeur ne peut pas participer au vote lorsqu'il consulte l'instance en tant que délégation du personnel.

**Remarque :** la loi Travail du 8 août 2016 avait prévu que l'inspecteur du travail pouvait sur leur demande et à tout moment prendre connaissance des délibérations du comité d'entreprise. Les ordonnances suppriment cette possibilité (C. trav., art. L. 2315-34 nouv.).

Concernant les procès-verbaux, les règles actuellement applicables au comité d'entreprise depuis la loi Rebsamen du 17 août 2015 sont reprises. Les délibérations du CSE sont consignées dans un procès-verbal établi par le secrétaire dans un délai de 15 jours applicable à défaut d'accord collectif contraire.

## Dans les entreprises de moins de 50 salariés

À l'heure actuelle, dans les entreprises de moins de 50 salariés les délégués du personnel sont reçus au moins une fois par mois par l'employeur ou son représentant. Une périodicité maintenue pour le CSE des entreprises de moins de 50 salariés.

Les membres du CSE devront envoyer les questions deux jours ouvrables avant la date de la réunion à laquelle ils doivent être reçus. L'employeur répond par écrit dans les 6 jours ouvrables suivants la réunion (C. trav., art. L. 2315-22 nouv.).

Comme pour les membres du CSE dans les entreprises de plus de 50 salariés, les membres suppléants de la délégation du personnel au CSE ne peuvent plus assister aux réunions avec l'employeur.

**Remarque :** l'article L. 2315-10 du code du travail actuel prévoit que les délégués du personnel pouvaient se faire assister par un représentant d'une organisation syndicale. Il semble que ceci ne soit plus possible pour le CSE.

## Les budgets du CSE

### Augmentation du budget de fonctionnement dans les grandes entreprises

Comme le comité d'entreprise, les ressources financières du CSE sont organisées à travers deux budgets :

- le budget de fonctionnement destiné à couvrir les dépenses engagées pour le fonctionnement de l'instance et l'exercice de ses attributions économiques ;
- le budget des activités sociales et culturelles déterminé par accord collectif ou par décision unilatérale de l'employeur.

Le budget de fonctionnement du comité d'entreprise était fixé par la loi à 0,2 % de la masse salariale. Les ordonnances modifient le pourcentage dans les entreprises de plus de 2 000 salariés. Il passe à 0,22 % de la masse salariale et reste fixé à 0,20 % dans les entreprises de 50 à 2 000 salariés.

### Évolution de l'assiette des budgets du CSE

Le budget de fonctionnement et celui des activités sociales et culturelles du comité d'entreprise sont calculés à partir de la masse salariale brute. Cette notion alimente les contentieux depuis plusieurs années. La Cour de cassation a eu l'occasion de rendre plusieurs arrêts en la matière en déterminant ce qui retraits ou pas dans l'assiette de la masse salariale.

De jurisprudence constante, la masse salariale brute à prendre en compte est la masse salariale comptable versée au compte 641, à l'exception des sommes qui correspondent à la rémunération des dirigeants (Cass. soc., 9 juill. 2014, n° 13-17.470).

**Remarque :** les indemnités de rupture pour leur partie supérieure à celles correspondant aux indemnités légales et conventionnelles n'entraient pas dans cette assiette.

Les ordonnances modifient l'assiette de calcul des budgets de fonctionnement et des activités sociales et culturelles. Désormais, la masse salariale brute est constituée par l'ensemble des gains et rémunérations soumis à cotisations sociales en application de l'article L. 242-1 du code de la sécurité sociale c'est-à-dire la masse salariale DSN. Le texte exclut cependant de cette assiette les indemnités versées à l'occasion de la rupture du contrat de travail à durée indéterminée, qu'elles soient ou non soumises à cotisations sociales (C. trav., art. L. 2315-61 nouv.).

Sont ajoutées à cette assiette, les sommes effectivement distribuées aux salariés lors de l'année de référence en application d'un accord de participation ou d'intéressement. Un débat subsiste sur la notion de sommes « effectivement distribuées ». Doit-on prendre en compte toutes les sommes distribuées aux salariés qu'elles soient affectées ou non à un plan d'épargne salariale ? A notre sens, ne prendre en compte que les sommes non placées par le salarié serait source de complexité pour les entreprises. Serait donc ajouté à l'assiette le montant global de l'intéressement et de la participation, peu important les choix d'affectation des salariés. Une interprétation qui mériterait confirmation.

### Fin de la stricte séparation des deux budgets

Jusqu'à présent, les sommes non utilisées du budget de fonctionnement du CE sont reportées sur la subvention de fonctionnement de l'année suivante. Elles ne peuvent ni être récupérées par l'employeur ni être déduites de la subvention de l'année suivante, ni être transférées sur le budget des activités sociales et culturelles.

Désormais, le CSE peut, par une délibération, consacrer une partie de l'excédent annuel du budget de fonctionnement à la subvention destinée aux activités sociales et culturelles (C. trav., art. L. 2315-61 nouv.). Les élus du CSE pourront-ils transférer l'ensemble des reliquats accumulés depuis plusieurs années ou simplement l'excédent annuel du budget de fonctionnement ? A notre sens, le texte semble admettre uniquement l'hypothèse de « l'excédent annuel ».

**Remarque :** l'ordonnance ne dit rien en revanche des excédents accumulés par le CE aux cours des années précédentes.

Ce transfert de budget est également possible des activités sociales et culturelles vers le budget de fonctionnement.

#### > Le règlement intérieur du CSE

Le comité social et économique doit se doter d'un règlement intérieur au même titre que le comité d'entreprise et le CHSCT depuis la loi Rebsamen. Le règlement intérieur doit déterminer les modalités de fonctionnement de l'instance ainsi que ses rapports avec les salariés de l'entreprise (C. trav., art. L. 2315-24). Ce règlement intérieur devra aussi prévoir en l'absence d'accord collectif les modalités de fonctionnement de la future commission santé, sécurité et conditions de travail.



# Les attributions du CSE

La fusion est réelle également du côté des attributions du CSE, et des modalités d'exercice de ces attributions. Si l'on retrouve la plupart des missions des anciennes instances représentatives du personnel, elles sont réorganisées et simplifiées, et surtout elles sont soumises au triptyque ordre public, négociation, dispositions supplétives. Il en va de même de la BDES.

## Attributions du CSE dans les entreprises de 11 à 49 salariés : des délégués du personnel « allégés »

### Présentation des réclamations individuelles ou collectives

Le nouvel article L. 2312-5 reprend la mission principale des délégués du personnel en des termes inchangés : « La délégation du personnel au comité social et économique a pour mission de présenter à l'employeur les réclamations individuelles ou collectives relatives aux salaires, à l'application du code du travail et des autres dispositions légales concernant notamment la protection sociale, ainsi que des conventions et accords applicables dans l'entreprise ».

**Remarque :** l'alinéa 3 reprend également les dispositions de l'ancien article L. 2315-9 précisant que dans les sociétés anonymes, lorsqu'il ne peut être donné suite aux réclamations présentées qu'après délibération du conseil d'administration, les délégués au CSE sont reçus par celui-ci sur leur demande en présence du directeur ayant connaissance des réclamations présentées.

A noter que l'article L. 2312-7 nouveau prévoit, comme auparavant, que les « travailleurs conservent le droit de présenter eux-mêmes leurs observations à l'employeur ou à ses représentants ».

### Compétence générale en matière de santé, sécurité et conditions de travail redéfinie

Ce n'est pas nouveau, les délégués du personnel exerçaient les attributions du CHSCT en l'absence de CHSCT et ce dans les établissements de plus de 50 salariés comme dans ceux de moins de 50 salariés. Les articles L. 2313-16 et L. 4611-3 anciens précisaient que les délégués du personnel

exercent les missions attribuées au CHSCT avec les moyens attribués aux délégués du personnel.

Le nouvel article L. 2312-5, alinéa 2 reprend cette mission et la synthétise. Ainsi, le CSE « contribue à promouvoir la santé, la sécurité et les conditions de travail dans l'entreprise et réalise des enquêtes en matière d'accidents du travail ou de maladies professionnelles ou à caractère professionnel ».

### Compétences particulières revues à la baisse

Certaines compétences propres aux délégués du personnel sont conservées dans le cadre du CSE de 11 à 49 salariés, mais un certain nombre de ces compétences sont maintenant réservées au CSE dans les entreprises de 50 salariés et plus.

**Remarque :** comme auparavant, si les membres du CSE des entreprises de moins de 50 salariés ne peuvent pas bénéficier de la formation économique des titulaires, ils ont en revanche droit à la formation santé et sécurité (v. p. 43).

### Compétences conservées

Le CSE reste consulté :

- en cas de licenciement économique collectif, même dans les entreprises d'au moins 11 salariés et de moins de 50 salariés (C. trav., art. L. 1233-8 mod. et L. 2312-40 nouv.) ;
- sur le reclassement d'un salarié déclaré inapte par le médecin du travail (C. trav., art. L. 1226-2 et L. 1226-10 mod.) ;
- sur les congés payés (C. trav., art. L. 3141-16) ;
- dans les entreprises du BTP, sur la décision de recourir au chômage intempéries (C. trav., art. L. 5424-9).

## Compétences disparues

Certaines compétences disparaissent des prérogatives du CSE des entreprises de 11 à 49 salariés :

- le droit d’alerte en cas d’atteinte aux droits des personnes était une prérogative des délégués du personnel et donc applicable dès 11 salariés : le dispositif demeure mais il est réservé aux CSE de 50 salariés et plus (v. p. 51) ;
- la consultation des délégués du personnel sur le CICE dans les entreprises de moins de 50 salariés (elle se retrouve uniquement dans les consultations du CSE des entreprises de 50 salariés et plus dans la consultation sur la situation économique et financière de l’entreprise, v. p. 49) ;
- l’exercice des missions du CE en matière de formation professionnelle.

## Possibilités inchangées de saisine de l’inspecteur du travail

L’alinéa 4 du nouvel article L. 2312-5 précise que « les membres de la délégation du personnel au comité peuvent saisir l’inspection du travail de toutes plaintes et observations relatives à l’application des dispositions légales dont elle est chargée d’assurer le contrôle ».

Cette disposition est inchangée.

**Remarque :** en revanche, le nouvel article L. 2312-10 prévoyant que l’inspecteur du travail se fait accompagner par

un délégué si ce dernier le souhaite ne s’applique qu’aux entreprises de 50 salariés et plus. Auparavant, il s’agissait d’une prérogative des délégués du personnel, donc applicable dès 11 salariés (sur ce point v. encadré p. 53).

### > D’autres travailleurs peuvent être représentés par le CSE

Comme c’était le cas auparavant pour les délégués du personnel, les membres du CSE sont aussi chargés de représenter les travailleurs occupés dans l’entreprise, même s’ils ne sont pas salariés de l’entreprise.

Ainsi, l’article L. 2312-6 nouveau prévoit qu’outre les salariés, les attributions de la délégation du personnel au CSE sont étendues :

- aux intérimaires, stagiaires et à toute personne placée sous l’autorité de l’employeur, en matière de santé, sécurité et conditions de travail ;
- aux salariés d’entreprises extérieures qui, dans l’exercice de leur activité, ne se trouvent pas placés sous la subordination directe de l’entreprise utilisatrice, pour leurs réclamations individuelles et collectives, intéressant les conditions d’exécution du travail qui relèvent du chef d’établissement utilisateur ;
- aux salariés temporaires pour leurs réclamations intéressant l’application des dispositions des articles L. 1251-18 en matière de rémunération ; L. 1251-21 à L. 1251-23 en matière de conditions de travail ; L. 1251-24 en matière d’accès aux moyens de transport collectifs et aux installations collectives.

# Attributions du CSE dans les entreprises de 50 salariés et plus : un grand remaniement

## Attributions des délégués du personnel, du comité d’entreprise et du CHSCT

Globalement, le CSE dans les entreprises de 50 salariés et plus reprend les attributions des délégués du personnel, du comité d’entreprise et du CHSCT.

Toutefois de nombreuses simplifications rédactionnelles ont été concédées. Remettent-elles en cause les attributions préexistantes ?

**Remarque :** l’article L. 2312-8, alinéa 8 nouveau précise expressément que le CSE des entreprises d’au moins 50 salariés exerce également les attributions prévues pour le CSE des entreprises de 11 à 49 salariés, c’est-à-dire celles prévues aux articles L. 2312-5 à L. 2312-7 nouveaux (v. p. 46).

## Attributions générales : marche générale de l’entreprise et santé, sécurité et conditions de travail

### Attributions générales « économiques »

Le nouvel article L. 2312-8 rappelle que le CSE « a pour mission d’assurer une expression collective des salariés permettant la prise en compte permanente de leurs intérêts dans les décisions relatives à la gestion et à l’évolution économique et financière de l’entreprise, à l’organisation du travail, à la formation professionnelle et aux techniques de production ».

Puis il reprend l'attribution générale principale de l'ancien CE sous l'égide duquel il embarque d'autres consultations ponctuelles CE et CHSCT. Ainsi, le comité est informé et consulté sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise, notamment sur :

- les mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs ;
- la modification de son organisation économique ou juridique ;
- les conditions d'emploi, de travail, notamment la durée du travail, et la formation professionnelle ;
- l'introduction de nouvelles technologies, tout aménagement important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail ;

**Remarque :** concernant « l'introduction de nouvelles technologies », les dispositions spécifiques de l'ancien article L. 2323-29 prévoyant le transfert d'informations sur le projet au moins un mois à l'avance disparaissent. De même, le dispositif de l'article L. 2323-30 ancien relatif aux mutations technologiques nécessitant un plan d'adaptation ne se retrouve pas. Bien sûr le CSE sera consulté au titre de ses attributions générales, mais leur régime spécial disparaît.

- les mesures prises en vue de faciliter la mise, la remise ou le maintien au travail des accidentés du travail, des invalides de guerre, des invalides civils, des personnes atteintes de maladies chroniques évolutives et des travailleurs handicapés, notamment sur l'aménagement des postes de travail.

Enfin, l'article L. 2312-12 nouveau reprend l'ancienne disposition générale prévoyant que le CSE « formule, à son initiative, et examine, à la demande de l'employeur, toute proposition de nature à améliorer les conditions de travail, d'emploi et de formation professionnelle des salariés, leurs conditions de vie dans l'entreprise ainsi que les conditions dans lesquelles ils bénéficient de garanties collectives complémentaires ».

### Précisions des missions du CSE dans le champ de la santé, sécurité et des conditions de travail

Et l'ordonnance va plus loin, puisque l'article L. 2312-9 nouveau reprend plusieurs dispositions appartenant à l'ancienne partie du code du travail relative aux missions du CHSCT. Il est donc prévu expressément que dans le champ de la santé, sécurité et des conditions de travail, le CSE :

- procède à l'analyse des risques professionnels auxquels peuvent être exposés les travailleurs, notamment les femmes enceintes, ainsi que des effets de l'exposition aux facteurs de risques professionnels mentionnés à l'article L. 4161-1 (v. p. 111) ;
- contribue notamment à faciliter l'accès des femmes à tous les emplois, à la résolution des problèmes liés à la maternité, l'adaptation et à l'aménagement des postes de travail afin de faciliter l'accès et le maintien des personnes handicapées à tous les emplois au cours de leur vie professionnelle ;
- peut susciter toute initiative qu'il estime utile et proposer notamment des actions de prévention du

harcèlement moral, du harcèlement sexuel et des agissements sexistes définis à l'article L. 1142-2-1. Le refus de l'employeur est motivé.

**Remarque :** l'ordonnance reprend ici les missions du CHSCT prévues aux articles L. 4612-1 à L. 4612-3 anciens du code du travail. Cependant, on peut remarquer une importante simplification de ces textes. Il n'est notamment plus prévu de manière générale que le CSE « contribue à la promotion de la prévention des risques professionnels » mais seulement qu'il peut susciter des initiatives à ce sujet. De même, le CHSCT contribuait « à l'amélioration des conditions de travail », alors que le CSE ne fait que contribuer « notamment » à faciliter les problématiques relatives à la maternité et aux travailleurs handicapés. Enfin, le CHSCT avait pour mission de « veiller à l'observation des prescriptions légales prises » en ces matières santé, sécurité et conditions de travail. Face à toutes ces « simplifications » de rédaction, on peut se demander si les missions relatives à la santé, sécurité et aux conditions de travail, autrement dit les « missions CHSCT » ne sont pas affaiblies car dépourvues d'une partie importante de la généralité de ses missions.

## Consultations périodiques : les 3 grandes consultations aménageables

### Les 3 grandes consultations, d'ordre public, demeurent

Les trois grandes consultations périodiques, sur les orientations stratégiques de l'entreprise, sur la situation économique et financière et sur la politique sociale demeurent obligatoires, elles sont d'ordre public (C. trav., art. L. 2312-17 nouv.).

### Consultations « aménageables » par accord

Un accord d'entreprise, ou en l'absence de délégué syndical, un accord avec le CSE (adopté à la majorité des titulaires) peut (C. trav., art. L. 2312-19 nouv.) :

- définir le contenu, la périodicité et les modalités de ces 3 consultations récurrentes ainsi que la liste et le contenu des informations nécessaires à ces consultations ;

**Remarque :** l'ancien article L. 2323-7 prévoyait qu'un accord d'entreprise pouvait définir les modalités des consultations récurrentes du CE sur la situation économique et financière de l'entreprise et la politique sociale de l'entreprise, ainsi que la liste et le contenu des informations récurrentes sur la situation économique et financière (à l'exception des documents comptables), la politique sociale de l'entreprise (hors données sur l'égalité professionnelle) et les informations trimestrielles dans les entreprises d'au moins 300 salariés. Les possibilités d'aménagement par accord sont donc aujourd'hui plus larges.

- définir le nombre de réunions annuelles du CSE, qui ne peut être inférieur à 6 ;
- définir les niveaux auxquelles les consultations sont conduites et le cas échéant, leur articulation (sur ce point, v. p. 63) ;
- définir les délais de consultation dans lesquels les avis du CSE sont rendus (v. p. 51) ;

– prévoir la possibilité pour le CSE d'émettre un avis unique portant sur tout ou partie des thèmes des 3 grandes consultations.

Attention, la périodicité des consultations prévue par l'accord ne peut être supérieure à 3 ans.

Il est donc possible de regrouper les consultations périodiques ou du moins certains de leurs thèmes et de passer d'une périodicité annuelle obligatoire à une périodicité biennale voire triennale.

**Remarque :** un accord de groupe peut toujours prévoir, selon les mêmes modalités qu'auparavant, que la consultation sur les orientations stratégiques soit effectuée au niveau du comité de groupe (C. trav., art. L. 2312-20 nouv.).

## A défaut d'accord, des dispositions supplétives sont prévues

En l'absence d'accord (avec les DS, ou en l'absence de DS avec le CSE) (C. trav., art. L. 2312-22 nouv.) :

- les 3 grandes consultations restent annuelles ;
- elles sont organisées conformément aux nouveaux articles L. 2312-24 et suivants, lesquels reprennent globalement les anciennes dispositions relatives à ces consultations ;
- les consultations sur les orientations stratégiques et sur la situation économique et financière de l'entreprise sont conduites au niveau de l'entreprise, sauf si l'employeur en décide autrement. Quant à la consultation sur la politique sociale elle est conduite à la fois au niveau central et au niveau des établissements lorsque sont prévues des mesures d'adaptation spécifiques à ces établissements.

**Remarque :** si rien n'est prévu concernant le niveau de consultation et leur articulation, l'employeur a la main, et par principe c'est le CSE central qui est compétent sauf concernant les mesures d'adaptation spécifiques aux établissements concernant la consultation sur la politique sociale.

## Des modifications substantielles de la consultation sur la politique sociale

Les consultations périodiques sur les orientations stratégiques et sur la situation économique et financière de l'entreprise sont inchangées.

En revanche, la consultation sur la politique sociale subit plusieurs aménagements notables :

- sont intégrées à cette consultation les « grandes consultations CHSCT » à savoir la présentation du rapport annuel sur la situation générale de la santé, de la sécurité et des conditions de travail et du programme annuel de prévention des risques professionnels et d'amélioration des conditions de travail ;
- des informations relatives aux contrats précaires ont été ajoutées à celles à fournir au CSE dans le cadre de

cette consultation. Ainsi, outre les informations déjà prévues sur le nombre et les conditions d'accueil des stagiaires, sur l'apprentissage et sur le recours aux CDD et aux contrats de missions ou conclus avec une entreprise de portage salarial, il faut fournir des informations relatives aux contrats d'accompagnement dans l'emploi, aux contrats initiative emploi, ainsi que fournir les éléments qui ont conduit à faire appel, au titre de l'année écoulée, et qui pourraient conduire à faire appel pour l'année à venir, à des CDD, des contrats de mission ou des contrats conclus avec une entreprise de portage salarial.

### > Possibilité de donner des avis séparés sur les thèmes de la consultation sur la politique sociale

L'article L. 2312-26, alinéa 2 nouveau prévoit une nouvelle disposition : le CSE peut se prononcer par un avis unique portant sur l'ensemble des thèmes de la consultation ou par des avis séparés organisés au cours de consultations propres à chacun de ces thèmes. Il n'y a pas de procédure particulière à suivre.

Ainsi, la possibilité de donner un avis unique ou des avis séparés renvoie au champ de la consultation défini au premier alinéa de l'article L. 2312-26 nouveau qui reprend les termes des anciennes dispositions, et vise donc les thèmes suivants :

- évolution de l'emploi ;
- qualifications ;
- programme pluriannuel de formation, actions de formation envisagées par l'employeur, apprentissage, conditions d'accueil en stage ;
- actions de prévention en matière de santé et de sécurité ;
- conditions de travail ;
- congés et aménagement du temps de travail, durée du travail ;
- égalité professionnelle ;
- modalités d'exercice du droit d'expression des salariés dans les entreprises non couvertes par un accord sur l'égalité professionnelle et qualité de vie au travail contenant des dispositions sur ce droit.

Cette nouvelle mesure permet de répondre à la difficulté inhérente à l'ampleur et la diversité des thèmes de cette consultation. On pense tout de suite à la consultation relative à la formation, qui a toujours eu une place à part.

A noter que l'article L. 2312-19 nouveau autorise l'aménagement des 3 grandes consultations par accord (collectif ou à défaut de DS avec le CSE) (v. p. 48), et notamment lui permet de définir le contenu et la périodicité de ces consultations. Il faut donc penser à articuler ces dispositions le cas échéant.

## Consultations et informations ponctuelles : soumises au triptyque ordre public, négociation, dispositions supplétives

### Un ordre public préservant globalement les consultations ponctuelles

Outre les thèmes prévus à l'article L. 2312-8 nouveau (c'est-à-dire les « attributions générales » du CSE), le comité est obligatoirement consulté dans les cas suivants :

- mise en œuvre des moyens de contrôle de l'activité des salariés ;
- restructuration et compression des effectifs ;

**Remarque :** l'article L. 2312-39 nouveau précise que l'avis du CE en matière de restructuration et de compression des effectifs n'est pas applicable en cas d'accords collectifs visés aux articles L. 1237-17 et suivants, c'est-à-dire concernant les accords collectifs portant gestion prévisionnelle des emplois et des compétences ou rupture conventionnelle collective. Dans ce cas, l'accord collectif doit prévoir des modalités d'information du CSE (sur ces accords, v. p. 28 et 89).

- licenciement collectif pour motif économique ;
- offre publique d'acquisition ;
- procédures de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaire.

Les articles L. 2312-38 à L. 2312-54 nouveaux définissent les modalités de ces consultations qui sont d'ordre public, celles-ci restant inchangées.

### Possibilités de négociations sur le contenu des consultations, ses modalités et les délais de consultation

L'article L. 2312-55 nouveau précise qu'un accord d'entreprise (ou en l'absence de DS, un accord entre l'employeur et le CSE adopté à la majorité des titulaires) peut définir :

- le contenu des consultations et informations ponctuelles du CSE prévues aux articles L. 2312-8 et L. 2312-37 (c'est-à-dire les « attributions générales » du CSE et ses autres attributions ponctuelles), dans le respect des dispositions d'ordre public relatives à ces informations et consultations détaillées aux articles L. 2312-38 à L. 2312-54 nouveaux ;
- les modalités de ces consultations ponctuelles, notamment le nombre de réunions ;

– les délais de consultation dans lesquels les avis du comité sont rendus.

### Dispositions supplétives à défaut d'accord

Les articles L. 2312-57 et suivants nouveaux prévoient un certain nombre de dispositions supplétives.

Ainsi, à défaut d'accord (avec les DS, ou en l'absence de DS avec le CSE) :

- l'employeur communique aux membres du CSE la documentation économique et financière un mois après chaque élection du CSE (C. trav., art. L. 2312-57 nouv.), comme le prévoyait l'article L. 2323-28 ancien ;
- l'entreprise donneuse d'ordre informe immédiatement l'entreprise sous-traitante lorsqu'un projet de restructuration et de compression des effectifs est de nature à affecter le volume d'activité ou d'emploi d'une entreprise sous-traitante. Dans ce cas, le CSE de l'entreprise sous-traitante en est immédiatement informé et reçoit toute explication utile sur l'évolution probable de l'activité et de l'emploi. Cette disposition était auparavant prévue à l'identique à l'article L. 2323-32 ancien.

Ces deux informations, auparavant impératives, n'ont pas été classées dans les dispositions d'ordre public : elles ne sont applicables qu'« à défaut d'accord ».

**Remarque :** cela signifie-t-il qu'elles ne sont applicables qu'à défaut d'accord sur ces points (information économique et financière, et restructuration affectant les sous-traitants), ou seulement si aucun accord n'est négocié sur les consultations ponctuelles du CSE ? Une précision serait la bienvenue.

#### > Un accord de groupe sur les consultations ponctuelles

Une nouvelle possibilité est ouverte par l'article L. 2312-56 nouveau.

Désormais, un accord de groupe peut prévoir que les consultations ponctuelles (attributions générales et autres attributions ponctuelles) sont effectuées au niveau du comité de groupe. Il prévoit les modalités de transmission de l'avis du comité de groupe :

- à chaque CSE des entreprises du groupe, qui reste consulté sur les conséquences du projet sur l'entreprise ;
- à l'organe chargé de l'administration de l'entreprise dominante de ce groupe.

On peut penser que ce déplacement partiel de la consultation vers le comité de groupe ne trouve de justification et d'intérêt que dans la mesure où il s'agit d'un projet groupe.

## Informations trimestrielles dans les entreprises de 300 salariés inchangées

Les informations trimestrielles réservées aux entreprises de 300 salariés et plus demeurent. Elles sont remaniées, mais sur le fond inchangées.

**Remarque :** à noter que le seuil de 300 salariés est réputé franchi, à l'image des autres seuils d'effectifs (v. p. 33), lorsque l'effectif de l'entreprise dépasse ce seuil pendant 12 mois consécutifs (C. trav., art. L. 2312-34 nouv.).

Ainsi, chaque trimestre, dans les entreprises d'au moins 300 salariés, l'employeur met à la disposition du CSE, des informations sur (C. trav., art. L. 2312-69 nouv.) :

- l'évolution générale des commandes et l'exécution des programmes de production ;
- les éventuels retards de paiement de cotisations sociales par l'entreprise ;
- l'évolution des effectifs et de la qualification des salariés par sexe (le contenu de ces dernières informations sera précisé par un décret en Conseil d'État, à paraître).

**Remarque :** si les deux premiers items sont identiques, on assiste à la disparition de l'information sur le nombre de contrats de missions conclus avec les entreprises de travail temporaire. Cependant, ce thème était précisé par l'article R. 2323-10 qui prévoyait des « informations sur l'évolution des effectifs et de la qualification des salariés par sexe ». On s'y retrouve donc, et l'on peut même affirmer que l'objet de ces informations s'en trouve plus clair.

## Activités sociales et culturelles inchangées

Les dispositions relatives aux attributions sociales et culturelles du CSE sont inchangées (C. trav., art. L. 2312-78 à L. 2312-80 nouv.).

Seule la subvention propre aux ASC est largement modifiée par l'ordonnance (C. trav., art. L. 2312-81 à L. 2312-84 nouv.) (sur ce point, v. p. 45).

## Droits d'alerte conservés

L'ordonnance reprend l'ensemble des droits d'alerte du CE, du CHSCT et des délégués du personnel :

- l'alerte en cas d'atteinte aux droits des personnes (C. trav., art. L. 2312-59 nouv.) : elle n'est pas modifiée, si ce n'est qu'elle n'est ouverte qu'aux CSE de 50 salariés et plus et pas aux CSE de 11 à 49 salariés, et ce alors qu'il s'agissait d'une alerte propre aux délégués du personnel ;
- l'alerte en cas de danger grave et imminent (C. trav., art. L. 2312-60 nouv.) ;
- l'alerte en cas d'utilisation non conforme du Cice (C. trav., art. L. 2312-61 et L. 2312-62),
- le droit d'alerte économique (C. trav., art. L. 2312-63 et s.) ;
- l'alerte en matière de contrats précaires : le « droit d'alerte sociale » (C. trav., art. L. 2312-70 et L. 2312-71 nouv.)

# Modalités d'exercice des attributions du CSE

## Règles de consultation : les principes demeurent

Les principes « classiques » de la consultation du CE sont conservés pour le CSE, ainsi :

- la consultation doit être préalable à la décision de l'employeur (sauf en cas d'OPA) (C. trav., art. L. 2312-14, al. 1 nouv.) ;
- le CSE émet des avis et des vœux dans l'exercice de ses attributions consultatives (C. trav., art. L. 2312-15, al. 1 nouv.) ;
- le CSE dispose d'un délai d'examen suffisant et d'informations précises et écrites transmises ou mises à disposition par l'employeur, et de la réponse motivée de l'employeur à ses propres observations (C. trav., art. L. 2312-15, al. 2).

## Délais de consultation : élargissement du délai préfix

Le délai préfix est repris dans les grandes lignes mais il est encore simplifié et étendu.

## Le délai minimum de 15 jours disparaît

L'article L. 2312-16 nouveau prévoit que sauf dispositions législatives spéciales, l'accord collectif relatif aux consultations du CSE (défini aux articles L. 2312-19 et L. 2312-55) ou, en l'absence de DS, un accord entre l'employeur et le CSE adopté à la majorité des titulaires (ou le CSE central, le cas échéant), ou, à défaut d'accord, un décret en Conseil d'État fixe les délais dans lesquels les avis du CSE ou, le cas échéant, du CSE central sont rendus dans le cadre de ses consultations.

**Remarque :** un nouveau décret en Conseil d'État doit être pris à ce sujet. Le CHSCT et l'instance de coordination ayant disparu avec la fusion en CSE, on peut penser qu'il n'y aura plus que 2 délais réglementaires applicables à l'absence d'accord : 1 mois dans le cas général, et 2 mois en cas de recours à un expert. Mais il faut attendre la publication du décret pour s'en assurer.

Il est précisé que ces délais permettent au CSE d'exercer utilement sa compétence, en fonction de la nature et de l'importance des questions qui lui sont soumises.

A l'expiration de ces délais, le CSE est réputé avoir été consulté et avoir rendu un avis négatif.

Les dispositions antérieures sont inchangées, à une exception près : le délai minimum de 15 jours a disparu. Ainsi il est désormais tout à fait possible aux négociateurs de prévoir par accord un délai de consultation inférieur à 15 jours. La circulaire DGT 2014/1, 18 mars 2014, avait déjà précisé que le CE pouvait rendre son avis avant s'il s'estimait prêt, mais l'accord ne pouvait prévoir un délai inférieur, ce qui est maintenant possible.

## Modalités des contestations inchangées

De même, les modalités de contestation ne sont pas modifiées. Ainsi, l'article L. 2312-15, alinéas 4 et 5 nouveaux rappelle que :

- le CSE peut, s'il estime ne pas disposer d'éléments suffisants, saisir le président du TGI statuant en la forme des référés, pour qu'il ordonne la communication par l'employeur des éléments manquants. Le juge statue dans un délai de 8 jours ;
- cette saisine n'a pas pour effet de prolonger le délai dont dispose le CSE pour rendre son avis. Toutefois, en cas de difficultés particulières d'accès aux informations nécessaires à la formulation de l'avis motivé du comité, le juge peut décider la prolongation du délai prévu au deuxième alinéa.

## Toutes les consultations sont concernées

L'article L. 2312-16 nouveau précise que l'accord (avec les DS ou à défaut de DS avec le CSE), ou à défaut les délais fixés par décret en Conseil d'État (à paraître) sont applicables « dans le cadre des consultations prévues au présent code », et ce « sauf dispositions législatives spéciales ».

Auparavant, étaient visées les 3 grandes consultations et la majorité des consultations ponctuelles, mais restaient hors du champ certaines consultations non visées expressément, pour lequel continuait de s'appliquer le « délai d'examen suffisant » non fixé et auquel ne s'appliquait pas la présomption d'avis négatif.

Désormais, soit une disposition législative prévoit des délais de consultation spécifiques (comme en cas de licenciement économique collectif ou d'OPA par exemple) et il faut les appliquer, soit, si ce n'est pas le cas, il faut appliquer les délais réglementaires, dès lors que ces consultations sont prévues par le code du travail.

**Remarque :** de nombreuses consultations étaient encore soumises au « délai d'examen suffisant » et pas au « délai préfix » (notamment de nombreuses consultations ponctuelles relatives à l'emploi ou à la durée du travail par exemple).

## Reprise des modalités d'exercice de la mission du CHSCT dans le champ de la santé, sécurité et conditions de travail

Dans le champ de la santé, de la sécurité et des conditions de travail, l'article L. 2312-13 nouveau reprend les modalités d'exercice des missions du CHSCT. Ainsi, le CSE :

- procède, à intervalles réguliers, à des inspections en matière de santé, de sécurité et des conditions de travail ;
- réalise des enquêtes en matière d'accidents du travail ou de maladies professionnelles ou à caractère professionnel ;
- peut demander à entendre le chef d'une entreprise voisine dont l'activité expose les travailleurs de son ressort à des nuisances particulières. Il est informé des suites réservées à ses observations ;
- peut faire appel à titre consultatif et occasionnel au concours de toute personne de l'entreprise qui lui paraîtrait qualifiée.

**Remarque :** ces dispositions reprennent globalement les anciens articles L. 4612-4 et L. 4612-5 relatifs au CHSCT. Il n'est simplement plus prévu que la fréquence des inspections est au moins égale à celle des réunions ordinaires du comité.

## Les accords collectifs restent hors du champ de la consultation du CSE

Les projets d'accord collectifs, leur révision ou leur dénonciation ne sont pas soumis à la consultation du CSE (C. trav., art. L. 2312-14, al. 2 nouv.).

Cette exclusion était déjà prévue. Applicable depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2016, elle avait été ajoutée par la loi Rebsamen pour la consultation du CE. Elle n'avait cependant pas été reprise pour le CHSCT dans les cas d'accord touchant ses compétences. Elle est désormais, suite à la fusion, générale à tous les thèmes.

## Pas de consultation dans les domaines ayant fait l'objet d'un accord

L'article L. 2312-14, alinéa 3 nouveau prévoit une nouvelle disposition dont la portée est à préciser.

Il est désormais prévu que « les entreprises ayant conclu un accord dans des domaines prévus par la

présente section ne sont pas soumises, dans ces domaines, à l'obligation de consultation du comité social et économique. »

Sont visées, de façon générale, toutes les attributions du CSE dans les entreprises d'au moins 50 salariés : attributions générales, autres attributions ponctuelles mais aussi attributions périodiques, c'est-à-dire les 3 grandes consultations.

**Remarque :** il semble donc que cet article met fin définitivement à la question relative à la consultation du CE sur ces domaines de compétence lorsqu'un accord en traite. En effet, beaucoup se demandaient si l'exclusion de la consultation sur les projets d'accord collectifs excluait la consultation du CE sur ses conséquences, notamment sur la marche générale de l'entreprise. La jurisprudence n'avait pas encore répondu à cette question. Mais cette disposition semble aller encore plus loin en excluant toute consultation du CSE sur les points faisant l'objet d'un accord collectif.

> Les membres du CSE de 50 salariés et plus peuvent accompagner l'inspecteur du travail lors de ses visites

L'article L. 2312-10 nouveau reprend les anciennes dispositions relatives aux visites de l'inspecteur du travail :

– comme les anciens membres du CHSCT, lors des visites de l'inspecteur du travail, les membres du CSE sont informés de sa présence par l'employeur et peuvent présenter leurs observations ;

– comme les anciens délégués du personnel, l'inspecteur du travail se fait accompagner par un membre du CSE compétent, si ce dernier le souhaite. A noter que, curieusement, cette prérogative n'est prévue que pour les membres du CSE de 50 salariés et plus, alors qu'il s'agissait auparavant d'une prérogative des délégués du personnel.

Ainsi les membres du CSE des entreprises de 11 à 49 salariés ne sont ni informés des visites de l'inspecteur du travail, ni ne peuvent exiger de l'accompagner s'ils en ont toutefois connaissance.

## Une BDES largement négociable

La BDES reste obligatoire uniquement dans les entreprises de 50 salariés et plus. Les dispositions relatives à la BDES figurent en effet dans la partie relative à ces entreprises.

### La BDES reste obligatoire

L'obligation de mettre en place une BDES est d'ordre public.

L'article L. 2312-18 nouveau précise les dispositions auxquelles il est impossible de déroger :

– une BDES rassemble l'ensemble des informations nécessaires aux consultations et informations récurrentes que l'employeur met à disposition du CSE. Ces informations comportent en particulier des

indicateurs relatifs à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, notamment sur les écarts de rémunération ;

– les éléments d'information transmis de manière récurrente au CSE sont mis à la disposition de leurs membres dans la BDES et cette mise à disposition actualisée vaut communication des rapports et informations au CSE, dans les conditions et limites fixées par un décret en Conseil d'État ;

– lorsque les dispositions du présent code prévoient également la transmission à l'autorité administrative des rapports et informations mentionnés au deuxième alinéa, les éléments d'information qu'ils contiennent sont mis à la disposition de l'autorité administrative à partir de la base de données et la mise à disposition actualisée vaut transmission à cette autorité.

**Remarque :** l'ordre public en la matière se résume donc à l'existence de la BDES et aux principes de base de la BDES. Sa structure, dans la limite de thèmes obligatoires, son fonctionnement, son architecture, ses modalités d'accès, la régularité et les modalités de sa mise à jour, ainsi que la présentation et par exemple la période sur laquelle ces informations sont fournies peuvent être aménagés.

### Thèmes obligatoires

L'article L. 2312-21 nouveau précise également que la BDES comporte obligatoirement au moins les thèmes suivants :

- l'investissement social,
- l'investissement matériel et immatériel,
- l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes au sein de l'entreprise,
- les fonds propres,
- l'endettement,
- l'ensemble des éléments de la rémunération des salariés et dirigeants,
- les activités sociales et culturelles,
- la rémunération des financeurs,
- les flux financiers à destination de l'entreprise.

**Remarque :** ne sont donc plus obligatoires les thèmes « sous-traitance » et « le cas échéant, transferts commerciaux et financiers entre les entités du groupe ». Attention cependant, à défaut d'accord on retrouve les informations relatives à ces 2 thèmes dans les dispositions supplétives prévues à l'article L. 2312-36 nouveau.

### Plusieurs points sont négociables

L'article L. 2312-21 nouveau précise ensuite les points sur lesquels il est possible de négocier sur la BDES. C'est un accord d'entreprise conclu avec un délégué syndical, ou en l'absence de DS avec le CSE adopté à la majorité des titulaires qui permet de définir :

- l'organisation, l'architecture et le contenu de la BDES ;
- ses modalités de fonctionnement, notamment les droits d'accès et le niveau de mise en place de la base dans les entreprises comportant des établissements distincts, son support, ses modalités de consultation et d'utilisation.

**Remarque :** auparavant, il était prévu que la BDES pouvait être enrichie par un accord de branche ou d'entreprise ou, le cas échéant, un accord de groupe, en fonction de l'organisation et du domaine d'activité de l'entreprise. Cette disposition disparaît. La loi Rebsamen avait déjà prévu la possibilité de conclure un accord d'entreprise pouvant définir notamment la liste et le contenu des informations récurrentes prévues pour les consultations annuelles sur la politique sociale (à l'exception des données relatives à l'égalité professionnelle), et sur la situation économique et financière de l'entreprise (à l'exception des documents comptables), ainsi que les informations trimestrielles des entreprises de 300 salariés et plus. Les points négociables sont désormais plus larges.

Il est à noter que la BDES était forcément mise en place au niveau de l'entreprise : aujourd'hui ce point est négociable.

L'accord peut également intégrer dans la BDES les informations nécessaires aux négociations obligatoires prévues à l'article L. 2242-1, au 1<sup>o</sup> de l'article L. 2242-11 ou à l'article L. 2242-13 (sur les négociations obligatoires, v. p. 20) et aux consultations ponctuelles du CSE (attributions générales et autres consultations ponctuelles, v. p. 47 et s.).

**Remarque :** auparavant, il était expressément précisé que les informations nécessaires aux consultations ponctuelles devaient continuer de faire l'objet d'un envoi d'informations. Cette disposition a disparu.

## La BDES doit rester utile

Une réserve générale est toutefois donnée par le texte. Ainsi, il est prévu que « l'organisation, l'architecture, le contenu et les modalités de fonctionnement de la base de données sont tels qu'ils permettent au comité social et économique et, le cas échéant, aux délégués syndicaux d'exercer utilement leurs compétences. »

Il s'agit d'un point nouveau, un garde-fou ayant pour but d'éviter que l'accord vide la BDES de sa substance. Elle reste le support des consultations du CSE et à ce titre se doit d'être consistante.

### > Accord de branche supplétif pour les entreprises de moins de 300 salariés

A noter, et c'est une nouveauté, qu'à défaut d'accord d'entreprise ou avec le CSE à défaut de DS, un accord de branche peut définir l'organisation, l'architecture, le contenu et les modalités de fonctionnement de la BDES dans les entreprises de moins de 300 salariés (C. trav., art. L. 2312-21, al. 7 nouv.).

## Dispositions supplétives reprenant les anciennes règles

L'article L. 2312-36 nouveau prévoit les dispositions applicables en l'absence d'accord (avec les DS, ou à défaut de DS avec le CSE) en matière de BDES, outre les dispositions d'ordre public. Il s'agit d'une reprise des anciennes dispositions de l'article L. 2323-8.

Ainsi, en l'absence d'accord :

– une BDES, mise régulièrement à jour, rassemble un ensemble d'informations que l'employeur met à disposition du CSE ;

– la BDES est accessible en permanence aux membres de la délégation du personnel du CSE ainsi qu'aux membres de la délégation du personnel du CSE central, et aux délégués syndicaux ;

– les informations contenues dans la base de données portent sur les thèmes suivants :

1<sup>o</sup> Investissements : investissement social (emploi, évolution et répartition des contrats précaires, des stages et des emplois à temps partiel, formation professionnelle et conditions de travail), investissement matériel et immatériel et, pour les entreprises mentionnées au sixième alinéa de l'article L. 225-102-1 du code de commerce, les informations en matière environnementale présentées en application du cinquième alinéa du même article ;

2<sup>o</sup> Égalité professionnelle entre les femmes et les hommes au sein de l'entreprise : diagnostic et analyse de la situation comparée des femmes et des hommes pour chacune des catégories professionnelles de l'entreprise en matière d'embauche, de formation, de promotion professionnelle, de qualification, de classification, de conditions de travail, de sécurité et de santé au travail, de rémunération effective et d'articulation entre l'activité professionnelle et la vie personnelle et familiale, analyse des écarts de salaires et de déroulement de carrière en fonction de l'âge, de la qualification et de l'ancienneté, évolution des taux de promotion respectifs des femmes et des hommes par métiers dans l'entreprise, part des femmes et des hommes dans le conseil d'administration ;

3<sup>o</sup> Fonds propres et endettement ;

4<sup>o</sup> Ensemble des éléments de la rémunération des salariés et dirigeants ;

5<sup>o</sup> Activités sociales et culturelles ;

6<sup>o</sup> Rémunération des financeurs ;

7<sup>o</sup> Flux financiers à destination de l'entreprise, notamment aides publiques et crédits d'impôts ;

8<sup>o</sup> Sous-traitance ;

9<sup>o</sup> Le cas échéant, transferts commerciaux et financiers entre les entités du groupe ;

– ces informations portent sur les deux années précédentes et l'année en cours et intègrent des perspectives sur les trois années suivantes ;

– le contenu de ces informations ainsi que les modalités de fonctionnement de la BDES sont déterminés par un décret en Conseil d'État, le contenu pouvant varier selon que l'entreprise compte plus ou moins de trois cents salariés ;

– les membres du CSE et du CSE central et les délégués syndicaux sont tenus à une obligation de discrétion à l'égard des informations contenues dans la base de données revêtant un caractère confidentiel et présentées comme telles par l'employeur.

**Remarque :** sur tous ces points, contenu des informations ainsi que modalités de fonctionnement, il est donc possible d'en disposer autrement dans l'accord, dans la limite des dispositions d'ordre public prévues à l'article L. 2312-18 nouveau.



# Les expertises du CSE

Le comité social et économique dispose d'un droit à expertise correspondant à celui du comité d'entreprise et du CHSCT. Des nouveautés sont à relever notamment sur l'obligation de prise en charge par le CSE d'une partie du coût de l'expertise sur certains sujets. La procédure de contestation des expertises a été revue pour répondre aux difficultés juridiques actuelles sur ces questions.

## Les cas de recours à expertise du CSE

### Le champ du recours à l'expertise

A titre liminaire, le code du travail précise que le CSE peut, le cas échéant sur propositions des commissions constituées en son sein, décider de se faire assister par un expert (C. trav., art. L. 2315-78). Une des nouveautés importante est la référence aux commissions qui peuvent proposer des expertises au CSE. Ceci permet, à notre sens, d'intégrer les nouvelles prérogatives de la commission santé, sécurité et conditions de travail qui se verra transférer des attributions du CSE. Elle pourra lui proposer des expertises dont le CSE devra confirmer le recours par une délibération. La commission n'a donc pas la capacité de recourir elle-même à une expertise (v. p. 40).

### Un accord d'entreprise peut déterminer le nombre d'expertise

Autre nouveauté, un accord d'entreprise ou à défaut un accord entre l'employeur et le CSE peut déterminer à l'avance le nombre d'expertises dans le cadre des 3 consultations récurrentes du CSE (v. p. 48). Ces expertises peuvent être prévues sur une ou plusieurs années (C. trav., art. L. 2315-79).

Cette disposition soulève certaines questions. Peut-on prévoir par accord collectif une expertise unique sur les 3 consultations récurrentes ? Peut-on prévoir qu'aucune expertise ne sera possible sur ces consultations ? Probablement pas mais si l'on raisonne par analogie avec les évolutions du droit à consultation du CSE par accord, celui-ci peut désormais donner un avis unique tous les 3 ans sur les consultations ponctuelles (C. trav., art. L. 2312-19). Une expertise unique tous les trois ans dans ce cadre serait possible.

### Expertises pour les consultations récurrentes du CSE

Tout comme le comité d'entreprise, le CSE pourra se faire assister par un expert dans le cadre de chacune de ses trois consultations annuelles. Le code du travail les nomme désormais les consultations « récurrentes » et non plus « annuelles » dans la mesure où leur périodicité peut être aménagée par accord.

Dans le respect d'un éventuel accord lié aux expertises, le CSE peut décider de :

- recourir à un expert dans le cadre de la consultation annuelle sur les orientations stratégiques de l'entreprise (C. trav., art. L. 2315-85 nouv.) ;

**Remarque :** le code du travail prévoit actuellement l'assistance d'un expert-comptable pour la consultation sur les orientations stratégiques. Désormais, le CSE aura le choix de recourir à plusieurs types d'experts (avocat, expert-comptable).

- recourir à un expert-comptable dans le cadre de la consultation sur la situation économique et financière de l'entreprise (C. trav., art. L. 2315-86 nouv.) ;

- se faire assister par un expert-comptable dans le cadre de la consultation sur la politique sociale de l'entreprise (C. trav., art. L. 2315-88 nouv.).

**Remarque :** ces consultations récurrentes peuvent faire l'objet d'un aménagement notamment dans leur périodicité (v. p. 48).

### Expertise en cas de projet ponctuel

Le CSE peut se faire assister par un expert-comptable de son choix lors de projets ponctuels (C. trav., art. L. 2315-92 nouv.) :

- lors d'une opération de concentration ;

- lors de l'exercice du droit d'alerte économique par le CSE ;

- lors d'une offre publique d'acquisition ;
- lors d'un licenciement collectif pour motif économique.

Le comité peut également mandater un expert-comptable afin qu'il apporte toute analyse utile aux organisations syndicales pour préparer les négociations de l'accord relatif au plan de sauvegarde de l'emploi ainsi qu'aux nouveaux accords liés au fonctionnement de l'entreprise (v. p. 28).

**Remarque :** un accord pourra-t-il aménager le nombre d'expertises dans le cadre des consultations ponctuelles ? l'ordonnance est muette sur ce point.

## Expertise qualité du travail et de l'emploi

Comme le pouvait le CHSCT, le CSE peut recourir aux expertises (C. trav., art. L. 2315-96 nouv.) :

- lorsqu'un risque grave, identifié et actuel, révélé ou non par un accident du travail, une maladie professionnelle ou à caractère professionnel est constaté dans l'établissement ;
- en cas de projet important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail.

**Remarque :** concernant l'expertise pour risque grave, en exigeant l'existence d'un risque identifié et actuel, l'ordonnance reprend une jurisprudence de la Cour de cassation (Cass. soc., 26 janv. 2012, n° 10-12.183).

## Les expertises libres

Le CSE peut toujours faire appel à tout expert rémunéré par ses soins pour la préparation de ses travaux tout comme peut le faire le comité d'entreprise (C. trav., art. L. 2315-81nouv.).

**Remarque :** plus aucune référence n'est faite au fait que cette décision doit faire l'objet d'une délibération du CSE comme c'était le cas pour le comité d'entreprise. A notre sens, une délibération est toujours nécessaire.

Les modalités d'intervention de l'expert dans le cadre de l'expertise libre ne sont plus précisées par la loi. L'expert libre du comité d'entreprise a actuellement accès au local du comité d'entreprise et aux autres locaux de l'entreprise dans le cadre d'un accord entre l'employeur et la majorité des membres élus du CE. Ces dispositions ne sont plus expressément prévues.

## Les expertises techniques désormais décidées par le CSE

Le code du travail prévoit deux types d'expertise techniques pour le CSE dans les entreprises de plus de 300 salariés, à l'occasion de l'introduction de nouvelles technologies et de tout aménagement important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail (C. trav., art. L. 2315-94 nouv.).

**Remarque :** l'expertise liée à l'aménagement important modifiant les conditions de santé et de sécurité auparavant accessible au CHSCT (au-dessus de 50 salariés) est réservée au CSE dans les entreprises de plus de 300 salariés.

Une autre expertise technique est prévue pour préparer la négociation sur l'égalité professionnelle (C. trav., art. L. 2315-94 nouv.). Cette expertise décidée par le CSE servira aux délégués syndicaux dans le cadre de la négociation sur l'égalité professionnelle.

**Remarque :** le comité d'entreprise disposait du droit à expertise concernant les mutations technologiques qui n'existe plus pour le CSE. On peut cependant penser que les mutations technologiques entrent dans la notion d'aménagement important modifiant les conditions de travail.

Un accord entre la majorité des membres élus et l'employeur n'est plus nécessaire pour recourir à ce type d'expertise. Le CSE peut désormais le décider par une simple délibération. Les éléments d'information dont doit bénéficier l'expert ne sont plus précisés par la loi. L'expert technique du comité d'entreprise bénéficiait des mêmes informations que les membres du CE pour mener à bien sa mission. Dans la mesure où son champ d'accès aux informations n'est plus précisé par le texte, on peut se demander s'il dispose toujours des mêmes informations.

## Clarification du niveau de désignation de l'expert

### Expertises au niveau central lors des consultations récurrentes

La désignation d'un expert lorsque l'entreprise comporte plusieurs établissements et un comité central est toujours une question difficile à régler et a fait l'objet de diverses décisions jurisprudentielles. Les ordonnances clarifient ces règles.

Le nouvel article L. 2312-19 prévoit qu'un accord collectif (avec un délégué syndical ou à défaut avec le CSE) peut définir les niveaux auxquels sont conduites les consultations récurrentes.

A défaut d'accord, le nouvel article L. 2312-22 du code du travail précise expressément que les consultations sur les orientations stratégiques de l'entreprise et sur la situation économique et financière de l'entreprise sont conduites au niveau de l'entreprise sauf si l'employeur en décide autrement. Il est possible d'en déduire que seul le comité social et économique central aura alors droit à expertise dans cette hypothèse.

Concernant la consultation sur la politique sociale de l'entreprise, il est possible de tenir le même raisonnement, dans la mesure où elle a uniquement lieu au niveau central. Cette consultation peut cependant concerner les comités d'établissement dès lors que des mesures d'adaptation spécifiques sont prévues pour ces établissements. Un doute subsiste donc dans cette hypothèse, sur la possibilité pour les comités d'établissements de se faire assister par un expert.

## Consultations ponctuelles : le droit à expertise est clarifié

Le comité social et économique central est informé et consulté sur tous les projets concernant l'entreprise en matière économique et financière notamment dans le cas d'une OPA ainsi qu'en matière de sécurité et de conditions de travail notamment dans les cas d'introduction de nouvelles technologies et d'aménagement important modifiant les conditions de travail (C. trav., art. L. 2316-2 nouv.). De cet article général, découle un autre article qui donne expressément le droit à expertise au CSE central.

En effet, sur tous ces sujets, lorsque la désignation d'un expert est envisagée, elle est effectuée par le comité social et économique central (C. trav., art. L. 2316-3 nouv.). Les comités sociaux et

économiques d'établissement n'ont donc pas de droit à expertise dans cette hypothèse.

**Remarque :** les dispositions relatives à l'ICCHSCT ont été reprises pour toutes les missions du CSE. À l'heure actuelle, l'expertise de l'ICCHSCT prive les CHSCT locaux de leur droit à expertise, la même règle s'appliquerait entre CSE central et CSE d'établissement.

En cas de projet de licenciement économique avec PSE, le code du travail prévoit que la désignation d'un expert-comptable doit être effectuée par le comité social et économique central (C. trav., art. L. 1233-36 nouv.). Cependant l'administration et la jurisprudence considéraient que les comités d'établissement pouvaient désigner un expert dès lors que le comité central ne l'avait pas fait. On peut légitimement penser que ces dispositions resteront les mêmes pour le CSE.

## Modification de la procédure de décision de recours à expertise

### Établissement d'un cahier des charges par le CSE

La procédure permettant au comité d'entreprise ou au CHSCT de désigner un expert n'a jamais fait l'objet de codification car elle est uniquement jurisprudentielle. Si une instance souhaite recourir à une expertise, ceci doit faire l'objet d'une délibération prise en séance lors d'une réunion ordinaire ou extraordinaire, le point devant être préalablement inscrit à l'ordre du jour de la réunion. Le vote porte sur :

- le principe du recours à expertise ;
- le choix du cabinet d'expertise qui assistera le CSE.

Ces décisions sont la plupart du temps prises lors de la même réunion. Cette procédure reste donc la même, la prise de décision d'expertise devant faire l'objet d'une délibération. Une obligation a cependant été ajoutée pour palier certaines difficultés juridiques.

A compter de la désignation de l'expert, par le CSE, les membres du comité établissent un cahier des charges devant récapituler les missions qu'il entend donner à l'expert du comité. En parallèle, il est prévu que l'expert notifie à l'employeur le coût prévisionnel, l'étendue et la durée de l'expertise, dans un délai fixé par décret pris en Conseil d'État (à paraître) (C. trav.,

art. L. 2315-79 nouv.). C'est à partir du moment où l'employeur dispose de ces informations qu'il pourra contester le coût prévisionnel de l'expertise.

### Le délai d'expertise est fixé par décret et non plus par accord

Actuellement, l'expert doit remettre son rapport dans un délai raisonnable fixé par accord entre l'employeur et le comité d'entreprise ou à défaut par décret en Conseil d'État.

Le code du travail ne fait plus référence à l'accord collectif pour fixer le délai d'expertise (C. trav., art. L. 2315-85 nouv.). Il précise qu'un décret en Conseil d'État fixe :

- pour chaque catégorie d'expertise, le délai maximal dans lequel l'expert remet son rapport ;
- les modalités et conditions de réalisation de l'expertise lorsqu'elle porte sur plusieurs champs.

Rien n'empêche à notre sens de négocier un accord prévoyant des délais de consultation plus longs que ceux qui seront prévus par les décrets.

# La contestation par l'employeur des expertises

## La procédure de contestation de l'expertise est revue

Actuellement les délais de contestation des expertises posent des difficultés juridiques et notamment pour celles du CHSCT. L'employeur dispose de 15 jours à compter de la délibération du CHSCT pour en contester sa nécessité, son étendue ou son coût prévisionnel. Une QPC est en cours devant le Conseil constitutionnel car rien n'oblige le CHSCT à donner le coût prévisionnel d'expertise ce qui peut rendre la contestation difficile pour l'employeur.

Les ordonnances règlent ces difficultés et sécurisent le processus de contestation des éléments liés à l'expertise (nécessité, étendue, coût) décidées par le CSE.

## Calendrier de contestation en fonction du sujet contesté

En conséquence, l'employeur doit saisir le juge judiciaire dans un délai qui sera fixé par décret en Conseil d'État à compter de :

- la délibération du CSE décidant le recours à l'expertise s'il souhaite contester la nécessité de l'expertise ;
- la désignation de l'expert s'il entend contester le choix de l'expert ;
- la notification à l'employeur du cahier des charges et des informations prévues s'il entend contester l'étendue, le coût prévisionnel, ou la durée de l'expertise ;
- la notification à l'employeur du coût final s'il entend contester ce coût.

Le juge doit toujours statuer en premier et dernier ressort dans un délai de 10 jours suivant la saisine. Cette décision pourra faire l'objet d'un pourvoi en cassation.

**Remarque :** cette procédure de contestation ne s'appliquera pas pour l'expertise décidée dans le cadre du PSE. L'article L. 1233-35-1 du code du travail prévoit expressément que toute contestation d'expertise est adressée avant la demande de validation du PSE, à l'autorité administrative dans un délai de 5 jours.

# Les droits et obligations des experts précisés

## L'expert garde le libre accès à l'entreprise

Un sous-paragraphe du code du travail est consacré aux droits et obligations des experts agissant dans le cadre du CSE. Ce paragraphe ne concerne pas les experts libres du CSE dont leurs prérogatives ne sont plus définies précisément par la loi.

Les experts agissant dans le cadre des consultations récurrentes et des consultations ponctuelles et les experts techniques ont libre accès à l'entreprise pour les besoins de leurs missions (C. trav., art. L. 2315-82 nouv.).

L'employeur doit fournir aux experts du CSE les informations nécessaires à l'exercice de leurs missions (C. trav., art. L. 2315-83 nouv.).

**Remarque :** cet article a, à notre sens, une portée générale contrairement aux autres articles qui ne renvoient qu'aux experts liés aux consultations et aux expertises techniques. On pourrait en conclure que l'expert libre du CSE devrait recevoir de l'employeur les informations nécessaires à l'exercice de sa mission.

## Les informations et documents accessibles pour l'expert

L'expert est tenu aux obligations de discrétion et de secret (C. trav., art. L. 2315-84 nouv.).

Dans le cadre de la consultation sur la situation économique et financière de l'entreprise, l'expert-comptable a toujours accès aux mêmes informations que le commissaire aux comptes de l'entreprise.

Lorsqu'il est saisi dans le cadre d'une opération de concentration ou d'une opération de recherche de repreneur, l'expert a accès aux documents de toutes les sociétés intéressées par l'opération. Lorsqu'il est saisi dans le cadre d'une offre publique d'acquisition, l'expert-comptable a accès aux documents nécessaires à l'élaboration du rapport évaluant la politique industrielle.

# La prise en charge des expertises du CSE

## La participation financière du CSE aux expertises est étendue

A l'heure actuelle, les expertises décidées par le comité d'entreprise ou le CHSCT sont prises en charge par l'employeur. Seule l'expertise liée à la consultation sur les orientations stratégiques de l'entreprise fait l'objet d'une prise en charge par le comité d'entreprise à hauteur de 20 % du coût de l'expertise. Cette somme est prise sur son budget de fonctionnement mais les frais d'expertise ne peuvent pas dépasser un tiers du budget total.

Les ordonnances prévoient que le CSE prend en charge 20 % du coût de certaines expertises et l'employeur 80 %. Ces expertises au coût partagé sont les suivantes :

– la consultation sur les orientations stratégiques de l'entreprise (comme pour le CE) ;

– toutes les consultations ponctuelles du CSE sauf celle liées au risque grave et aux licenciements économiques (y compris expertises techniques).

**Remarque :** aucun plafond de prise en charge par le CSE n'a été mis en place comme c'était le cas pour le comité d'entreprise lors de la consultation sur les orientations stratégiques.

## Les expertises prises en charge en totalité par l'employeur

L'employeur reste tenu de financer :

- les expertises liées à la consultation sur la situation économique et financière de l'entreprise ;
- les expertises liées la consultation sur la politique sociale de l'entreprise ;
- l'expertise en cas de licenciement collectif pour motif économique ;
- l'expertise en cas de risque grave.



# Le comité social et économique central

La répartition des attributions entre CSE central et CSE d'établissement est clarifiée. En outre le CSE central récupère les attributions de l'instance de coordination des CHSCT qui disparaît.

## Composition, mise en place et fonctionnement du CSE central et des CSE d'établissement

### Entreprise à établissements distincts : un CSE central et des CSE d'établissement

Comme auparavant, l'article L. 2313-1 nouveau prévoit que dans les entreprises comportant au moins deux établissements distincts, sont constitués des comités sociaux et économiques d'établissement et un comité social et économique central d'entreprise.

La détermination du nombre et du périmètre de ces établissements a été largement revue par l'ordonnance : au lieu du protocole préélectoral c'est désormais un accord collectif, à défaut un accord avec le CSE et à défaut une décision de l'employeur qui s'en charge (v. ce point, p. 34).

**Remarque :** en revanche, la répartition des sièges entre les différents établissements et les différents collèges reste de la compétence du protocole préélectoral selon les mêmes modalités qu'auparavant (C. trav., art. L. 2316-8 nouv.).

Comme auparavant, le CSE central est doté de la personnalité civile (C. trav., art. L. 2316-13 nouv.).

### Composition et fonctionnement du CSE central : addition du CCE et de l'ICCHSCT

#### Participants aux réunions du CSE

La composition du CSE central est inchangée par rapport au CCE, à ceci près que sont ajoutés les participants aux réunions spécifiques à l'instance de coordination des CHSCT qui disparaît et dont les missions sont intégrées au CSE central.

Ainsi, le CSE central est composé (C. trav., art. L. 2316-4 nouv.) :

– de l'employeur (ou de son représentant) assisté éventuellement de deux collaborateurs qui ont voix consultative ;

– d'un nombre égal de délégués titulaires et de suppléants, élus, pour chaque établissement, par le comité social et économique d'établissement parmi ses membres : ce nombre est déterminé par décret en Conseil d'État (à paraître) et le nombre total des membres ne peut excéder un maximum également déterminé par décret en Conseil d'État (à paraître) ;

**NDLR :** reste à savoir si le nombre maximum de membres restera inchangé. L'article D. 2327-1 applicable au CCE prévoit que, sauf accord signé entre l'employeur et l'ensemble des organisations syndicales représentatives, le nombre total des membres du CCE ne peut dépasser 20 titulaires et 20 suppléants.

– des personnes suivantes, à titre consultatif, lorsque les réunions du comité portent sur la santé, la sécurité et les conditions de travail : médecin du travail, inspecteur du travail, agent des services de prévention de l'organisme de sécurité sociale et, le cas échéant, agent de l'organisme professionnel de prévention du bâtiment et des travaux publics et responsable du service de sécurité et des conditions de travail ou, à défaut, agent chargé de la sécurité et des conditions de travail. Ces personnes sont celles de l'établissement du siège de l'entreprise.

#### Commission santé, sécurité et conditions de travail centrale

Une commission santé, sécurité et conditions de travail centrale est mise en place dans les entreprises d'au moins 300 salariés dans les conditions prévues aux articles L. 2315-36 à L. 2315-44, c'est-à-dire dans les mêmes conditions que la CSSCT des CSE (C. trav., art. L. 2316-18 nouv.) (v. p. 40).

#### Représentant syndical au CSE d'entreprise

Comme auparavant, l'article L. 2316-7 nouveau prévoit que chaque organisation syndicale représentative dans l'entreprise désigne un représentant au CSE central choisi soit parmi les représentants syndicaux de cette organisation aux CSE d'établissement, soit parmi les membres élus de ces comités. Il assiste aux séances du CSE central avec voix consultative.

## Représentation des cadres au CSE d'entreprise

Inchangées également, les obligations de représentation des cadres au CSE d'entreprise prévoient (C. trav., art. L. 2316-5 et L. 2316-6 nouv.) :

– la désignation d'un délégué titulaire et d'un délégué suppléant cadres au moins lorsqu'un ou plusieurs établissements de l'entreprise constituent trois collèges électoraux ;

– la désignation d'au moins un délégué titulaire cadre lorsqu'aucun établissement de l'entreprise ne constitue trois collèges électoraux mais que plusieurs établissements distincts groupent ensemble au moins 500 salariés ou au moins 25 cadres.

## Fonctionnement du CSE central à l'identique

Le CSE central désigne un secrétaire et un secrétaire adjoint en charge des attributions en matière de santé, sécurité et conditions de travail (C. trav., art. L. 2316-13, al. 3 nouv.).

**Remarque :** l'obligation de mettre en place un secrétaire adjoint n'est prévue que pour le CSE central (v. p. 38). L'ordonnance reprend ici une obligation spécifique à la DUP, tout en précisant que c'est le secrétaire adjoint qui est en charge des questions de santé et sécurité, alors qu'auparavant ils étaient tous deux chargés des missions de secrétaire du CE et du CHSCT.

D'autre part, l'article L. 2316-14 nouveau prévoit que les décisions du CSE central portant sur ses modalités de fonctionnement et l'organisation de ses travaux ainsi que ses résolutions sont prises à la majorité des membres présents. Ce point n'était pas expressément précisé mais il semble évident, comme pour le CSE.

Les autres dispositions relatives au fonctionnement du CSE ne sont pas modifiées (ordre du jour, nombre de réunions, recours à la visioconférence, règlement intérieur, comptabilité).

## Composition et fonctionnement des CSE d'établissement inchangés

### Composition et fonctionnement alignés sur le CSE

En matière de composition et de fonctionnement des CSE d'établissement, c'est comme auparavant :

– la composition des CSE d'établissement est identique à celle des CSE (C. trav., art. L. 2316-24 nouv.) (v. p. 38) ;

– le fonctionnement des CSE d'établissement est identique à celui des CSE d'entreprise (C. trav., art. L. 2316-26 nouv.) (v. p. 42).

## La question de la personnalité civile des CSE d'établissement

Le nouvel article L. 2316-25 prévoit que dans les entreprises d'au moins 50 salariés, les CSE d'établissement sont dotés de la personnalité civile.

**NDLR :** auparavant, il était prévu que seuls les comités d'établissements d'au moins 50 salariés sont dotés de la personnalité civile.

Aucune référence n'est plus faite à l'effectif de l'établissement concerné. Il semble donc en résulter que dans les entreprises d'au moins 50 salariés tous les CSE d'établissement ont la personnalité civile, et ce qu'ils aient ou non plus ou moins de 50 salariés.

## Mandat de 4 ans

Comme auparavant, l'article L. 2316-10 nouveau prévoit que l'élection a lieu tous les 4 ans, après l'élection générale des membres des CSE d'établissement.

Il reste toujours possible qu'un accord de branche, de groupe ou d'entreprise fixe une durée du mandat comprise entre 2 et 4 ans (C. trav., art. L. 2316-11 nouv.).

## Budget de fonctionnement : rétrocession au CSE central par accord

L'ordonnance fait entrer dans le code du travail l'obligation pour le CSE central de disposer d'un budget de fonctionnement. Ce n'était auparavant pas prévu par les textes, mais la jurisprudence avait imposé aux comités d'établissement, seuls bénéficiaires du budget de fonctionnement, l'obligation de rétrocéder au CCE une partie de leur subvention de fonctionnement.

Le nouvel article L. 2315-62 prévoit que dans les entreprises comportant plusieurs CSE d'établissement, le budget de fonctionnement du CSE central est déterminé par accord entre le comité central et les comités d'établissement. A défaut d'accord, les modalités de constitution du budget de fonctionnement du CSE central sont déterminées par décret en Conseil d'État (à paraître).

Il semble donc que comme avec la jurisprudence, ce sont bien les comités d'établissement qui reçoivent le budget de fonctionnement, dont il faut déterminer le montant et les modalités de rétrocession au CSE central. Le décret apportera sans doute des précisions à cet égard.

## Budget des ASC inchangé

Concernant le budget des activités sociales et culturelles, comme auparavant :

– dans les entreprises comportant plusieurs CSE d'établissement, la détermination du montant global de la subvention ASC est effectuée au niveau de l'entreprise (C. trav., art. L. 2312-82, al. 1 nouv.) (sur le calcul du budget, v. p. 45) ;

– la répartition de la contribution entre les CSE d'établissement est fixée par un accord d'entreprise au prorata des effectifs des établissements ou de leur masse salariale ou de ces deux critères combinés. A

défaut d'accord, cette répartition est effectuée au prorata de la masse salariale de chaque établissement (C. trav., art. L. 2312-82, al. 2 nouv.) ;

– ce sont les CSE d'établissement qui assurent et contrôlent la gestion des ASC, mais si les CSE d'établissement décident de confier au CSE central la gestion d'ASC communes, un accord d'entreprise peut définir les compétences respectives des CSE d'établissement et du CSE central. Dans ce cas, ce transfert fait l'objet d'une convention entre CSE central et CSE d'établissement (C. trav., art. L. 2316-23 nouv.).

# Répartition des attributions entre le CSE central et les CSE d'établissement

## Répartition des compétences précisée, assouplie et enrichie

L'ordonnance reprend les principes de répartition des attributions entre CSE central et CSE d'établissement et va encore plus loin.

### Principe de répartition inchangé

Comme auparavant le principe de répartition réside dans l'étendue des pouvoirs des chefs d'établissements :

– le CSE central exerce les attributions qui concernent la marche générale de l'entreprise et qui excèdent les limites des pouvoirs des chefs d'établissement (C. trav., art. L. 2316-1 nouv.) ;

**Remarque :** d'une façon générale, le CSE central est informé et consulté sur tous les projets importants concernant l'entreprise en matière économique et financière notamment pour les OPA ainsi qu'en matière de santé, de sécurité et des conditions de travail, notamment dans les cas d'introduction de nouvelles technologies, ou d'aménagement important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail (C. trav., art. L. 2316-2 nouv.). Cette compétence générale était déjà prévue concernant la matière économique et financière, l'ordonnance y ajoute le domaine de la santé, sécurité et des conditions de travail.

– chaque CSE d'établissement a les mêmes attributions que le CSE d'entreprise, dans la limite des pouvoirs confiés au chef de cet établissement (C. trav., art. L. 2316-20 nouv.).

### Consultations du seul CSE central identiques mais enrichies des attributions de l'ICCHSCT

Ainsi, le CSE central est seul consulté sur (C. trav., art. L. 2316-2 nouv.) :

– les projets décidés au niveau de l'entreprise qui ne comportent pas de mesures d'adaptation spécifiques à un ou plusieurs établissements. Dans ce cas, son

avis accompagné des documents relatifs au projet est transmis, par tout moyen, aux CSE d'établissement ;

– les projets et consultations récurrentes décidés au niveau de l'entreprise lorsque leurs éventuelles mesures de mise en œuvre, qui feront ultérieurement l'objet d'une consultation spécifique au niveau approprié, ne sont pas encore définies ;

– les mesures d'adaptation communes à plusieurs établissements des projets prévus au 4<sup>o</sup> de l'article 2312-8, c'est-à-dire des projets d'introduction de nouvelles technologies, ou tout aménagement important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail.

Les deux premiers points sont des reprises à l'identique du CCE. Le 3<sup>e</sup> point correspond aux attributions de l'instance de coordination des CHSCT.

### Consultation conjointe en cas de mesure d'adaptation

Comme auparavant, le CSE d'établissement est consulté sur les mesures d'adaptation des décisions arrêtées au niveau de l'entreprise spécifiques à l'établissement et qui relèvent de la compétence du chef de cet établissement (C. trav., art. L. 2316-20 al. 2 nouv.).

### Possibilité d'un accord sur l'ordre des consultations en cas de consultation conjointe

Comme auparavant, lorsqu'il y a lieu de consulter à la fois le CSE central et un ou plusieurs CSE d'établissement (C. trav., art. L. 2316-22 nouv.) :

– un accord peut définir l'ordre et les délais dans lesquels le CSE central et le ou les CSE d'établissement rendent et transmettent leurs avis ;

– à défaut d'accord, l'avis de chaque CSE d'établissement est rendu et transmis au CSE central et l'avis du CSE central est rendu dans des délais fixés par décret en Conseil d'État (à paraître).

**Remarque :** l'article R. 2323-1-1, Il prévoit qu'à défaut d'accord, l'avis de chaque comité d'établissement est rendu et transmis au CCE, le cas échéant accompagné de l'avis du CHSCT ou de l'instance de coordination, au plus tard 7 jours avant la date à laquelle ce dernier est réputé avoir été consulté et rendu un avis négatif. A défaut, l'avis de chaque comité d'établissement est réputé négatif. Il est probable que le décret à paraître reprenne les mêmes délais.

L'ordonnance reprend in extenso le texte de l'ancien article L. 2327-15 et ne précise toujours pas expressément de quel type d'accord il s'agit. On considèrerait déjà qu'il devait s'agir d'un accord d'entreprise, et en l'absence de DS un accord entre l'employeur et les différents comités concernés. Il semble que l'ordonnance confirme cette analyse : en effet, l'article L. 2312-19 nouveau permet, d'une manière générale de définir les niveaux auxquelles les consultations sont conduites et, le cas échéant, leur articulation via un accord d'entreprise ou, à défaut de DS un accord avec le CSE (sur cet accord, v. p. 48).

### **Précisions sur les niveaux de consultation pour les 3 grandes consultations récurrentes**

L'accord relatif aux consultations récurrentes du CSE (v. p. 48), et c'est nouveau, peut définir les niveaux auxquelles les consultations sont conduites et le cas échéant, leur articulation.

Si aucun accord n'intervient sur ce sujet, la prééminence du CSE d'entreprise est confirmée, ainsi (C. trav., art. L. 2312-22 nouv.) :

– les consultations sur les orientations stratégiques et sur la situation économique et financière de

l'entreprise sont conduites au niveau de l'entreprise, sauf si l'employeur en décide autrement ;

– la consultation sur la politique sociale est conduite à la fois au niveau central et au niveau des établissements lorsque sont prévues des mesures d'adaptation spécifiques à ces établissements.

### **Désignation d'un expert précisée**

Le niveau de désignation d'un expert est précisé par l'ordonnance (pour plus de précisions, v. p. 56) :

– à défaut d'accord sur les consultations récurrentes, le nouvel article L. 2312-22 précise expressément que les consultations sur les orientations stratégiques et sur la situation économique et financière sont conduites au niveau de l'entreprise sauf si l'employeur en décide autrement : c'est alors le CSE central qui disposera du droit à expertise. Concernant la consultation sur la politique sociale, elle peut également relever des comités d'établissement concernant leurs mesures d'adaptation spécifiques : on peut penser que dans ce cas, le CSE d'établissement pourrait également avoir recours à un expert ;

– l'article L. 2316-2 nouveau octroie au CSE central une compétence générale sur tous les projets importants concernant l'entreprise en matière économique et financière ainsi qu'en matière de santé, de sécurité et des conditions de travail : sur tous ces sujets, l'article L. 2316-3 nouveau prévoit expressément, et c'est nouveau, que lorsque la désignation d'un expert est envisagée, elle est effectuée par le CSE central.



# Deux nouvelles instances : le conseil d'entreprise et le représentant de proximité

**Nouvelle instance du dialogue social, le conseil d'entreprise est créé de toutes pièces par les ordonnances, tout comme le représentant de proximité. Mis en place par accord collectif, le premier a vocation à intégrer la capacité de négocier des accords d'entreprise et d'établissement. Le périmètre d'attributions du second est beaucoup plus mystérieux...**

## Le conseil d'entreprise : l'instance unique de dialogue

### Mise en place d'un conseil d'entreprise

#### Une fusion des 4 instances actuelles

Le conseil d'entreprise est une instance qui a vocation à regrouper les attributions des délégués syndicaux et celles du comité social et économique (le CSE fusionne lui-même les délégués du personnel, le comité d'entreprise et le CHSCT). Ce conseil dispose donc de toutes les compétences du comité social et économique et intègre la fonction de négociation, de conclusion et de révision des accords collectifs d'entreprise ou d'établissement (C. trav., art. L. 2321-1 nouv.). Par exception, le conseil d'entreprise ne peut pas négocier tous les accords collectifs et notamment ceux qui sont soumis à des règles de validité spécifiques (v. ci-dessous).

#### Mise en place par accord collectif

##### ■ Un accord collectif d'entreprise ou, pour les entreprises dépourvues de DS, un accord de branche étendu

La mise en place du conseil d'entreprise est facultative mais doit dans tous les cas se faire par accord collectif d'entreprise ou par accord de branche étendu.

**Remarque :** dans l'hypothèse où un accord de branche instituerait un conseil d'entreprise, celui-ci ne pourrait pas à notre sens s'imposer aux entreprises dans la mesure où l'organisation du dialogue social n'est pas un domaine sur lequel la branche peut imposer sa primauté (v. p. 7 et s.). Cependant, les entreprises qui souhaiteraient mettre en place le conseil d'entreprise pourraient appliquer directement les dispositions de l'accord de branche.

La mise en place d'un conseil d'entreprise par accord de branche étendu n'est possible que pour les seules entreprises dépourvues de délégué syndical. Dans les entreprises de moins de 50 salariés sans délégué

syndical, l'intérêt de mettre en place un conseil d'entreprise est tout relatif puisque l'employeur peut déjà négocier sur tous les sujets avec le CSE (v. p. 15). Cette faculté est, en revanche, nettement plus intéressante pour les entreprises de plus de 50 salariés dépourvues de délégué syndical, pour lesquelles les modalités de négociation sont plus encadrées (v. p. 16 et s.).

##### ■ Un accord conclu à durée indéterminée

L'accord collectif mettant en place le conseil d'entreprise est conclu à durée indéterminée alors que les accords collectifs sont en principe conclus, à défaut de précisions, pour une durée de 5 ans.

Le conseil d'entreprise est mis en place uniquement au niveau de l'entreprise et n'a pas vocation à être institué au niveau des établissements. Par contre, son champ de compétence s'étend aux établissements. Les accords d'établissement seront conclus par le conseil d'entreprise.

##### ■ Contenu de l'accord

L'accord instituant le conseil d'entreprise doit préciser les modalités selon lesquelles les négociations se déroulent au niveau des établissements (C. trav., art. L. 2321-2 nouv.).

Il doit aussi fixer le nombre d'heures de délégation dont bénéficient les élus du conseil d'entreprise qui participent aux négociations (C. trav., art. L. 2321-4 nouv.).

**Remarque :** un décret (à paraître) doit fixer les heures de délégation minimale des membres du conseil d'entreprise qui peuvent être dépassées en cas d'urgence. Cette notion d'urgence auparavant donnée au membre du CE n'est curieusement pas reprise pour le crédit d'heures des membres du CSE mais l'est pour le conseil d'entreprise.

Le temps passé à la négociation des accords est de plein droit considéré comme temps de travail effectif et payé à l'échéance normale. L'accord doit aussi prévoir des stipulations relatives à l'indemnisation des frais de déplacement.

## Composition du conseil d'entreprise : des questions en suspens

Les ordonnances ne donnent aucune indication quant à la composition du conseil d'entreprise. Il est, selon toute vraisemblance, composée des membres élus du CSE, et dans les entreprises à établissements multiples, des membres élus du CSE central. L'accord collectif doit déterminer la composition du conseil.

Une interrogation subsiste sur le fait de savoir si le délégué syndical sera membre du conseil d'entreprise. En effet, il est prévu que les élus du conseil d'entreprise bénéficient d'heures de délégation pour participer aux négociations. L'emploi du terme « élus du CSE » laisse penser que seuls les membres du CSE seraient membres du conseil d'entreprise. Il serait singulier que les délégués syndicaux signent un accord de mise en place d'une instance dans laquelle ils ne siègeraient pas.

Autre question, quel sera le rôle des délégués syndicaux d'établissements s'ils ne sont pas membres du conseil d'entreprise et perdent leur capacité de négocier ?

## Mise en place possible au niveau de l'UES

Par exception à la mise en place au niveau de l'entreprise, le conseil d'entreprise peut être institué au niveau de l'unité économique et sociale (UES) (C. trav., art. L. 2321-10 nouv.). L'accord devra être conclu soit au niveau d'une ou plusieurs entreprises composant l'unité économique et sociale, soit au niveau de l'UES. Dans le dernier cas, les règles de validité de l'accord collectif sont appréciées en tenant compte des suffrages exprimés dans l'ensemble des entreprises.

## Attributions du conseil d'entreprise

### Négociateur des accords collectifs

Le conseil d'entreprise aura exactement les mêmes attributions que le CSE (v. p. 46 et s.) et intégrera la fonction de négociation, de conclusion, et de révision des accords collectifs de travail. Certains accords, soumis à des règles spécifiques de conclusion de validité ne pourront cependant pas être négociés avec le conseil d'entreprise. Ils devront l'être, selon toute vraisemblance, avec le délégué syndical qui garde donc son existence propre et n'est pas totalement fondu dans le conseil d'entreprise. Ces accords sont les suivants :

- accord portant sur le PSE (C. trav., art. L. 1233-24-1) ;
- accord sur le protocole d'accord préélectoral (C. trav., art. L. 2314-3-1 nouv.) ;

– les nouveaux accords liés au fonctionnement de l'entreprise (C. trav., art. L. 2254-2 nouv.).

La conclusion d'un accord collectif par le conseil d'entreprise est conditionnée à sa signature par la majorité des membres titulaires élus de l'instance ou à la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections.

L'accord d'entreprise mettant en place le conseil d'entreprise peut fixer la périodicité de tout ou partie des thèmes de négociation du conseil d'entreprise (C. trav., art. L. 2321-8 nouv.).

## Un droit de veto obligatoire

Sur le modèle allemand du comité d'entreprise, l'accord collectif mettant en place le conseil d'entreprise devra fixer des thèmes, tels que l'égalité professionnelle, qui seront soumis à l'avis conforme du conseil d'entreprise (C. trav., art. L. 2321-3 nouv.). La formation sera un thème obligatoire sur lequel le conseil d'entreprise aura un véritable « droit de veto ».

**Remarque :** les thèmes auparavant soumis à l'avis conforme du CE continuent d'être soumis à celui-ci (horaires individualisés, nomination du médecin du travail...).

## L'opportunité de mise en place

Cette nouvelle instance de dialogue social au sein de l'entreprise amène à nous poser plusieurs questions et notamment celle de l'opportunité pour l'employeur ou les représentants du personnel de vouloir mettre en place une telle instance. Il faut bien avoir à l'esprit que le délégué syndical, dont les missions seront fondues dans cette instance, n'en perdra pas moins son existence juridique. En effet, il continuera à négocier certains accords collectifs et sera désigné comme par le passé. De plus, en mettant en place ce conseil d'entreprise, l'employeur s'oblige à un avis conforme au minimum sur le thème de la formation et, le cas échéant, sur d'autres thèmes qui seront décidés lors de la négociation de l'accord de mise en place.

D'un autre côté, mettre en place le conseil d'entreprise permet à l'employeur de n'avoir affaire qu'à une seule instance pour les sujets de relations sociales (information, consultation, négociation...). Elle peut permettre de rendre le dialogue social plus fluide au sein de l'entreprise et d'avoir un seul interlocuteur.

Autre point, dans la mesure où le conseil d'entreprise régit les dispositions des établissements, cela peut permettre à l'employeur de négocier à un niveau central tous les accords collectifs applicables dans les différents établissements.

# Le représentant de proximité

## Mise en place

L'article L. 2313-7 nouveau prévoit que l'accord de mise en place du CSE peut créer des « représentants de proximité ». Ce nouveau représentant du personnel conventionnel n'est pas défini par le texte. Il est seulement prévu que l'accord d'entreprise précise également :

- le nombre de représentants de proximité ;
- leurs attributions, notamment en matière de santé, de sécurité et de conditions de travail ;
- les modalités de leur désignation ;
- leurs modalités de fonctionnement, notamment le nombre d'heures de délégation dont ils bénéficient pour l'exercice de leurs attributions.

## Pas forcément un élu du CSE

Il est également prévu que les représentants de proximité sont membres du CSE ou désigné par lui pour une durée qui prend fin avec celle du mandat des membres élus du comité.

Il s'agit donc d'une émanation du CSE mais qui n'est pas forcément composée de membres élus (ils bénéficient tous du statut protecteur). Rien n'est précisé mais l'on peut supposer qu'il doit toutefois s'agir de salariés de l'entreprise.

Tout est prévu par accord d'entreprise, ces « délégués du personnel conventionnels » ne peuvent pas être mis en place par accord entre l'employeur et le CSE.

Attention, aucune disposition supplétive n'est prévue, aussi l'accord se doit d'être précis et complet.



# Exercice du droit syndical

Les ordonnances réformant le code du travail prévoient certaines mesures visant à reconnaître et valoriser les compétences des représentants du personnel et des représentants syndicaux. Peu de propositions du rapport Simonpoli remis à la ministre du travail le 3 août 2017 ont été reprises. Il semble cependant que certaines mesures seront prévues par décret d'application.

## Reconnaissance des parcours syndicaux et électifs

### Élargissement de l'entretien de fin de mandat

La loi Rebsamen du 17 août 2015 avait prévu qu'un salarié nouvellement élu ou titulaire d'un mandat syndical pouvait demander à son employeur la tenue d'un entretien de début de mandat portant sur les modalités pratiques d'exercice de son mandat au regard de son emploi dans l'entreprise. A la fin du mandat, cet entretien était obligatoire pour les représentants du personnel titulaires disposant d'heures de délégation représentant, sur l'année, au moins 30 % de la durée du travail prévue à leur contrat de travail (C. trav., art. L. 2141-5 nouv.).

Les ordonnances élargissent l'obligation de tenir cet entretien de fin de mandat. Désormais, il sera obligatoire dans toutes les entreprises de plus de 2 000 salariés pour les représentants du personnel titulaires ou ayant un mandat syndical ; peu important leur volume d'heures de délégation.

En dessous de 2 000 salariés, l'entretien ne reste obligatoire que pour les représentants disposant d'heures de délégation qui représentent 30 % de leur durée du travail, sur l'année, fixée dans leur contrat de travail ou à défaut la durée du travail applicable dans l'établissement. L'entretien permet de procéder au recensement des compétences acquises au cours du mandat et de préciser les modalités de valorisation de l'expérience acquise.

**Remarque :** l'entretien de fin de mandat se confond avec l'entretien professionnel lorsque le titulaire du mandat répond aux conditions pour en bénéficier (nombre d'heures de délégation sur l'année).

Ces nouvelles dispositions sont applicables uniquement aux mandats prenant effet après le 31 décembre 2019. Elles ne rentreront donc en vigueur qu'au 1<sup>er</sup> janvier 2020 pour tous les salariés concernés.

### Salarié mis à disposition d'une organisation syndicale

Avec son accord, exprès, un salarié peut être mis à disposition d'une organisation syndicale ou d'une association d'employeurs. Dans cette hypothèse, une convention collective, un accord de branche étendu ou un accord d'entreprise détermine les conditions dans lesquelles il peut être procédé à cette mise à disposition (C. trav., art. L. 2135-5 nouv.). Les obligations de l'employeur à l'égard du salarié sont maintenues pendant cette mise à disposition.

Les ordonnances ajoutent que cet accord doit prévoir des aménagements de nature à permettre à l'employeur de respecter son obligation de formation et d'adaptation des salariés issue de l'article L. 6321-1 du code du travail (C. trav., art. L. 2135-5 nouv.). En d'autres termes, le salarié mis à disposition doit pouvoir bénéficier des mêmes formations que les salariés présents dans l'entreprise.

### Congé de formation économique, sociale, syndicale : maintien total de la rémunération

Tout salarié peut bénéficier d'un congé de formation économique, sociale et syndicale pour participer à des stages économiques sociaux ou syndicaux. Le salarié a aujourd'hui droit au maintien total ou partiel de sa rémunération, selon qu'un accord collectif prévoit ou non ce maintien.

Désormais, il n'y a plus de référence à l'accord collectif. Par principe, le salarié a droit au maintien total de sa rémunération lors d'un des congés de formation, cotisations sociales comprises (salaire brut chargé).

Autre nouveauté, l'employeur peut déduire le montant du salaire et des contributions sociales afférentes à la rémunération maintenue de sa cotisation au financement du dialogue social. Les conditions de cette déductibilité seront définies dans des conditions et des modalités fixées par décret en Conseil d'État (non paru à l'heure où nous rédigeons ces lignes).

**Remarque :** ces nouvelles dispositions s'appliquent depuis le 24 septembre 2017. Pour un congé pris après cette date, l'employeur doit maintenir la totalité du salaire et peut déduire ce montant de sa contribution au financement du dialogue social.

Un accord collectif peut toujours prévoir en vertu de l'article L. 2145-12 des dispositions plus favorables que celles prévues par la loi notamment en matière de rémunération.

## Les évolutions du dialogue social dans la branche

### Prise en compte des parcours syndicaux dans la branche

Les ordonnances redéfinissent les rôles respectifs de la branche et de l'entreprise dans la signature des accords collectifs (v. p. 7 et s.). La branche peut désormais verrouiller les dispositions qu'elle prend sur l'effectif à partir duquel les délégués syndicaux peuvent être désignés, leur nombre et la valorisation de leur parcours syndical. Les ordonnances invitent donc les branches à se saisir de ces sujets ce qui n'était pas forcément le cas par le passé.

**Remarque :** l'accord de branche peut négocier sur l'effectif à partir duquel le délégué syndical sera désigné. Cependant, la loi dispose expressément que les délégués syndicaux sont désignés dans les entreprises de plus de 50 salariés. La branche ne pourra négocier que de manière plus favorable et donc uniquement abaisser le seuil.

### Évolution du fonds paritaire pour le financement du dialogue social

La loi du 5 mars 2014 a prévu la mise en place d'un fonds paritaire de financement des organisations syndicales et patronales. Ce fonds s'est substitué aux financements anciens issus du paritarisme. Il est financé principalement par une contribution de l'employeur destinée à financer le dialogue social. Le taux de cette contribution est actuellement fixé à 0,016 %. Il bénéficie aux organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives.

Le fonds paritaire répartit ses crédits en trois enveloppes selon ce qu'il a vocation à financer.

Les ordonnances précisent que pour attribuer les crédits du fonds paritaire, est prise en compte l'année suivant celle au cours de laquelle :

– est déterminée la représentativité des organisations syndicales d'employeurs et de salariés au niveau de la branche,

– a été publié l'arrêté de fusion des champs conventionnels pris en application des dispositions de l'article L. 2231-32 ou l'arrêté d'extension de l'accord de fusion desdits champs et est appréciée la représentativité et mesurée l'audience des organisations syndicales de salariés et des organisations professionnelles d'employeurs.

### Salariés participant aux négociations de branche

Selon l'article L. 2232-8 du code du travail, les conventions de branche et les accords interprofessionnels comportent en faveur des salariés d'entreprises participant aux négociations de branche ou aux réunions d'instances paritaires qu'ils instituent, des dispositions relatives aux modalités d'exercice du droit de s'absenter, à la compensation des pertes de salaires ou au maintien de ceux-ci ainsi qu'à l'indemnisation des frais de déplacement.

Une nouveauté est instituée pour certaines entreprises dont le seuil d'effectif sera fixé par décret en Conseil d'État (à paraître) : la rémunération ainsi que les cotisations et contributions sociales des salariés participant aux négociations seront prises en charge par le fonds paritaire.

### D'autres mesures en vue ?

Les ordonnances comportent peu de dispositions relatives à la valorisation des parcours syndicaux et au renforcement des moyens des élus du personnel par rapport à ce qui avait été annoncé lors des travaux préparatoires de la loi d'habilitation. Peu de propositions du rapport Simonpoli du 3 août 2017 ont été reprises dans les faits.

La ministre du travail Muriel Pénicaud a cependant chargé Jean-Dominique Simonpoli et Gilles Gateau DRH d'Air France d'une mission sur le syndicalisme. Ils devront formuler des propositions pour favoriser la formation et plus largement l'employabilité des élus du personnel et des délégués syndicaux. Ces propositions pourraient être reprises dans des décrets d'application des ordonnances.

**Remarque :** Jean-Dominique Simonpoli a déjà rendu un rapport sur le syndicalisme à la ministre du travail le 3 août dernier dans lequel il faisait des propositions visant à valoriser les parcours syndicaux.

D'autres mesures avaient été envisagées lors de la présentation des ordonnances comme la possibilité de désigner un délégué syndical en dehors des salariés ayant obtenu 10 % aux élections professionnelles si ceux-ci refusaient par écrit de devenir délégué syndical. Ceci n'a pas été repris dans les ordonnances.



# Ruptures du contrat de travail : les mesures destinées à les sécuriser et en limiter le contentieux

L'objectif de long terme assigné aux mesures prises pour sécuriser les ruptures du contrat de travail et les contentieux liés est assez clair : lever les freins à l'embauche pour les TPE et PME. Pour ce faire, tout y passe. Les règles du licenciement (et plus particulièrement de sa motivation) sont assouplies, le régime du licenciement économique aussi. Un barème obligatoire de dommages et intérêts dus en cas de licenciements abusifs est créé, les délais de contestation sont raccourcis et la conciliation prud'homale est encouragée. Des mesures peu favorables aux salariés. En compensation, l'indemnité légale de licenciement est octroyée dès 8 mois d'ancienneté et son montant est revalorisé. Cette compensation rééquilibre-t-elle les concessions faites aux employeurs ?

## Motivation de la lettre de licenciement : un régime assoupli

### La création de modèles de lettre de licenciement

Pour limiter les risques d'erreurs des employeurs et ainsi réduire les risques de contentieux, l'ordonnance n° 2017-1387 prévoit la création par décret (à paraître) de modèles de lettres de licenciement (formulaire Cerfa), aussi bien économique que non économique (C. trav., art. L. 1232-6 et L. 1233-42 mod.). L'employeur pourra les utiliser pour procéder à la notification du licenciement.

Ces modèles rappelleront les droits et obligations du salarié et de l'employeur au moment de la rupture du contrat.

Ces dispositions nécessitent la publication d'un décret en Conseil d'État (non paru à l'heure où nous rédigeons ces lignes). Elles entreront ainsi en vigueur à la date de publication de ces décrets, et au plus tard le 1<sup>er</sup> janvier 2018.

### Un droit à l'erreur institué au profit de l'employeur

#### Les « limites du litige » ne sont désormais fixées qu'après une éventuelle précision des motifs

Jusqu'à présent, l'absence d'indication d'un motif précis dans la lettre de licenciement équivalait à une absence de motif et rendait ainsi le licenciement sans cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 23 mai 2000, n° 98-40.633 ; Cass. soc., 17 janv. 2006, n° 04-40.740).

L'employeur se devait donc d'être extrêmement rigoureux quant à l'énoncé des griefs invoqués à l'encontre du salarié dans la lettre de licenciement. Ces motifs fixaient en effet ce qu'on appelle les limites du litige. Impossible, une fois le licenciement notifié, d'y apporter des modifications. Le juge statuait sur ces motifs et sur rien d'autre.

**Remarque :** l'indication des motifs dans la lettre de licenciement revêt une importance particulière puisque ce sont ces motifs qui vont « fixer » la situation juridique. Concrètement, cela signifie que l'employeur ne peut pas les modifier ou les compléter par la suite. Il ne peut pas invoquer devant le juge des motifs différents de ceux qu'il a formulés dans la lettre de licenciement, et ce, même si ces motifs différents sont de nature à justifier un licenciement.

Cette règle selon laquelle la lettre de licenciement fixe les limites du litige est maintenue mais aménagée.

Les motifs contenus dans la lettre pourront être précisés par l'employeur, soit de sa propre initiative, soit à la demande du salarié, après la notification du licenciement. Ce n'est qu'après ces éventuelles précisions que les limites du litige seront fixées (C. trav., art. L. 1235-2 mod.).

L'employeur aura donc droit à une « seconde chance ».

**Remarque :** dans le projet d'ordonnance, l'employeur avait la possibilité non seulement de préciser les motifs énoncés dans la lettre de licenciement mais également de les compléter. Il pouvait donc en ajouter. La version définitive du texte lui permet seulement de préciser a posteriori ces motifs. Sa marge de manœuvre est ainsi moins importante que celle que souhaitait lui accorder initialement le gouvernement.

Un décret en Conseil d'État doit fixer les délais et les conditions dans lesquels l'employeur pourra user de ce nouveau droit à l'erreur. Ces dispositions n'entreront ainsi en vigueur qu'à la date de publication de ce décret, et au plus tard le 1<sup>er</sup> janvier 2018.

### **L'insuffisance de motivation ne rend plus à elle seule le licenciement sans cause réelle et sérieuse**

Désormais, si le salarié à qui le licenciement a été notifié n'a pas demandé à l'employeur de préciser les motifs invoqués dans la lettre de licenciement et que le juge caractérise par la suite une insuffisance de motivation, celle-ci ne privera plus à elle seule le licenciement de cause réelle et sérieuse. Cette irrégularité ouvrira droit à une indemnité qui ne pourra pas excéder un mois de salaire (C. trav., art. L. 1235-2 mod.).

**Remarque :** quid de l'hypothèse où le salarié a demandé à l'employeur de préciser lesdits motifs de licenciement mais que cette demande est restée lettre morte ? Le juge prud'homal pourrait-il, s'il estime que le licenciement est insuffisamment motivé, considérer que le licenciement est cette fois-ci dépourvu de cause réelle et sérieuse ? Le texte ne le dit pas.

Si le licenciement est insuffisamment motivé et est également dépourvu de cause réelle et sérieuse, le salarié sera indemnisé en fonction du barème obligatoire reproduit à l'article L. 1235-3 du code du

travail (C. trav., art. L. 1235-2) (v. p. 74 et s.). En d'autres termes, les deux indemnités ne se cumuleront pas. L'indemnité versée au salarié pour réparer le licenciement abusif inclura l'indemnité prévue pour insuffisance de motivation.

### **En cas de pluralité de motifs dont l'un est illicite, le juge doit tous les examiner**

Selon la Cour de cassation, en cas de pluralité de motifs de licenciement, si l'un des griefs invoqués par l'employeur porte atteinte à une liberté ou à un droit fondamental, le licenciement est automatiquement entaché de nullité (Cass. soc., 3 févr. 2016, n° 14-18.600).

L'ordonnance ne remet pas en cause la nullité du licenciement dans une telle hypothèse. Mais elle précise que la nullité encourue de la rupture ne dispense pas le juge d'examiner l'ensemble des griefs, pour en tenir compte, le cas échéant, dans l'évaluation de l'indemnité qu'il allouera au salarié (C. trav., art. L. 1235-2-1 nouv.).

**Remarque :** rappelons que dans une telle hypothèse le barème obligatoire institué en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse (v. ci-après p. 74 et s.) ne s'applique pas. En cas de licenciement nul, le salarié bénéficiera d'une indemnité qui doit être au moins égale à 6 mois de salaire et qui n'est pas plafonnée (v. p. 77).

Autrement dit, en présence de plusieurs motifs de licenciement dont l'un est illicite, le juge peut désormais, si les autres motifs de licenciement lui paraissent justifiés, minorer le montant de l'indemnité pour licenciement nul. Concrètement, il pourra se contenter d'octroyer au salarié l'indemnité minimale de 6 mois de salaire.

Cette mesure est applicable aux licenciements prononcés postérieurement à la publication de l'ordonnance, soit aux licenciements prononcés depuis le 24 septembre 2017.

**Remarque :** le projet d'ordonnance faisait référence aux licenciements « notifiés » postérieurement à la publication de l'ordonnance. Désormais, il est question de licenciements « prononcés » postérieurement à celle-ci. A notre sens, ce changement de terminologie n'a pas d'incidence : l'ordonnance s'applique bien aux licenciements notifiés après ladite publication.

## **Licenciement économique : un régime amendé**

### **Périmètre d'appréciation du motif économique redéfini**

#### **Périmètre limité au niveau national**

Lorsqu'une entreprise n'appartient pas à un groupe, la réalité du motif économique à l'origine de sa décision de licencier s'apprécie au niveau de l'entreprise uniquement.

En revanche, jusqu'à présent, lorsqu'elle appartenait à un groupe international, la réalité de la cause économique à l'origine du licenciement était appréciée au niveau du groupe ou du secteur d'activité du groupe auquel appartenait l'entreprise, sans qu'il y ait lieu de réduire le groupe aux sociétés ou entreprises situées sur le territoire national.

Désormais, si un groupe rencontre des difficultés économiques au sein de sa filiale française, le motif économique sera apprécié au niveau national (C. trav., art. L. 1233-3 mod.).

**Remarque :** la principale critique formulée à l'encontre de cette restriction géographique tient au risque de création artificielle de difficultés économiques à l'intérieur d'un groupe à la seule fin de procéder à des suppressions d'emplois. Le projet d'ordonnance précisait que le niveau d'appréciation est national « sauf fraude ». Cette notion n'a pas été reprise dans l'ordonnance définitive mais le juge pourra naturellement continuer à contrôler les éventuels abus de droit, y compris la création artificielle pour justifier les licenciements.

Cette restriction du périmètre d'appréciation des difficultés économiques remet en cause la jurisprudence de la Cour de cassation depuis l'arrêt Vidéocolor (Cass. soc., 5 avr. 1995, n° 93-42.690).

## La notion de groupe redéfinie

La notion de groupe est précisée pour l'adapter à la limitation du périmètre d'appréciation du motif économique au niveau national.

Lorsque le siège social de l'entreprise dominante est situé sur le territoire français, le groupe est constitué de cette entreprise dominante et des entreprises qu'elle contrôle, conformément au I de l'article L. 2331-1 du code du travail relatif au comité de groupe. Si le siège social est à l'étranger, le groupe est constitué par l'ensemble des entreprises implantées sur le territoire français (C. trav., art. L. 1233-3 nouv.).

Le gouvernement reprend, en l'adaptant, la définition « capitalistique » donnée par la Cour de cassation dans son arrêt du 16 novembre 2016 (Cass. soc., 16 nov. 2016, n° 14-30.063), selon laquelle : « la cause économique d'un licenciement s'apprécie au niveau de l'entreprise ou, si celle-ci fait partie d'un groupe, au niveau du secteur d'activité du groupe dans lequel elle intervient. Le périmètre du groupe à prendre en considération à cet effet est l'ensemble des entreprises unies par le contrôle ou l'influence d'une entreprise dominante dans les conditions définies à l'article L. 2331-1 du code du travail, sans qu'il y ait lieu de réduire le groupe aux entreprises situées sur le territoire national ».

## Le « secteur d'activité » caractérisé

L'article L. 1233-3, modifié par l'ordonnance précitée, apporte une définition du secteur d'activité permettant d'apprécier la cause économique du licenciement. Ainsi, le secteur d'activité retenu pour apprécier les difficultés économiques d'une entreprise est caractérisé « notamment par la nature des produits des biens ou services délivrés, la clientèle ciblée, les réseaux et modes de distribution se rapportant à un même marché ».

Il ne s'agit pas d'une véritable définition légale. Le gouvernement n'a fait que reprendre les éléments que la jurisprudence a identifiés comme pouvant constituer un faisceau d'indices pour déterminer le secteur d'activité (Cass. soc., 19 mars 2002, n° 07-42.381).

## Nouveaux contours de l'obligation de reclassement

Les conditions dans lesquelles l'employeur satisfait à l'obligation de reclassement qui pèse sur lui en cas de licenciement économique sont précisées (C. trav., art. L. 1233-4 mod.). Rappelons que s'il ne satisfait pas à cette obligation, le licenciement est privé de cause réelle et sérieuse.

## La recherche au niveau du groupe adaptée

Dans un souci d'harmonisation et de sécurisation, l'article 16 de l'ordonnance reprend la même définition du groupe que celle retenue pour apprécier le motif économique du licenciement : il s'agit de la notion de groupe au sens du comité de groupe (C. trav. art. L. 2331-1, I) (v. ci-avant).

Reprenant la jurisprudence de la Cour de cassation, il est précisé qu'au sein du groupe il convient d'étendre la recherche parmi les entreprises « dont l'organisation, les activités ou le lieu d'exploitation assurent la permutation de tout ou partie du personnel ».

## Option laissée à l'employeur dans la proposition des offres

Les modalités de proposition de l'offre de reclassement sont assouplies. L'article L. 1233-4 du code du travail dans sa nouvelle rédaction crée une option au bénéfice de l'employeur qui pourra :

- soit adresser de manière personnalisée les offres de reclassement à chaque salarié ;
- soit diffuser par tout moyen une liste des postes disponibles à l'ensemble des salariés.

En d'autres termes, l'employeur peut satisfaire à son obligation en diffusant une liste de postes disponibles sur l'intranet de l'entreprise ou en l'envoyant à tous les salariés concernés.

**Remarque :** rappelons que jusqu'à présent, la Cour de cassation jugeait insuffisante la simple mise à disposition, à l'ensemble du personnel, d'une liste de postes disponibles (Cass. soc., 26 sept. 2006, n° 05-43.841).

Cette disposition est applicable à compter de la publication d'un décret d'application (à paraître) et au plus tard le 1<sup>er</sup> janvier 2018.

## Suppression de l'obligation de reclassement à l'étranger

La faculté offerte au salarié de demander à l'employeur de recevoir des offres de reclassement dans les établissements de l'entreprise ou du groupe qui sont situés hors du territoire national est supprimée. La recherche d'un reclassement à l'étranger disparaît en tant qu'obligation légale sanctionnée par une absence de cause réelle et sérieuse du licenciement en cas de défaillance de l'employeur.

## Harmonisation du périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements

L'article 18 de l'ordonnance précitée étend aux entreprises de plus de 50 salariés qui licencient moins de 10 salariés, et qui ne sont donc pas soumises à l'obligation d'élaborer un PSE, la possibilité de limiter le périmètre d'application des critères d'ordre de licenciement à minima à celui de la zone d'emploi et non à celui de l'entreprise comme c'est actuellement le cas. L'objectif poursuivi par le gouvernement « est d'éviter que des licenciements programmés sur une zone d'emploi ne viennent concerner par application des critères d'ordre des licenciements, des salariés de la même entreprise qui seraient employés dans d'autres zones d'emplois ».

Les règles applicables sont les suivantes (C. trav., art. L. 1233-5 mod.) :

– licenciement collectif d'au moins 10 salariés dans une même période de 30 jours : possibilité pour l'entreprise, quelle que soit sa taille, de définir par accord collectif un périmètre géographique inférieur à la zone d'emploi (C. trav., art. L. 1233-5 mod.) ;

**Remarque :** cette possibilité n'était jusqu'à présent ouverte qu'aux entreprises de plus de 50 salariés.

– licenciement collectif de moins de 10 salariés sur une même période de 30 jours : le périmètre d'application des critères d'ordre peut aussi être restreint en l'absence d'accord mais de manière encadrée. Le périmètre défini ne peut en effet être inférieur à celui de chaque zone d'emploi.

**Remarque :** on retrouve ici la même limite qu'en cas de périmètre défini par document unilatéral.

### > Des mesures attendues en vain

Deux mesures évoquées et attendues ne sont pas abordées par l'ordonnance précitée : la possibilité d'adapter les modalités de licenciements collectifs à la taille de l'entreprise et au nombre de ces licenciements ainsi que la sécurisation de la notion de « catégorie professionnelle ». Aucune des propositions énoncées dans la loi d'habilitation n'a été reprise.

## Mise en place du CSE : conséquences en matière de licenciement économique

L'article 20 de l'ordonnance envisage les conséquences de la mise en place du comité social et économique (CSE) sur les dispositions relatives au licenciement pour motif économique. Ainsi :

– pour tout licenciement collectif, l'employeur adresse aux représentants du personnel, avec la convocation à la réunion sur le projet de licenciement économique, tous renseignements utiles sur ce projet dont, « le cas

échéant, les conséquences des licenciements projetés en matière de santé, de sécurité ou de conditions de travail » (C. trav., art. L. 1233-10, L. 1233-24-2 et L. 1233-31 mod.) ;

– en cas de licenciement collectif de moins de 10 salariés sur une même période de 30 jours, il est précisé que le CSE rend « son avis dans un délai qui ne peut être supérieur, à compter de la date de sa première réunion au cours de laquelle il est consulté, à un mois. En l'absence d'avis dans ce délai, le CSE est réputé avoir été consulté » (C. trav., art. L. 1233-8 mod.) ;

– en cas de licenciement d'au moins 10 salariés dans une entreprise d'au moins 50 salariés, le CSE peut, le cas échéant sur proposition des commissions constituées en son sein, décider, lors de la première réunion, de recourir à une expertise pouvant porter sur les domaines économique et comptable ainsi que sur les effets potentiels du projet sur les conditions de travail. Les modalités et conditions de réalisation de l'expertise, lorsqu'elle porte sur un ou plusieurs des domaines, sont déterminées par un décret en Conseil d'État (C. trav., art. L. 1233-34 mod.).

## Entrée en vigueur des dispositions susvisées

Toutes les dispositions susvisées sont applicables aux procédures de licenciement économique engagées après la publication de l'ordonnance le 23 septembre 2017, soit à partir du 24 septembre.

Par date d'engagement de la procédure, il y a lieu d'entendre :

– soit la date de l'entretien préalable visé à l'article L. 1233-11 du code du travail (licenciement individuel ou licenciement collectif de moins de 10 salariés dans une même période de 30 jours) ;

– soit la date de présentation de la lettre de convocation à la première réunion des instances représentatives du personnel prévue aux articles L. 1233-28 à L. 1233-30 du code du travail (licenciement collectif de 10 salariés ou plus dans une même période de 30 jours).

## Contestation d'un licenciement économique : les modifications de l'ordonnance

### 12 mois pour agir au lieu de 24 mois

Le salarié qui entend contester son licenciement pour motif économique aura 12 mois pour saisir le conseil de prud'hommes contre 24 mois actuellement. Il s'agit là de la conséquence de l'unification des délais de prescription des actions en matière de rupture du contrat de travail (pour plus de développements, v. p. 80 et s.).

## Réduction de moitié de certaines indemnités

Dans le cadre d'un licenciement collectif avec PSE (licenciement d'au moins 10 salariés en 30 jours dans une entreprise d'au moins 50 salariés), la rupture du contrat de travail est nulle lorsque la décision de validation ou d'homologation du Direccte a été annulée en raison de l'insuffisance du PSE ou lorsque l'employeur a notifié le licenciement en l'absence de décision de validation ou d'homologation.

Dans ces hypothèses, le salarié peut obtenir sa réintégration. S'il ne la demande pas ou si celle-ci est impossible, il a droit à une indemnité. Le montant plancher de cette indemnité, aujourd'hui fixé à 12 mois de salaire, passe à 6 mois de salaire (C. trav., art. L. 1235-11 mod.).

De même, en cas de non-respect de la priorité de réembauche prévue à l'article L. 1233-45 du code du travail, le juge accorde au salarié une indemnité qui ne peut être inférieure à un mois de salaire (auparavant, elle était fixée à 2 mois).

> Le licenciement avant transfert n'est plus réservé aux grandes entreprises

La dérogation au maintien des contrats de travail en cas de transfert d'entreprise prévue à l'article L. 1233-61 du code du travail est étendue. L'article 16 de l'ordonnance ne réserve plus cette dérogation aux entreprises d'au moins 1 000 salariés, mais à toutes les entreprises d'au moins 50 salariés tenues d'établir un PSE. Ainsi, dans ces entreprises, lorsqu'un PSE comporte une reprise de site, les règles légales régissant le transfert d'entreprise ne s'opposent plus à ce que le cédant procède, sous certaines conditions, à des licenciements avant le transfert, le cessionnaire n'étant tenu de reprendre que les salariés dont le contrat n'a pas été rompu au jour du transfert (C. trav., art. L.1231-61 mod.). Cette mesure est applicable dans le cadre des procédures de licenciement engagées après la publication de l'ordonnance, soit à compter du 24 septembre 2017. Sur la notion de procédure engagée, voir page 72.

# Contentieux du licenciements : les règles d'indemnisation profondément revues

## Contours et indemnisation du licenciement irrégulier

### Une seule et même sanction en cas d'irrégularité de forme

Si le juge constate une irrégularité de forme dans la procédure de licenciement (sont notamment visées les irrégularités afférentes à l'entretien préalable : lettre de convocation, assistance du salarié, exposition des motifs lors de l'entretien), il accordera au salarié une indemnité qui ne pourra être supérieure à un mois de salaire.

Cette sanction est applicable aussi bien (C. trav., art. L. 1235-2 mod.) :

- aux irrégularités de forme commises au cours de la procédure d'un licenciement pour motif personnel ;
- qu'à celles commises au cours d'un licenciement individuel pour motif économique ou au cours d'un petit licenciement collectif (licenciement de moins de 10 salariés dans une même période de 30 jours).

Elle est désormais également applicable aux entreprises de moins de 11 salariés et aux salariés ayant moins de 2 ans d'ancienneté dans l'entreprise (C. trav., art. L. 1235-5 mod.).

**Remarque :** auparavant, dans ces entreprises ou pour les salariés n'ayant pas 2 ans d'ancienneté, l'indemnisation était fixée par le juge en fonction du préjudice subi, sauf en cas de violation des dispositions de l'article L. 1232-4, relatives à

l'assistance du salarié par un conseiller : dans ce cas, l'indemnité était déjà fixée à un mois de salaire maximum. Désormais, toute irrégularité de procédure sera susceptible d'être réparée par une indemnité dont le montant pourra représenter jusqu'à un mois de salaire. Et ce, quels que soient l'effectif de l'entreprise et l'ancienneté du salarié.

### Le non-respect d'une procédure conventionnelle de licenciement devient une simple irrégularité de forme

Parmi les irrégularités de forme citées à l'article L. 1235-2 du code du travail apparaît désormais le licenciement d'un salarié qui n'aurait pas été précédé de la « procédure conventionnelle ou statutaire de consultation préalable au licenciement ».

Pour mémoire, certaines conventions collectives prévoient des procédures préalables au licenciement, le plus souvent limitées au licenciement à caractère disciplinaire.

**Remarque :** tel est le cas notamment des conventions collectives des banques, des sociétés d'assurance, de l'inspection d'assurance, de l'hospitalisation privée à but non lucratif ou de celle des handicapés.

Ces procédures, distinctes de la procédure légale et plus protectrice des droits des salariés, consistent pour la plupart en la saisine de conseils de discipline ou de commissions disciplinaires ou d'arbitrage préalablement à la notification du licenciement.

L'ordonnance remet ici en cause la jurisprudence établie depuis de nombreuses années par la chambre sociale de la Cour de cassation en ce que cette dernière distinguait :

– les procédures conventionnelles qui apportaient aux salariés des garanties de pure forme et dont la violation entraînait l'allocation de dommages-intérêts en réparation du préjudice subi par le salarié ;

**Exemple :** constituaient essentiellement des garanties de pure forme les délais de saisine des conseils de discipline ou de commissions disciplinaires ou d'arbitrage. Pour la Cour de cassation, lorsque la convention ne comportait aucune précision sur le moment auquel le conseil de discipline devait être saisi, la tenue du conseil après l'entretien préalable du salarié et non avant n'enlevait pas au licenciement son caractère réel et sérieux. L'avis du conseil de discipline n'avait en effet pas à être antérieur à l'entretien préalable, mais uniquement à la prise de décision par l'employeur de licencier (Cass. soc., 28 sept. 2005, n° 02-45.926).

– et les procédures conventionnelles qui constituaient des garanties de fond, et dont la violation rendait le licenciement sans cause réelle et sérieuse.

**Exemple :** lorsqu'une clause conventionnelle prévoyait que la lettre de convocation à l'entretien préalable à un licenciement pour faute ou pour insuffisance professionnelle devait mentionner expressément la faculté pour le salarié de demander la réunion d'un conseil paritaire et le délai impératif dans lequel cette faculté pouvait être exercée, cette exigence constituait une garantie de fond dont la violation privait le licenciement de cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 18 oct. 2006, n° 03-48.370).

Constituait également une garantie de fond dont le non-respect privait le licenciement de cause réelle et sérieuse la disposition conventionnelle prévoyant une information des délégués du personnel préalablement à la notification de tout licenciement disciplinaire (Cass. soc., 17 mars 2015, n° 13-23.983).

Désormais, l'employeur qui ne respectera pas la procédure conventionnelle ou statutaire de consultation préalable au licenciement à laquelle il est soumis ne sera redevable que de dommages et intérêts à hauteur d'un mois de salaire maximum. Le licenciement du salarié ne pourra plus être considéré comme abusif (C. trav., art. L. 1235-2 mod.).

## Entrée en vigueur

Les dispositions relatives au licenciement irrégulier, issues de l'article 4 de l'ordonnance, sont applicables aux licenciements prononcés postérieurement à la publication de l'ordonnance, soit aux licenciements prononcés depuis le 24 septembre 2017.

**Remarque :** le projet d'ordonnance faisait référence aux licenciements « notifiés » postérieurement à la publication de l'ordonnance. Désormais, il est question de licenciements « prononcés » postérieurement à celle-ci. A notre sens, ce changement de terminologie n'a pas d'incidence : l'ordonnance s'applique bien aux licenciements notifiés après ladite publication.

## Indemnisation du licenciement sans cause réelle et sérieuse : place à un barème obligatoire

### Le barème indicatif disparaît au profit d'un barème obligatoire

#### ■ Jusqu'à présent, le juge évaluait souverainement le montant de l'indemnité

Jusqu'à présent, lorsqu'un licenciement était dépourvu de cause réelle et sérieuse, le salarié ayant au moins 2 ans d'ancienneté et appartenant à une entreprise d'au moins 11 salariés pouvait soit être réintégré (s'il le souhaitait et si l'employeur ne s'y opposait pas, ce qui était assez rare dans les faits), soit être « dédommagé ». Dans ce cas, le juge évaluait souverainement le montant de l'indemnité à lui accorder, sachant que cette indemnité ne pouvait pas être inférieure à 6 mois de salaire brut.

Lorsque le salarié n'atteignait pas 2 ans d'ancienneté ou travaillait dans une entreprise de moins de 11 salariés, la réintégration n'était pas prévue et le juge appréciait là encore souverainement le montant des dommages et intérêts en fonction du préjudice subi mais aucun plancher d'indemnisation n'était imposé.

Pour fixer le montant de cette indemnité, le juge pouvait, depuis la loi « Macron » du 6 août 2015, s'appuyer sur un référentiel indicatif et fixer le montant de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse d'un salarié en fonction de l'ancienneté, de l'âge et de la situation de ce dernier. Ce référentiel était facultatif. Le juge n'avait donc aucune obligation de l'appliquer, sauf demande conjointe des parties.

Le référentiel indicatif est aujourd'hui supprimé pour tous les licenciements prononcés postérieurement à la publication de l'ordonnance (C. trav. art. L. 1235-1 mod.), soit les licenciements prononcés à compter du 24 septembre 2017. Il fait place à un barème obligatoire.

#### ■ Une indemnité désormais encadrée par des planchers et des plafonds, pour plus de « prévisibilité »

Pour fixer le montant d'une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, le juge prud'homal se voit désormais imposer un barème obligatoire, qui comprend des montants minimaux et maximaux d'indemnisation par année d'ancienneté (C. trav., art. L. 1235-3 mod.).

Ainsi, les salariés bénéficiant d'au moins 2 ans d'ancienneté et travaillant dans une entreprise d'au moins 11 salariés ne pourront plus, en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, tabler sur un minimum de 6 mois de salaire brut. Ce minimum est à leur égard réduit à 3 mois à compter de 2 ans d'ancienneté et n'augmente plus par la suite, quelle que soit l'ancienneté (v. barème p. 76).

**Remarque :** à titre d'exemple, le plafond d'indemnisation est quant à lui fixé à :

- 3,5 mois pour une ancienneté de 2 ans ;
- 10 mois pour une ancienneté de 10 ans ;
- 20 mois pour une ancienneté d'au moins 29 ans.

> Un barème pour plus de visibilité des risques financiers encourus par l'entreprise

Selon le dossier de presse établi par le gouvernement, « aucun chef d'entreprise, et particulièrement dans les TPE/PME, n'embauche des salariés avec l'intention de les licencier. Mais l'incertitude sur le coût d'une rupture potentielle peut dissuader à l'embauche. Le barème apporte une prévisibilité qui permettra de lever cette incertitude et de libérer la création d'emplois dans notre pays dans les TPE/PME ». Il homogénéise par ailleurs les niveaux d'indemnisation accordés aux salariés par les différentes juridictions prud'homales. Toujours selon le dossier de presse précité, « aujourd'hui avec une ancienneté et un préjudice similaires, le montant des dommages et intérêts auxquels les prud'hommes peuvent leur donner droit en cas de licenciement abusif peut aller du simple au quintuple entre deux juridictions. Il faut davantage d'équité entre les salariés ».

### ■ Les indemnités de licenciement peuvent influencer sur le montant de l'indemnité issue du barème

En contrepartie du plafonnement de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, l'indemnité légale de licenciement (économique ou non économique), qui est désormais allouée à tout salarié en contrat à durée indéterminée ayant au moins 8 mois d'ancienneté ininterrompus au service du même employeur (contre 12 mois auparavant) (C. trav., art. L. 1234-9 mod.), est revalorisée par décret (C. trav. art. R. 1234-2 mod.) (v. p. 78).

Néanmoins, l'article L. 1235-3 du code du travail prévoit désormais que pour évaluer le montant de l'indemnité pour licenciement abusif à octroyer au salarié, le juge peut, le cas échéant, « tenir compte des indemnités de licenciement versées à l'occasion de la rupture » (C. trav., art. L. 1235-3 mod.).

En d'autres termes, le juge aura la faculté de fixer le montant de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse d'un salarié en fonction de l'indemnité de licenciement qui aura été versée à ce dernier.

**Remarque :** est-ce à dire que plus l'indemnité (légale ou conventionnelle) de licenciement du salarié sera élevée, plus le juge pourra être enclin à lui octroyer une indemnité pour licenciement abusif minorée ? Rappelons toutefois que le juge a la possibilité et non l'obligation de moduler le montant des dommages et intérêts en fonction du montant de l'indemnité de licenciement. Seule l'application du barème lui est imposée. Quoi qu'il en soit, cette mesure nous semble juridiquement discutable. L'indemnité de licenciement et l'indemnité pour licenciement abusif ne réparent pas le même préjudice.

## L'indemnité est cumulable avec certaines indemnités spécifiques au licenciement économique

L'indemnité versée au salarié pour licenciement sans cause réelle et sérieuse se cumule avec les trois indemnités suivantes, mais dans la limite des montants maximaux prévus par le barème (C. trav., art. L. 1235-3 mod.) :

- l'indemnité prévue en cas de non-respect par l'employeur des procédures de consultation des représentants du personnel ou d'information de l'autorité administrative (calculée en fonction du préjudice subi) (C. trav., art. L. 1235-12) ;

**Remarque :** ce droit à indemnité est désormais également ouvert aux salariés ayant moins de 2 ans d'ancienneté ou appartenant à une entreprise de moins de 11 salariés (C. trav., art. L. 1235-14 mod.) (v. ci-après).

- l'indemnité prévue en cas de non-respect de la priorité de réembauche (C. trav., art. L. 1235-13 mod.) ;

**Remarque :** jusqu'à présent, cette indemnité ne pouvait être inférieure à 2 mois de salaire mais l'ordonnance l'a abaissée à un mois de salaire minimum (v. p. 73).

- l'indemnité prévue en cas d'irrégularité de la procédure de licenciement économique dans une entreprise où le CE ou les DP n'ont pas été mis en place alors que l'entreprise est assujettie à cette obligation et qu'aucun procès-verbal de carence n'a été établi. Cette indemnité représente au moins un mois de salaire (C. trav., art. L. 1235-15).

## Montant du barème dans les entreprises d'au moins 11 salariés

Est reproduit ci-dessous le barème applicable aux salariés travaillant dans une entreprise d'au moins 11 salariés (C. trav., art. L. 1235-3 mod.).

Ancienneté du salarié dans l'entreprise (en années complètes)	Indemnité minimale (en mois de salaire brut)	Indemnité maximale (en mois de salaire brut)
0	sans objet	1
1	1	2
2	3	3,5
3	3	4
4	3	5
5	3	6
6	3	7
7	3	8
8	3	8
9	3	9
10	3	10
11	3	10,5
12	3	11
13	3	11,5

Ancienneté du salarié dans l'entreprise (en années complètes)	Indemnité minimale (en mois de salaire brut)	Indemnité maximale (en mois de salaire brut)
14	3	12
15	3	13
16	3	13,5
17	3	14
18	3	14,5
19	3	15
20	3	15,5
21	3	16
22	3	16,5
23	3	17
24	3	17,5
25	3	18
26	3	18,5
27	3	19
28	3	19,5
29	3	20
30 et au-delà	3	20

### Montants du barème dans les entreprises de moins de 11 salariés

Le barème obligatoire est également applicable dans les entreprises de moins de 11 salariés. Il a néanmoins été adapté pour tenir compte de la situation de ces très petites entreprises (TPE).

Ainsi, les planchers d'indemnisation du licenciement sans cause réelle et sérieuse d'un salarié travaillant dans une entreprise de moins de 11 salariés et bénéficiant d'une ancienneté comprise entre un et 10 ans sont moins élevés que ceux prévus dans les entreprises d'au moins 11 salariés (C. trav., art. L. 1235-3 mod.).

**Exemple :** le salarié d'une entreprise de moins de 11 salariés licencié alors qu'il compte 6 ans d'ancienneté ne pourra prétendre qu'à une indemnité minimale correspondant à 1,5 mois de salaire ; dans une entreprise d'au moins 11 salariés, cette indemnité est au moins égale à 3 mois.

A partir de 11 ans d'ancienneté, les planchers d'indemnisation sont strictement identiques, quel que soit l'effectif de l'entreprise.

Est reproduit ci-contre le barème applicable aux salariés travaillant dans une entreprise de moins de 11 salariés (C. trav., art. L. 1235-3 mod.).

Ancienneté du salarié dans l'entreprise (en années complètes)	Indemnité minimale (en mois de salaire brut)	Indemnité maximale (en mois de salaire brut)
0	sans objet	1
1	0,5	2
2	0,5	3,5
3	1	4
4	1	5
5	1,5	6
6	1,5	7
7	2	8
8	2	8
9	2,5	9
10	2,5	10
11	3	10,5
12	3	11
13	3	11,5
14	3	12
15	3	13
16	3	13,5
17	3	14
18	3	14,5
19	3	15
20	3	15,5
21	3	16
22	3	16,5
23	3	17
24	3	17,5
25	3	18
26	3	18,5
27	3	19
28	3	19,5
29	3	20
30 et au-delà	3	20

**Remarque :** si le Conseil constitutionnel devait se prononcer sur l'instauration de ce plancher minimal spécifique applicable aux entreprises de moins de 11 salariés, quelle pourrait être sa position ?

Il a déjà admis, dans une décision du 13 octobre 2016, que les entreprises de moins de 11 salariés peuvent ne pas avoir à verser à leurs salariés licenciés sans cause réelle et sérieuse l'indemnité minimale de 6 mois de salaire, alors applicable aux entreprises d'au moins 11 salariés.

Les plafonds d'indemnisation prévus par l'ordonnance étant strictement identiques quelle que soit la taille de l'entreprise – les montants ne variant qu'en fonction du seul critère de l'ancienneté – les Sages pourraient ainsi valider les planchers minimaux applicables aux seuls licenciements de salariés de TPE dont l'ancienneté est comprise entre un et 10 ans.

## Un barème applicable en cas de résiliation judiciaire ou de prise d'acte justifiée

En cas de résiliation judiciaire du contrat aux torts de l'employeur, ou en cas de prise d'acte justifiée, le salarié bénéficie notamment de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

En effet, selon la Cour de cassation, la prise d'acte de la rupture du contrat produit les effets d'un licenciement abusif si les griefs invoqués contre l'employeur sont fondés. La même solution s'applique en cas de résiliation judiciaire du contrat aux torts de l'employeur.

L'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse à laquelle a droit le salarié ayant légitimement pris acte de la rupture de son contrat ou ayant obtenu la résiliation de celui-ci aux torts de l'employeur doit ainsi être déterminée en fonction du nouveau barème obligatoire susvisé, précise l'ordonnance (C. trav., art. L. 1235-3-2 nouv.).

**Remarque :** cette disposition prévoyant l'application du barème en cas de prise d'acte justifiée et en cas de résiliation judiciaire du contrat aux torts de l'employeur pose question.

Est-ce à dire que seul ce barème est applicable ? Quid dans ce cas des prises d'acte produisant les effets non pas d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse mais d'un licenciement nul, par exemple en cas de prise d'acte justifiée par un harcèlement ou une discrimination ? Le fait que l'ordonnance ne renvoie qu'à l'article L. 1235-3 du code du travail prévoyant l'indemnisation du licenciement sans cause réelle et sérieuse signifie-t-il que le salarié ayant pris acte de la rupture de son contrat en raison de manquements d'une extrême gravité ne pourrait prétendre qu'à l'indemnisation susvisée et non pas à l'indemnisation accordée en cas de nullité du licenciement ? Nous avons posé la question à la Direction générale du travail (DGT). Celle-ci nous a affirmé qu'en cas de prise d'acte justifiée par des actes d'une particulière gravité, tels que des agissements de harcèlement, elle produira les effets d'un licenciement nul, ce qui exclura l'application du barème susvisé.

## Entrée en vigueur

Les dispositions relatives à l'indemnisation du licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse, issues de l'article 2 de l'ordonnance, sont applicables aux licenciements prononcés postérieurement à la publication de l'ordonnance, soit aux licenciements prononcés depuis le 24 septembre 2017.

**Remarque :** le projet d'ordonnance faisait référence aux licenciements « notifiés » postérieurement à la publication de l'ordonnance. Désormais, il est question de licenciements « prononcés » postérieurement à celle-ci. A notre sens, ce changement de terminologie n'a pas d'incidence : l'ordonnance s'applique bien aux licenciements notifiés après ladite publication.

La prise d'acte est un mode de rupture autonome. Si elle produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse en cas de manquement(s) avéré(s)

et suffisamment grave(s) de l'employeur, elle ne peut pas pour autant être qualifiée de licenciement sans cause réelle et sérieuse. Or, l'ordonnance prévoit que les dispositions de son article 2 sont applicables aux licenciements prononcés postérieurement à la publication de l'ordonnance, soit aux licenciements prononcés depuis le 24 septembre 2017. Elle ne fait donc référence qu'aux ruptures à l'initiative de l'employeur. A défaut de précision textuelle, considérons que le barème s'applique aux prises d'actes signifiées ou notifiées par le salarié à son employeur depuis cette même date.

## Indemnisation du licenciement nul

### L'indemnité reste au moins égale à 6 mois de salaire

Le barème obligatoire déterminant les planchers et les plafonds d'indemnisation en cas de licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse n'est pas applicable lorsque le juge constate que le licenciement est nul (C. trav., art. L. 1235-3-1 mod.).

Dans ce cas, lorsque le salarié ne demande pas la poursuite de l'exécution de son contrat de travail ou lorsque sa réintégration est impossible, le juge lui octroie une indemnité, à la charge de l'employeur, qui ne peut être inférieure aux salaires des 6 derniers mois (C. trav., art. L. 1235-3-1 mod.) et qui, elle, n'est pas plafonnée.

Cette indemnisation s'applique à toutes les entreprises.

L'indemnité est due sans préjudice du paiement du salaire, lorsqu'il est dû en application des dispositions de l'article L. 1225-71 et du statut protecteur, qui aurait été perçu pendant la période couverte par la nullité et, le cas échéant, de l'indemnité de licenciement légale, conventionnelle ou contractuelle (C. trav., art. L. 1235-3-1 mod.).

**Remarque :** l'article L. 1225-71 du code du travail sanctionne l'inobservation par l'employeur des dispositions relatives à la grossesse, à la maternité, au congé de paternité et d'accueil de l'enfant, au congé d'adoption et au congé d'éducation des enfants. Cette inobservation peut donner lieu, au profit du salarié, à l'attribution d'une indemnité pour licenciement nul déterminé conformément à l'article L. 1235-3-1 du même code.

### Le code du travail liste les cas de nullité ouvrant droit à cette indemnité

Les cas de nullité ouvrant droit à cette indemnité sont les suivants (C. trav., art. L. 1235-3-1 mod.) :

– violation d'une liberté fondamentale ;

**Exemple :** le droit de grève ou le droit d'ester en justice sont des libertés fondamentales.

– licenciement d'une victime ou d'un témoin de faits de harcèlement moral ou sexuel (C. trav., art. 1152-3 et L. 1153-4) ;

- licenciement discriminatoire (C. trav., art. L. 1132-4) ou consécutif à une action en justice tendant à faire constater l'existence d'une discrimination (C. trav., art. L. 1134-4) ;
- licenciement consécutif à une action en justice en matière d'égalité professionnelle entre hommes et femmes (C. trav., art. L. 1144-3) ;
- violation de la protection accordée aux lanceurs d'alerte ;
- violation de la protection accordée aux représentants du personnel ;
- violation de la protection liée à la maternité ou à la paternité ;
- violation de la protection accordée aux salariés victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle.

## Entrée en vigueur

Les dispositions relatives à l'indemnisation du licenciement nul, issues des articles 2 et 3 de l'ordonnance, sont applicables aux licenciements prononcés postérieurement à la publication de l'ordonnance, soit aux licenciements prononcés depuis le 24 septembre 2017.

**Remarque :** le projet d'ordonnance faisait référence aux licenciements « notifiés » postérieurement à la publication de l'ordonnance. Désormais, il est question de licenciements « prononcés » postérieurement à celle-ci. A notre sens, ce changement de terminologie n'a pas d'incidence : l'ordonnance s'applique bien aux licenciements notifiés après ladite publication.

# Contrepartie à tous ces assouplissements : l'indemnité légale de licenciement est améliorée

## Indemnité légale de licenciement ouverte dès 8 mois d'ancienneté

L'article 39 de l'ordonnance n° 2017-1387 modifie les conditions d'ouverture du droit à l'indemnité légale de licenciement (C. trav., art. L. 1234-9 mod.).

A compter du 24 septembre 2017, les licenciements, sauf faute grave, « prononcés », c'est-à-dire, en pratique ceux dont la lettre de licenciement est envoyée à cette date, ouvrent droit à une indemnité légale de licenciement dès lors que les salariés justifient de 8 mois d'ancienneté ininterrompus. Avant cette date (du 24 septembre), l'ancienneté requise était d'un an.

**Remarque :** les accords de branche prévoient leurs propres conditions d'ouverture et de calcul du droit à l'indemnité de licenciement, indépendamment du texte légal. Il convient d'attribuer au salarié l'indemnité la plus avantageuse.

## Revalorisation du montant de l'indemnité

Les articles R. 1234-1, R. 1234-2 et R. 1234-4 du code du travail relatifs au calcul de l'indemnité légale de licenciement sont également modifiés (D. n° 2017-1398, 25 sept. 2017 : JO, 26 sept.). Ils prévoient, à compter du 27 septembre 2017, les paramètres de calcul suivants :

- le calcul de l'indemnité tient compte des années de service et des mois de travail accomplis au-delà des

années complètes. En cas d'année incomplète, l'indemnité est calculée proportionnellement au nombre de mois complets ;

- le taux de l'indemnité correspond à :

- 1/4 de mois de salaire par année d'ancienneté pour les années jusqu'à 10 ans ;
- 1/3 de mois pour les années à partir de 10 ans ;

– la rémunération constituant la base de calcul de l'indemnité légale est, selon la formule la plus avantageuse pour le salarié :

- soit la moyenne mensuelle des 12 derniers mois précédant le licenciement, ou lorsque la durée de service du salarié est inférieure à 12 mois, la moyenne mensuelle de la rémunération de l'ensemble des mois précédant le licenciement ;
- soit, le tiers des 3 derniers mois. Les primes ou gratifications de caractère annuel ou exceptionnel versées au salarié pendant cette période ne sont prises en compte que dans la limite du prorata.

**Exemple :** pour un salarié ayant 12 ans d'ancienneté, 3 mois et 25 jours d'ancienneté, dont la rémunération moyenne mensuelle s'élève à 2 000 €, l'indemnité s'élève à :  $[(2\ 000 \times 1/4) \times 10 \text{ ans}] + [(2\ 000 \times 1/3) \times 2 \text{ ans}] + [(2\ 000 \times 1/3) \times 3/12] = 6\ 500,00 \text{ €}$ . Selon les dispositions abrogées, l'indemnité légale de licenciement aurait été de 5 333,33 €.

Ce calcul s'applique aux licenciements, mises à la retraite et ruptures conventionnelles conclues à compter du 27 septembre 2017.

**Remarque :** selon la DGT, que nous avons interrogée, les ruptures conventionnelles sont considérées comme « conclues » à la date de leur signature.

# Procédure contentieuse : conciliation prud'homale et délai de recours

## Conciliation prud'homale encouragée

### Le recours au juge départiteur devant le BCO est limité

Pour accélérer la procédure devant le conseil de prud'hommes, l'article L. 1454-2 du code du travail, tel que modifié par l'ordonnance, supprime la possibilité pour le bureau de conciliation et d'orientation (BCO) de renvoyer l'affaire devant le même bureau de partage. Désormais, en cas de partage, le BCO doit renvoyer l'affaire devant le bureau de jugement présidé par le juge du tribunal de grande instance (TGI) dans le ressort duquel est situé le siège du conseil de prud'hommes (C. trav., art. L. 1454-2 mod.).

Cette mesure est d'application immédiate. Elle s'applique à compter du 24 septembre 2017.

### Une présence physique bientôt obligatoire

Les conditions de représentation devant le bureau de conciliation et d'orientation sont modifiées.

En effet, l'article 35 de l'ordonnance précitée évoque une représentation « selon des modalités prévues par décret » (C. trav., art. L. 1454-1-3 mod.) sans plus de précision. Une piste peut cependant être évoquée. En effet, le projet d'ordonnance permettait à l'employeur d'être représenté par toute personne « pouvant lui être assimilée en raison des pouvoirs qu'elle détient au sein de l'entreprise ».

Il s'agit d'encourager la comparution personnelle de l'employeur en présumant que son représentant, désigné parmi les salariés de l'entreprise, agit au nom de l'entreprise. Ce dernier n'aurait pas besoin de délégation de pouvoir donnée par écrit pour agir en son nom devant le conseil de prud'hommes, contrairement aux règles actuellement applicables. En effet, la Cour de cassation exige que pour agir en justice au nom de l'employeur, un salarié doit justifier d'une délégation de pouvoirs en ce sens, y compris si ce salarié exerce les fonctions de directeur des ressources humaines (Cass. soc., 1<sup>er</sup> févr. 2017, n<sup>o</sup> 16-15.899).

### Prorogation à titre transitoire du mandat des conseillers prud'hommes sortants

L'article 452 du code de procédure civile prévoit que le jugement prononcé en audience doit être rendu par l'un des juges qui en ont délibéré, même en l'absence des autres.

La jurisprudence interprète strictement cette règle. Lorsque le jugement a été prononcé par un magistrat qui n'a participé ni aux débats ni au délibéré, il doit être annulé (Cass. soc., 12 juill. 1999, n<sup>o</sup> 97-42.485).

Les magistrats composant la juridiction lors du prononcé de la décision sont présumés en avoir délibéré (Cass. soc., 29 avr. 1980, n<sup>o</sup> 78-41.094). Mais lorsque, en l'état des mentions, tant du jugement que de la feuille d'audience, il n'en résulte pas que le juge qui a prononcé cette décision en avait délibéré, celle-ci est entachée d'irrégularité et doit, en conséquence, être annulée (Cass. soc., 3 juill. 1991, n<sup>o</sup> 88-43.872).

Une règle procédurale difficile à mettre en œuvre dans les juridictions paritaires (dont les conseils de prud'hommes font partie) au moment des nouvelles désignations de magistrats.

Au 1<sup>er</sup> janvier 2018, les nouveaux conseillers prud'hommes désignés succéderont aux anciens conseillers élus. Compte tenu des importants délais de délibéré dans les conseils de prud'hommes (CPH), de nombreuses affaires auront été jugées devant une ancienne formation du CPH, et devront ainsi donner lieu à des réouvertures de débats devant le CPH renouvelé. Pour éviter une telle situation, le mandat des conseillers prud'hommes sortants est prolongé jusqu'au 31 mars 2018 pour leur permettre de rendre les décisions dans les affaires antérieurement débattues devant eux.

**Remarque :** cette prorogation va dans le sens de la note de service du 21 février 2017 prise par le garde des Sceaux. Celui-ci demandait aux présidents des conseils de prud'hommes de tenir compte à la fois du délai moyen de délibéré, et de l'importance du renouvellement des conseillers de prud'hommes dans leurs juridictions pour organiser l'audiencement des affaires à compter du mois de septembre 2017. Ceci afin d'éviter un nombre trop important de réouvertures de débats postérieurement à l'installation des nouveaux conseillers (Note du 21 févr. 2017 relative à la mise en délibéré des décisions rendues en matière prud'homale, NOR : JUSB1704556N).

Cette mesure est d'application immédiate. Elle s'applique à compter du 24 septembre 2017.

### Le cumul du mandat de conseiller prud'hommes avec d'autres mandats

Si le cumul des fonctions de juge consulaire ou de juré avec le mandat de conseiller prud'hommes est expressément écarté (C. com., art. L. 257, 2<sup>o</sup>), aucun texte n'interdit le cumul des fonctions de conseiller prud'hommes avec les fonctions d'assesseur du tribunal des affaires de sécurité sociale et des tribunaux du contentieux de l'incapacité.

En pratique, ce cumul est fréquent et n'a jamais donné lieu à contestation. Il existe toutefois un doute issu de l'article L. 144-1 du code de la sécurité sociale qui exige d'un assesseur qu'il remplisse les conditions d'aptitude pour être juré, ce qui n'est pas possible pour un conseiller prud'hommes (C. pr. pén., art. 257, al. 2).

Le législateur est intervenu pour lever ce doute et affirmer la légitimité de ce cumul à l'article L. 218-4 du code de l'organisation judiciaire. Mais cet article n'entrera en vigueur qu'au 1<sup>er</sup> janvier 2019.

Dans la perspective du prochain renouvellement des conseils de prud'hommes, le risque existe donc de voir démissionner des assesseurs qui souhaitent se voir désigner conseiller prud'hommes. Pour éviter une telle situation, l'article 37 de l'ordonnance lève immédiatement l'incompatibilité de cumul entre le mandat de conseiller prud'hommes et ceux d'assesseur du tribunal des affaires de sécurité sociale et d'assesseur du tribunal du contentieux de l'incapacité posé par l'article L. 144-1 du code de la sécurité sociale (précité). Cette mesure est d'application immédiate. Elle s'applique à compter du 24 septembre 2017.

## Réduction du délai de recours en cas de rupture du contrat de travail

### Un délai de droit commun réduit de moitié

#### ■ Un nouveau délai de droit commun

Le délai de prescription est le délai dans lequel il faut agir pour revendiquer un droit. Il est parfois fixé par des textes spécifiques. A défaut, c'est le délai de droit commun qui s'applique.

Jusqu'à présent, selon l'article L. 1471-1 du code du travail, le délai de droit commun était de 24 mois et concernait les actions portant sur l'exécution ou la rupture du contrat de travail.

L'article 6 de l'ordonnance précitée réécrit cet article en introduisant une distinction entre l'action portant sur l'exécution du contrat de travail et celle portant sur sa rupture. Si la première se prescrit toujours par 24 mois, l'action portant sur la rupture du contrat de travail se prescrit désormais par 12 mois à compter de la notification de cette dernière (C. trav., art. L. 1471-1, al. 2).

En d'autres termes, un salarié qui entend contester la rupture de son contrat travail en justice a donc 12 mois pour agir. Au-delà, sa demande sera jugée irrecevable.

**Remarque :** ce nouveau délai de prescription vaut pour les actions engagées tant par le salarié que par l'employeur ; mais on sait que c'est le salarié qui agit quasi exclusivement devant le conseil de prud'hommes.

#### > De 30 ans à 12 mois en à peine 9 ans

Cette réduction du délai de prescription en matière de rupture du contrat de travail fait suite à deux autres réformes intervenues en 2008 et en 2013. La première avait réduit le délai de droit commun des prescriptions de 30 ans à 5 ans, la seconde issue de la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 avait raccourci le délai de 5 à 2 ou 3 ans selon l'action considérée.

### ■ Un délai de prescription harmonisé

L'article 5 de l'ordonnance précitée réécrit également l'article L. 1235-7 du code du travail relatif à la prescription de l'action en matière de licenciement pour motif économique. Désormais, toute contestation portant sur le licenciement pour motif économique se prescrit par douze mois à compter de la dernière réunion du comité social et économique ou, dans le cadre de l'exercice par le salarié de son droit individuel à contester le licenciement pour motif économique, à compter de la notification de celui-ci. Ce délai n'est opposable au salarié que s'il en a été fait mention dans la lettre de licenciement (C. trav., art. L. 1235-7 mod.).

Cette nouvelle rédaction ne fait plus référence à la contestation portant sur « la régularité ou la validité du licenciement » de l'article L. 1237-5 qui ne révolutionne pas la matière ; elle intègre les évolutions jurisprudentielles et légales restreignant le champ d'application de cet article.

En effet, dès 2010, la Cour de cassation considérait que le délai de 12 mois prévu par l'article L. 1237-5 n'était applicable qu'aux contestations susceptibles d'entraîner la nullité de la procédure de licenciement collectif pour motif économique en raison de l'absence ou de l'insuffisance du PSE. Il en résultait que l'action du salarié en contestation du motif économique de la rupture de son contrat était soumise à la prescription de droit commun (Cass. soc., 15 juin 2010, n° 09-65.062).

Par la suite, la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 a entièrement revu la procédure de contestation portant sur les PSE et l'a soumise à des règles nouvelles propres au contentieux administratif. Mais elle a maintenu la partie de l'article L. 1237-5 relative au champ de l'action (régularité ou validité) sans en modifier la teneur alors que le contentieux portant sur le PSE était transféré au juge administratif avec un délai de prescription réduit (2 mois).

Désormais, l'article L. 1237-5 dispose que « toute contestation sur le licenciement économique se prescrit par 12 mois ». Les modifications apportées à cet article par l'ordonnance ne procèdent donc que d'une mise en conformité.

### Champ d'application de ce nouveau délai

#### ■ Demandes concernées

Sauf exception expressément prévue, toute action portant sur la rupture du contrat de travail est soumise à ce délai de prescription de 12 mois (C. trav., art. L. 1471-1, al. 3 mod.).

S'agissant du licenciement pour motif personnel, sont visées les demandes indemnitaires suivantes :

- demandes en dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ;
- demandes en dommages-intérêts pour manquement à la procédure de licenciement ;
- indemnités légales ou conventionnelles de licenciement ;

- indemnités de préavis,
- indemnités pour préjudice subi...

S'agissant du licenciement pour motif économique, sont visées les demandes indemnitaires précitées auxquelles il faut ajouter les demandes indemnitaires relatives :

- à la procédure de licenciement pour motif économique (licenciement individuel et licenciement collectif hors PSE) ;
- à l'application individuelle des mesures du PSE ;
- à l'action du salarié lorsque le juge administratif a annulé la décision de validation ou d'homologation du PSE ou lorsque le licenciement a été prononcé en l'absence de décision de validation ou d'homologation du PSE ;
- à l'application des critères d'ordre des licenciements.

Sont également concernées :

- les demandes de paiement d'une indemnité pour rupture anticipée d'un contrat à durée déterminée ;
- les demandes tendant à la requalification d'un contrat à durée déterminée (CDD) en contrat à durée indéterminée (CDI) ;
- les demandes indemnitaires consécutives à une rupture du contrat de travail intervenue dans le cadre d'une rupture conventionnelle collective (C. trav., art. L. 1237-19-8 créé) ;
- la demande portant sur la délivrance d'un document relatif à la rupture du contrat de travail (certificat de travail, attestation Pôle emploi).

### ■ Demandes exclues

Ne sont pas concernées par ce nouveau délai de prescription de 12 mois, les actions :

- en réparation d'un dommage corporel causé à l'occasion de l'exécution du contrat de travail (10 ans) ;
- en matière de discrimination ou de harcèlement (5 ans) ;
- en contestation de la décision de la Direccte de valider ou homologuer l'accord collectif ou le document unilatéral dans le cadre de licenciements avec PSE (2 mois) ;
- en contestation des sommes indiquées sur le reçu pour solde de tout compte (6 mois).

## Point de départ

### ■ 12 mois à compter de la notification de la rupture

Le délai de prescription de l'action en contestation de la rupture court à compter de la notification de celle-ci (C. trav., art. L. 1471-1 mod.).

S'agissant du licenciement pour motif économique, le délai de 12 mois court, comme auparavant, à compter

de la dernière réunion du comité social et économique ou, dans le cadre de l'exercice par le salarié de son droit individuel à contester le licenciement pour motif économique, à compter de la notification de celui-ci (C. trav., art. L. 1235-7 mod.).

Précisons que les règles spécifiques à certaines ruptures sont conservées. Ainsi :

- s'agissant de la rupture du contrat de travail liée à l'adhésion du salarié au contrat de sécurisation professionnelle (CSP) : le délai de 12 mois court à compter de l'adhésion du salarié à ce dispositif (C. trav., art. L. 1233-67) ;
- s'agissant de la rupture conventionnelle : le délai court à compter de la date d'homologation (C. trav., art. L. 1237-14).

Il en va de même pour l'action portant sur la rupture du contrat intervenant dans le cadre d'une rupture conventionnelle collective. Cette dernière se prescrit par 12 mois à compter de la date de la rupture.

### > L'imbricatio de l'opposabilité du délai de prescription en matière de licenciement pour motif économique

L'article L. 1235-7 du code du travail dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance précitée précisait que le délai de prescription de 12 mois n'était opposable au salarié que s'il en avait été fait mention dans la lettre de licenciement. En l'absence d'une telle indication, l'action du salarié se prescrivait selon le délai de prescription de droit commun alors applicable, à savoir 24 mois.

Désormais, ce délai de droit commun est réduit à 12 mois. Dès lors, il convient de s'interroger sur la pertinence du maintien cette indication dans la lettre de licenciement. Mais, malgré tout, il est vivement recommandé aux employeurs de la mentionner tant que le législateur ou la jurisprudence n'a pas clairement mis un terme à cette incongruité.

### ■ Les principaux délais de prescription relatifs à la rupture du contrat de travail

Le tableau ci-après fait état des différents délais de prescription applicables aux actions liées à la rupture du contrat de travail. Il s'agit des actions pouvant être portées devant le juge judiciaire, à savoir le conseil de prud'hommes. Précisons que d'autres délais de prescription sont applicables devant le juge administratif s'agissant du contentieux relatif au PSE (C. trav., art. L. 1235-7-1) ou de l'accord portant rupture conventionnelle d'un commun accord (C. trav., art. L. 1237-19-8).

Objet de l'action	Délais de prescription	Point de départ	Code du travail
Dénonciation du reçu pour solde de tout compte	6 mois	A compter de signature du reçu	C.trav., art. L 1234-20
Contestation du motif et de la procédure de licenciement non économique	12 mois (ancien délai 24 mois)	A compter de la notification du licenciement	C.trav., art. L. 1471-1
Contestation du motif et de la procédure de licenciement économique sans PSE	12 mois (ancien délai 24 mois)	A compter de la dernière réunion du CSE ou de la notification du licenciement dans le cadre de l'exercice par le salarié de son droit individuel à contester le licenciement	C.trav., art. L. 1235-7
Contestation du motif économique (licenciement avec PSE)	12 mois (ancien délai 24 mois)	A compter de la dernière réunion du CSE ou de la notification du licenciement dans le cadre de l'exercice par le salarié de son droit individuel à contester le licenciement	C.trav., art. L.1235-7
Action relative à l'application des mesures du PSE	12 mois (ancien délai 24 mois)	A compter de la dernière réunion du CSE ou de la notification du licenciement dans le cadre de l'exercice par le salarié de son droit individuel à contester le licenciement	C.trav., art. L.1235-7
Contestation de l'application des critères d'ordre du licenciement économique	12 mois (ancien délai 24 mois)	A compter de la dernière réunion du CSE ou de la notification du licenciement dans le cadre de l'exercice par le salarié de son droit individuel à contester le licenciement	C.trav., art. L.1235-7
Action en paiement de l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement (économique ou non)	12 mois (ancien délai 24 mois)	A compter de la notification de la rupture	C.trav., art. L.1235-7 C.trav., art. L. 1471-1
Action tendant à l'application des mesures prévues dans l'accord portant rupture conventionnelle collective	12 mois	A compter de la date de la rupture du contrat de travail	C.trav., art. L. 1237-19-8
Contestation portant sur une rupture conventionnelle	12 mois	A compter de la date d'homologation	C. trav., art. L. 1237-14
Contestation de la rupture suite à l'adhésion au CSP	12 mois	A compter de l'adhésion du salarié au CSP	C.trav., art. L.1233-67
Action en paiement d'une indemnité pour rupture anticipée	12 mois (ancien délai 24 mois)	A compter de la rupture	C.trav., art. L.1471-1
Contestation relative à un CDD dont la requalification du CDD	12 mois (ancien délai 24 mois)	A la date du dernier jour de présence chez son employeur	C.trav., art. L.1471-1
Action pour obtenir délivrance d'un document lié à la rupture du contrat (attestation Pôle emploi, certificat de travail)	12 mois (ancien délai 24 mois)	A compter de la notification de ma rupture	C.trav., art. L.1471-1
Salaires et autres créances salariales	3 ans	A compter du jour où le salarié a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'exercer son droit	C.trav., art. L.1471-1
Faits de harcèlement sexuel ou moral	5 ans	A compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer	C.trav., art. L.1471-1
Discrimination	5 ans	A compter de la discrimination	C.trav., art. L.1134-5

## Entrée en vigueur

Il convient de distinguer, conformément à l'article 40, II de l'ordonnance, deux cas de figure.

En l'absence d'instance introduite devant les tribunaux, ce nouveau délai de prescription s'applique aux prescriptions en cours à compter de la date de publication de l'ordonnance, à savoir le 23 septembre

2017 sans que la durée totale de la prescription puisse excéder la durée prévue par la loi antérieure.

**Exemple :** si un salarié a été licencié pour motif personnel le 1<sup>er</sup> juin 2017, il voit son action prescrite en juin 2018. A l'inverse, un salarié licencié en décembre 2015, voit sa prescription prendre fin en décembre 2017 (il ne gagne pas une année supplémentaire).

S'agissant des instances introduites avant la publication de l'ordonnance, elles sont soumises à l'ancien délai de prescription, y compris en appel et en cassation.



# Inaptitude au travail : les nouvelles retouches

Pour remédier aux incertitudes générées par la dernière réforme sur l'inaptitude, le gouvernement a recadré l'obligation de reclassement et revu la procédure de contestation de l'avis d'inaptitude. Mais ces retouches comportent des incohérences et suscitent des interrogations.

## Une obligation de reclassement plus restreinte

### Contexte

La clarification de l'obligation de reclassement d'un salarié déclaré inapte, prévue par la loi d'habilitation du 15 septembre 2017, se traduit par la restriction du périmètre de la recherche de reclassement (C. trav., art. L. 1226-2 et L. 1226-10 mod.) :

- la recherche de reclassement se limite désormais au territoire national ;
- la notion de groupe déterminant le périmètre du reclassement est définie de manière plus restrictive qu'avant le 24 septembre 2017 : il est désormais fait référence au groupe tel qu'il est défini pour le comité de groupe à l'article L. 2331-1, c'est-à-dire un groupe avec des liens capitalistiques (v. encadré p. 84).

### Recherche de reclassement limitée au territoire national

Avant le 24 septembre 2017, lorsque l'entreprise appartenait à un groupe multinational, l'employeur devait rechercher des postes de reclassement dans l'ensemble du groupe, y compris dans les entreprises situées à l'étranger (Cass. soc., 9 janv. 2008, n° 06-44.407), sauf si le salarié avait fait savoir qu'il n'était pas intéressé par des postes éloignés de son domicile (Cass. soc., 8 févr. 2007, n° 15-22.964).

Depuis le 24 septembre 2017, l'obligation de reclassement est limitée au territoire national (C. trav., art. L. 1226-2 et L. 1226-10 mod.).

**Remarque :** pour le salarié frontalier, cette règle peut conduire à une solution incongrue. L'employeur devra lui proposer tous les postes disponibles de l'entreprise ou des entreprises du groupe implantée(s) sur le territoire national même s'ils sont éloignés du lieu de travail initial alors que des postes situés à proximité mais hors du territoire national auraient pu mieux convenir au salarié.

### Recherche de reclassement limitée au groupe stricto sensu

#### Distinction à opérer selon que le groupe est français ou non

Lorsque l'entreprise appartient à un groupe, l'employeur doit rechercher un autre emploi dans toutes les entreprises du groupe.

Jusqu'à maintenant, le code du travail ne définissait pas la notion de groupe ; c'était la jurisprudence qui déterminait ce qu'il fallait entendre par « groupe » et elle retenait une notion très large. Ainsi, les possibilités de reclassement devaient être effectuées « au sein d'entreprises qui ont des liens étroits entre elles, y compris si elles n'appartiennent pas à un groupe dès lors qu'une permutation de leur personnel est possible ». Ce qui pouvait inclure, non seulement les entreprises appartenant à un groupe au sens strict défini par l'article L. 2331-1 du code du travail, c'est-à-dire au sens capitalistique mais aussi un ensemble d'entreprises simplement « partenaires » tels que les réseaux de franchise, les groupements d'intérêt économique, les fédérations...

Depuis le 24 septembre 2017, le code du travail distingue, pour définir le groupe et donc le périmètre du reclassement, selon que le siège social de l'entreprise dominante est en France ou non et selon que l'inaptitude est d'origine professionnelle ou non.

En cas d'inaptitude professionnelle :

- si le siège social de l'entreprise dominante est situé en France, le groupe est défini conformément au I de l'article L. 2331-1 du code du travail (v. encadré p. 84) ;
- si le siège social de l'entreprise dominante est situé à l'étranger, le groupe est constitué par « l'ensemble des entreprises implantées sur le territoire français » (C. trav., art. L. 1226-10 mod.) ;

En cas d'inaptitude non professionnelle, « le groupe est défini, lorsque le siège social de l'entreprise dominante est situé sur le territoire français, conformément au I de l'article L. 2331-1 » (C. trav., art. L. 1226-2 mod.).

La référence au groupe tel que défini à l'article L. 2331-1 du code du travail (v. encadré ci-après) s'applique uniquement aux groupes dont le siège social de l'entreprise dominante est situé sur le territoire français en cas d'inaptitude d'origine professionnelle et à tous les groupes, qu'ils soient français ou étrangers, en cas d'inaptitude non professionnelle. Une double distinction qui laisse perplexe.

Selon toute vraisemblance, la différence de rédaction entre l'article L. 1226-2 [(in)aptitude non professionnelle] et l'article L. 1226-10 [(in)aptitude non professionnelle] est involontaire et devrait être corrigée par la loi de ratification qui devrait être débattue en novembre. Le contenu de l'article L. 1226-2 devrait s'aligner sur celui de l'article L. 1226-10. Mais en attendant, il y a lieu d'appliquer les textes en l'état.

**> Le groupe, au sens de l'article L. 2331-1 du code du travail**

Le groupe défini à l'article L. 2331-1 du code du travail concernant les comités de groupe correspond à « une structure formée par une entreprise dominante dont le siège social est situé sur le territoire national et les entreprises qu'elle contrôle ». Selon cet article, l'entreprise est dominante lorsqu'elle contrôle d'autres entreprises dans les conditions définies par les articles L. 233-1 (définition des filiales, c'est-à-dire sociétés détenues à plus de 50 %), L. 233-3 (critères d'une société considérée comme contrôlant une autre) et L. 233-16 (critère du contrôle exclusif d'une société par une autre) du code du commerce. Elle est également dominante lorsque l'entreprise exerce une influence dominante sur une autre entreprise (en nommant plus de la moitié des organes de direction, en disposant de la majorité des voix ou en détenant la majorité du capital souscrit) et dont elle détient au moins 10 % du capital.

## Les différents cas de figure

À la lecture des articles L. 1226-2 et L. 1226-10 du code du travail (modifiés par l'ordonnance n° 2017-1387), plusieurs cas de figure doivent être distingués pour déterminer le périmètre de l'obligation de reclassement lorsque l'entreprise appartient à un groupe.

### ■ En cas d'inaptitude professionnelle

En cas d'inaptitude professionnelle, trois situations peuvent être distinguées :

– si l'entreprise appartient à un groupe, au sens du comité de groupe de l'article L. 2331-1 du code du travail, dont l'entreprise dominante est en France, la recherche de reclassement s'effectue dans toutes les entreprises du groupe installées en France ;

– si l'entreprise appartient à un groupe qui ne répond pas aux critères de L. 2331-1 du code du travail (c'est-à-dire un ensemble d'entreprises « partenaires » au sein desquelles il y a permutation du personnel) dont l'entreprise dominante est en France, la recherche de reclassement n'est plus étendue au groupe mais est limitée à l'entreprise où est affecté le salarié ;

**Remarque :** il peut s'agir, d'un réseau de franchise, de fédération, d'association où il n'y a pas de lien capitalistique entre les entreprises mais où il y a une permutation du personnel.

– si l'entreprise appartient à un groupe dont le siège social de l'entreprise dominante est à l'étranger, qu'il s'agisse d'un groupe au sens du comité de groupe ou d'un groupe au sens large, la recherche de reclassement est étendue à l'ensemble des entreprises du groupe implantées en France.

**Remarque :** il ne faut pas oublier que, quelle que soit la notion de groupe retenue, « la recherche de reclassement doit s'effectuer dans les entreprises du groupe implantées sur le territoire français et dont l'organisation, les activités ou le lieu d'exploitation assurent la permutation de tout ou partie du personnel » (C. trav., art. L. 1226-10, al. 1 mod.).

### ■ Inaptitude non professionnelle

En cas d'inaptitude non professionnelle, le groupe est défini par référence au comité de groupe, quelle que soit l'implantation du siège social du groupe. Il n'est pas fait de distinction selon que l'entreprise dominante est en France ou non.

L'obligation de reclassement s'étend aux entreprises du groupe uniquement s'il s'agit d'un groupe au sens du comité de groupe défini à l'article L. 2331-1 du code du travail. Pour celles qui sont liées entre elles par d'autres liens que ceux prévus à l'article L. 2331-1 du code du travail, l'obligation de reclassement se limite aux postes de l'entreprise où est affecté le salarié.

**Remarque :** rappelons que cette distinction entre inaptitude d'origine professionnelle et inaptitude professionnelle est sans doute due à une erreur de rédaction qui pourrait être corrigée par la loi de ratification prévue pour novembre.

## Maintien du critère de « permutabilité du personnel »

Il est désormais inscrit dans le code du travail que la recherche de reclassement s'effectue dans les entreprises du groupe « dont l'organisation, les activités ou le lieu d'exploitation assurent la permutation de tout ou partie du personnel » (C. trav., art. L. 1226-2 et L. 1226-10 mod.).

Ce critère de la permutabilité du personnel fixant le périmètre de la recherche de reclassement est un critère repris de la jurisprudence (Cass. soc., 25 mars 2009, n° 07-41.708 ; Cass. soc., 15 févr. 2011, n° 09-67.354), sauf que désormais il ne s'applique plus pour définir la notion de groupe mais pour restreindre la recherche de reclassement au sein du groupe aux seuls postes « permutable ».

**Remarque :** à titre de rappel, la Cour de cassation utilisait le critère de la permutation du personnel pour élargir la recherche de reclassement à l'ensemble d'entreprises partenaires où il y a permutation du personnel (Cass. soc., 17 mai 2016, n° 14-21.322) et non seulement aux entreprises appartenant à un groupe au sens strict.

## Date d'entrée en vigueur

Ces modifications portant sur le périmètre de l'obligation de reclassement sont entrées en vigueur, à défaut de précisions dans l'ordonnance n° 2017-1387, depuis le 24 septembre 2017, lendemain de sa publication.

**Remarque :** en effet, l'article 40 de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 fixant les dates d'entrée en vigueur des différentes dispositions de l'ordonnance ne prévoit rien sur l'article 7 et cet article ne nécessite pas de décret pour être applicable. Les nouvelles règles sur le périmètre de l'obligation de reclassement s'appliquent donc immédiatement.

Comme c'est l'avis d'inaptitude l'élément déclencheur de la procédure de reclassement, on peut penser que c'est la date de la notification de l'avis d'inaptitude qui fixe la réglementation applicable. En conséquence, les nouvelles règles sur l'obligation de reclassement sont applicables, à notre avis, pour les salariés dont l'avis d'inaptitude a été notifié à compter du 24 septembre 2017.

# La contestation de l'avis d'(in)aptitude corrigée

## Contexte

La procédure de contestation de l'avis d'(in)aptitude a été réformée depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2017 par la loi Travail du 8 août 2016 : depuis cette date, le recours formé par l'employeur et le salarié n'est plus porté devant l'inspecteur du travail mais devant le conseil de prud'hommes.

**Remarque :** plus précisément, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2017, si le salarié ou l'employeur conteste les éléments de nature médicale des avis et mesures pris par le médecin du travail, il doit saisir le conseil des prud'hommes d'une demande de désignation d'un médecin expert inscrit sur la liste des experts près la cour d'appel (C. trav., art. L. 4624-7).

Face aux critiques portées sur cette nouvelle procédure, du fait des difficultés pratiques de sa mise en œuvre (manque de médecin expert, procédure payante, incertitudes juridiques sur l'étendue et la portée de l'expertise...), l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 a apporté quelques correctifs.

**Remarque :** à titre de rappel, cette procédure de contestation concerne non seulement les avis d'(in)aptitude mais aussi les propositions, les conclusions écrites ainsi que les indications émises par le médecin du travail.

Mais ces correctifs sont loin de résoudre les difficultés et les incohérences soulevées par la nouvelle procédure de contestation (C. trav., art. L. 4624-7 mod.).

## Suppression de la désignation d'un médecin expert

Par manque de médecins experts en médecine du travail inscrits sur les listes des cours d'appel, les conseils de prud'hommes ne pouvaient pas toujours désigner un médecin expert. Le recours contre l'avis d'(in)aptitude pouvait donc conduire à une

impossibilité d'examiner la demande de contestation. Il était urgent de remédier à cette situation.

A compter du 1<sup>er</sup> janvier 2018 (ou avant si les décrets d'application de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 sont publiés avant le 1<sup>er</sup> janvier 2018), la contestation des éléments de nature médicale justifiant les avis du médecin du travail relèvera toujours du conseil de prud'hommes. Mais il ne s'agira plus de saisir le conseil de prud'hommes pour qu'il désigne un médecin expert. C'est le conseil de prud'hommes lui-même, en la forme des référés, qui exécutera la mesure d'instruction, c'est-à-dire qui recherchera si les éléments de nature médicale qui ont justifié l'avis d'(in)aptitude rendu par le médecin du travail sont exacts ou non.

Le conseil de prud'hommes, pour prendre sa décision, pourra confier toute mesure d'instruction au médecin inspecteur du travail territorialement compétent pour l'éclairer. Celui-ci, pourra, le cas échéant, s'adjoindre le concours de tiers (C. trav., art. L. 4624-7).

**Remarque :** à noter que le recours à un médecin (médecin du travail, médecin expert, médecin inspecteur du travail) n'est pas exigé. Toutefois, le recours à un expert en médecine semble indispensable pour que les juges se prononcent sur la pertinence des éléments de nature médicale retenus par le médecin du travail pour justifier l'avis.

## Contestation toujours limitée aux éléments de nature médicale

Comme dans la procédure antérieure à l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, la contestation d'un avis d'(in)aptitude devant le conseil de prud'hommes ne peut porter que sur les éléments de nature médicale justifiant les avis, propositions, conclusions écrites ou indications émis par le

médecin du travail (C. trav., art. L. 4624-7 mod.). On attendait des précisions sur la notion « d'éléments de nature médicale » voire la suppression de cette notion mais l'ordonnance a laissé le texte en l'état.

Limiter le recours contre l'avis d'(in)aptitude aux seuls éléments de nature médicale pose un problème d'interprétation et un vide juridique que ne règle pas l'ordonnance n° 2017-1385 (pour plus de détails, v. encadré ci-après).

#### > Inaptitude au travail : les problèmes non résolus par l'ordonnance

Le recours contre l'avis d'inaptitude doit-il être restreint à l'appréciation de l'état de santé du salarié qui a servi de base à l'avis du médecin ou concerne-t-il aussi l'appréciation du médecin du travail sur l'aptitude du salarié en considérant que l'avis d'inaptitude est un avis médical ? La première option limiterait le recours au diagnostic du médecin du travail sur l'état de santé du salarié (par exemple tendinite, fracture...). Dans la seconde option, ne seraient exclus du recours que les éléments de procédure ou de formalisme qui n'auraient pas été respectés (absence d'étude de poste, mentions de l'avis incomplètes ou erronées...).

L'avis d'(in)aptitude délivré par le médecin du travail est couvert par le secret médical ; il ne précise pas la pathologie ou les blessures du salarié justifiant l'avis. Les considérations médicales expliquant la décision du médecin du travail sont donc difficilement contestables.

Le conseil de prud'hommes est-il légitime pour connaître et apprécier les éléments de nature médicale justifiant un avis d'(in)aptitude du médecin du travail, le recours au médecin inspecteur du travail n'étant pas systématique ?

Quelle procédure suivre pour contester les éléments de nature non médicale de l'avis d'inaptitude ? Rien n'est prévu dans le code du travail. A notre avis, il n'est pas possible de contester directement le seul avis d'(in)aptitude lorsque des éléments de nature non médicale n'ont pas été respectés. L'avis d'inaptitude étant une décision du médecin du travail, sa contestation ne relève pas du conseil de prud'hommes. Sa contestation ne relève pas non plus du tribunal administratif car il ne s'agit pas d'une décision administrative, le médecin du travail n'étant pas une autorité administrative. En revanche, si cet avis a conduit à un licenciement, le salarié pourra contester ce licenciement si l'avis d'inaptitude n'est pas régulier. L'employeur pourra alors engager la responsabilité civile du médecin du travail s'il est fautif (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 27 nov. 2013, n° 12-25.242).

Pour plus de détails sur la réforme de l'inaptitude au travail, le lecteur peut consulter le Bulletin spécial n° 997-1 édité par les Éditions législatives.

## Possibilité pour l'employeur de mandater un médecin

A la demande de l'employeur, les éléments médicaux ayant fondé les avis, propositions, conclusions écrites ou indications émis par le médecin du travail peuvent être notifiés au médecin que l'employeur mandate à cet effet. Le salarié est informé de cette notification (C. trav., art. L. 4624-7 mod.).

**Remarque :** en raison du secret médical, le recours par l'employeur à un médecin est le seul moyen pour avoir accès au dossier médical et lui permettre de contester les éléments médicaux justifiant l'avis d'(in)aptitude.

## Substitution de l'avis d'(in)aptitude initiale par la décision prud'homale

La décision de la formation de référé se substitue aux avis, propositions, conclusions écrites ou indications contestés (C. trav., art. L. 4624-7 mod.).

L'ordonnance n° 2017-1387 corrige un écueil de la réforme issue de la loi du 8 août 2016 qui prévoyait que la décision de référé se substituait aux seuls éléments de nature médicale justifiant l'avis d'(in)aptitude contesté. Désormais, la décision de la formation de référé se substitue à l'ensemble de l'avis. Ce qui implique que le conseil de prud'hommes délivre un avis d'(in)aptitude avec effet rétroactif. Il n'est donc pas nécessaire, comme c'était le cas auparavant, de saisir à nouveau le médecin du travail pour qu'il délivre un nouvel avis.

**Remarque :** cette solution de substitution de l'avis d'(in)aptitude était celle prévue dans le régime du recours antérieur au 1<sup>er</sup> janvier 2017 : l'appréciation de l'inspecteur du travail se substituait à l'avis du médecin du travail (CE, 31 juill. 2015, n° 383383).

## Frais d'instruction et d'honoraires

Les honoraires et frais liés à la mesure d'instruction sont mis à la charge de la partie perdante, à moins que le conseil de prud'hommes, par décision motivée, n'en mette la totalité ou une fraction à la charge de l'autre partie. Le tarif sera fixé par arrêté (C. trav., art. L. 4624-7 mod.).

La procédure de contestation de l'avis reste payante ; il faut régler les frais d'expertise et les frais de justice. En principe c'est le demandeur, c'est-à-dire celui qui saisit le conseil de prud'hommes pour contester l'avis d'(in)aptitude qui règle les frais. Mais le conseil de prud'hommes peut décider de ne pas mettre ces frais à la charge du demandeur qui n'a pas obtenu gain de cause mais à la charge de l'autre partie. Qui est l'autre partie ? Ce n'est pas le médecin du travail car l'article L. 4624-7 précise qu'il n'est pas partie au litige. A notre avis, ce ne devrait pas être non plus l'employeur car ce n'est pas lui qui a rendu l'avis d'inaptitude, sauf à dire qu'artificiellement il est désigné comme « l'autre partie » !

## Date d'entrée en vigueur

Les modifications apportées à la procédure de contestation de l'avis d'(in)aptitude entrent en vigueur à la date de publication du décret d'application prévu à l'article 8, V de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, et au plus tard le 1<sup>er</sup> janvier 2018 (Ord. n° 2017-1387, 22 sept. 2017, art. 40, X). Comme

c'est l'avis d'(in)aptitude l'élément déclencheur de la procédure de contestation, on peut penser que c'est la date de notification de l'avis d'inaptitude qui fixera la réglementation applicable : l'avis d'inaptitude notifié avant la date de publication du décret d'application, restera soumis à la procédure de contestation actuelle ; l'avis d'inaptitude notifié après cette date sera soumis à la nouvelle procédure.

## Tableau comparatif

Le tableau ci-après synthétise les changements apportés par l'ordonnance n° 2017-1387 sur la procédure de contestation de l'avis d'(in)aptitude.

Avant le 1 <sup>er</sup> janvier 2018	A compter du 1 <sup>er</sup> janvier 2018
L'employeur ou le salarié qui conteste l'avis d'(in)aptitude doit saisir en la forme des référés le conseil de prud'hommes d'une demande de désignation d'un médecin expert (C. trav., art. L. 4624-7).	C'est toujours le conseil de prud'hommes, en la forme des référés, qui est compétent mais désormais il n'a pas à désigner un médecin expert.
La contestation ne peut porter que sur les éléments de nature médicale justifiant les avis, propositions, conclusions écrites ou indications émis par le médecin du travail.	Inchangé
La formation de référé peut charger le médecin inspecteur du travail d'une consultation relative à la contestation.	Inchangé : « La formation de référé peut confier toute mesure d'instruction au médecin inspecteur du travail pour l'éclairer ».
La formation de référé peut décider de ne pas mettre les frais d'expertise à la charge de la partie perdante, dès lors que l'action en justice n'est pas dilatoire ou abusive.	Les honoraires et frais liés à la mesure d'instruction sont mis à la charge de la partie perdante, à moins que la formation de référé, par décision motivée, n'en mette la totalité ou une fraction à la charge de l'autre partie. Ils sont réglés d'après le tarif fixé par arrêté.
La décision de la formation de référé se substitue aux éléments de nature médicale qui ont justifié les avis, propositions, conclusions écrites ou indications contestés (C. trav., art. R. 4624-45).	La décision de la formation de référé se substitue aux avis, propositions, conclusions écrites ou indications contestés par le médecin du travail (C. trav., art. L. 4624-7).
Le médecin du travail informé de la contestation n'est pas partie au litige (C. trav., art. R. 4624-45).	Inchangé mais transféré dans la partie légale : « le médecin du travail, informé de la contestation, n'est pas partie au litige » (C. trav., art. L. 4624-7).

## Une indemnité de licenciement modifiée

### Une indemnité de licenciement légale majorée

Lorsque le licenciement est prononcé pour inaptitude non professionnelle, le salarié a droit à l'indemnité légale de licenciement de droit commun ou, si elle est plus favorable, à l'indemnité conventionnelle (Cass. soc., 24 avr. 2001, n° 97-44.104).

**Remarque :** l'indemnité légale est égale, depuis le 27 septembre 2017, à 1/4 de mois de salaire par année d'ancienneté les 10 premières années et, comme auparavant à 1/3 de mois de salaire par année d'ancienneté à partir de 10 ans d'ancienneté (C. trav., art. R. 1234-2 mod. par D. n° 2017-1398, 25 sept. 2017 : JO, 26 sept.).

Lorsque le licenciement est prononcé pour inaptitude professionnelle, l'indemnité de licenciement est égale au double de l'indemnité légale de droit commun, ou si elle est plus favorable à l'indemnité conventionnelle, sauf si le salarié a refusé sans motif légitime un poste de reclassement (C. trav., art. L. 1226-14). L'augmentation de l'indemnité légale de droit commun (en deçà de 10 ans d'ancienneté) entraîne automatiquement une augmentation de l'indemnité légale du licenciement pour inaptitude d'origine professionnelle.

**Remarque :** l'indemnité doublée est égale à 1/2 mois de salaire par année d'ancienneté les 10 premières années et reste à 2/3 de mois de salaire par année d'ancienneté à partir de 10 ans d'ancienneté.

## Licenciement abusif : une indemnité minimale divisée par 2

### Une indemnité barémisée en cas d'inaptitude non professionnelle

Jusqu'à maintenant, en cas d'(in)aptitude d'origine non professionnelle, le licenciement sans cause réelle et sérieuse ouvrait droit à une indemnité de licenciement égale à au moins 6 mois de salaires, quels que soient l'ancienneté du salarié et l'effectif de l'entreprise.

Désormais le juge doit appliquer, pour fixer l'indemnité due au salarié, le barème déterminé au nouvel article L. 1235-2 du code du travail : le montant de l'indemnité est compris entre les montants minimaux et maximaux fixés dans ce barème (v. p. 74 et s.).

A noter que, « pour déterminer le montant de l'indemnité, le juge peut tenir compte, le cas échéant, des indemnités de licenciement versées à l'occasion de la rupture » (C. trav., art. L. 1235-3). Cette assertion semble remettre en cause le principe du cumul de l'indemnité pour licenciement abusif avec l'indemnité de licenciement. Le juge pourrait fixer le montant de l'indemnité « en déduisant » tout ou partie de l'indemnité légale.

**Remarque :** jusqu'à maintenant la Cour de cassation posait le principe selon lequel l'indemnité pour licenciement abusif était cumulable avec l'indemnité de licenciement (Cass. soc., 26 janv. 2005, n° 03-40.332). Désormais, le juge pourrait déroger à ce principe. En revanche, la jurisprudence selon laquelle l'indemnité compensatrice de préavis s'ajoute à l'indemnité octroyée en cas de licenciement abusif devrait rester applicable (Cass. soc., 17 mai 2016, n° 14-23.611).

### Une indemnité minimale divisée par 2 en cas d'inaptitude professionnelle

Avant l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, lorsque le licenciement pour (in)aptitude d'origine professionnelle était prononcé en méconnaissance des dispositions relatives au reclassement, le salarié avait droit, lorsqu'il refusait sa réintégration, à une indemnité qui ne pouvait pas être inférieure à 12 mois de salaires (C. trav. anc., art. L. 1226-15).

Cette précision a été supprimée de l'article L. 1226-15 qui dispose désormais que, dans ce cas de figure, « en cas de refus de réintégration par l'une ou l'autre des parties, le juge octroie une indemnité au salarié dont le montant est fixé conformément aux dispositions de l'article L. 1235-3-1 » (C. trav., art. L. 1226-15 mod.). Or l'article L. 1253-3-1 fixe le montant minimal de

l'indemnité octroyée par le juge en cas de nullité du licenciement à 6 mois de salaire.

**Remarque :** cette indemnité concerne également le licenciement abusif pour non réintégration du salarié apte suite à un accident du travail (C. trav., art. L. 1226-15 mod.).

Autrement dit, l'indemnité minimale en cas de licenciement pour inaptitude professionnelle abusive est divisée par 2.

**Remarque :** à noter que cette indemnité pour licenciement abusif se cumule, comme auparavant, avec l'indemnité compensatrice de préavis et l'indemnité spéciale de licenciement (C. trav., art. L. 1226-15 mod.).

#### > Incidences des modifications apportées au licenciement de droit commun

Outre le montant des indemnités de licenciement, les modifications apportées à la procédure du licenciement pour motif personnel par l'ordonnance n° 2017-1387 a des incidences sur le licenciement pour inaptitude. Notamment :

- un modèle de lettre de licenciement pour inaptitude devrait être fixé par décret (C. trav., art. L. 1232-6) ;
- si le motif de licenciement indiqué dans la lettre de licenciement n'est pas assez précis, l'employeur aura désormais la possibilité de le préciser, dans les délais et conditions à fixer par décret. En l'absence de demande de précision par le salarié, l'insuffisance de motivation ne prive plus le licenciement de cause réelle et sérieuse et ouvre droit à une indemnité maximale d'un mois de salaire (C. trav., art. L. 1235-2 mod. par ord. ; n° 2017-1387, art. 4) ;
- la prescription du recours contre le licenciement est de 12 mois à compter de la notification du licenciement (C. trav., art. L. 1235-7 mod. par ord. n° 2017-1387, art. 6). A noter que le délai de prescription pour contester l'avis d'inaptitude est seulement de 15 jours.

## Date d'entrée en vigueur

Le nouveau montant de l'indemnité légale de licenciement s'applique au licenciement pour inaptitude prononcée depuis le 27 septembre 2017, lendemain de la publication du décret d'application (D. n° 2017-1398, 25 sept. 2017, art. 4). En cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, le nouveau barème prévu à l'article L. 1253-3 du code du travail s'applique aux licenciements pour inaptitude prononcés à compter du 24 septembre 2017, lendemain de la publication de l'ordonnance n° 2017-1387 (Ord. n° 2017-1387, 22 sept. 2017, art. 40, l).



# De nouveaux modes de rupture du contrat de travail autonomes

Placés dans le code du travail sous une nouvelle section 4 intitulée « Rupture d'un commun accord dans le cadre d'accords collectifs » au chapitre VII du Titre III du Livre II de la première partie du code du travail portant sur les « Autres cas de rupture », la rupture conventionnelle collective fait son entrée dans le code du travail alors que le congé de mobilité est déplacé et ne figure plus au chapitre III sur le licenciement pour motif économique (le congé de mobilité figurant à la section 6 « Accompagnement social et territorial des procédures de licenciement »). Ces nouveaux modes de rupture sont autonomes : ils sont exclusifs de l'existence d'un motif économique tel que défini par le code du travail.

## Les accords de rupture conventionnelle collective

### Du plan de départ volontaire à la rupture conventionnelle collective

L'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, introduit dans le code du travail un nouveau mode de rupture collectif : la rupture conventionnelle collective.

Désormais, toute entreprise, quel que soit son effectif et, quelle que soit sa situation économique, pourra négocier un cadre commun de départ strictement volontaire excluant tout licenciement pour atteindre son objectif en terme de suppression d'emploi (C. trav., art. L. 1237-19 nouv.). Cet accord collectif portant rupture conventionnelle collective devra être validé par l'administration pour produire tous ses effets au niveau individuel et emporter rupture d'un commun accord du contrat de travail.

La possibilité est donc donnée à l'entreprise de réduire les effectifs sans que cette réduction soit justifiée par un motif économique au sens de l'article L. 1233-3 du code du travail.

Le gouvernement a dans un premier temps, dans son projet d'ordonnance, employé le terme de « plan de départ volontaire (PDV) autonome » pour désigner ce dispositif.

Rappelons que l'on peut classer ces PDV en trois catégories :

– les plans de départs volontaires institués dans le cadre d'un accord collectif portant sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences (GPEC) : ces plans visent à adapter la structure des effectifs aux évolutions économiques et technologiques de l'entreprise ;

– les plans de départs volontaires adossés à un licenciement collectif pour motif économique : dans cette hypothèse, ce plan se conçoit comme un préalable à l'application des critères relatifs à l'ordre des licenciements ; les ruptures de contrat de travail concerneront en priorité les salariés volontaires et les licenciements ne seront prononcés que si le nombre de candidats aux départs s'avère insuffisant ;

– les plans de départs volontaires dits « autonomes » exclusifs de tout licenciement qui ne s'applique que sur la base du volontariat mais vise à supprimer certains emplois sensibles ou en sureffectifs (Cass. soc., 29 oct. 2010, n° 09-15.187).

C'est de ces derniers que s'inspire la nouvelle procédure de rupture collective. La référence dans le projet d'ordonnance au plan de départ volontaire était justifiée au regard de son contenu et de ses effets. Mais cette terminologie n'a pas été reprise dans l'ordonnance définitive. Pourquoi lui avoir préféré le terme « rupture conventionnelle collective » ?

Le souhait du législateur est de marquer une césure avec la procédure de licenciement économique. Ce dispositif étant exclusif de tout licenciement pour motif économique et donc de la mise en œuvre d'un plan de sauvegarde de l'emploi, l'utilisation du terme « plan de départ volontaire autonome » peut créer une certaine confusion, d'autant que les plans de départ volontaire autonome intervenant pour des raisons économiques continuent d'exister.

Malgré ce changement de terminologie, force est de constater que cette nouvelle procédure qualifiée de « rupture conventionnelle collective » emprunte au PDV autonome son cadre juridique (un accord collectif), son contenu (reclassement externe,

notamment) ses modalités de mise en œuvre (l'accord doit être validé par l'administration).

Difficile alors de voir dans ce nouveau dispositif, la simple transposition de la rupture conventionnelle individuelle à un niveau collectif.

## Un dispositif exclusif de tout licenciement

Un accord portant rupture conventionnelle collective peut être conclu lorsqu'il exclut tout licenciement pour atteindre les objectifs qui lui sont assignés en terme de suppression d'emploi (C. trav., art. L. 1237-19 nouv.).

Le choix est ainsi laissé au salarié : celui de quitter ou non l'entreprise. Un tel accord ne peut donc pas être conclu si une fermeture d'usine est envisagée ou si dans un service la totalité des emplois est amenée à disparaître. Cela reviendrait à limiter, voire fausser, le choix du salarié entre un départ volontaire et un licenciement pour motif économique. Une rupture intervenant dans ses conditions serait jugée illicite et il serait reproché à l'employeur d'avoir voulu contourner les règles du licenciement pour motif économique.

Le recours à ce dispositif de rupture collective est donc exclu si l'employeur envisage de procéder à des licenciements si le nombre de candidats au départ n'est pas suffisant par rapport aux suppressions d'emplois envisagées.

> Que se passe-t-il en cas d'insuffisance de candidatures ?

Si l'employeur constate que le nombre de candidats au départ volontaire est inférieur à son objectif initial, il a deux possibilités : soit il en reste là, soit il engage une procédure de licenciement pour motif économique. Dans cette dernière hypothèse, il devra suivre cette procédure à la lettre (existence d'un motif économique tel que défini par le législateur, consultation du CSE, élaboration d'un PSE éventuellement, mise en œuvre du CSP ou du congé de reclassement, priorité de réembauchage).

## Nécessité d'un accord collectif

C'est à l'accord collectif d'entreprise qu'il revient d'encadrer et de sécuriser ces ruptures conventionnelles.

### Contenu de l'accord

L'article 40 de l'ordonnance précise que l'accord de rupture conventionnelle collective sera un accord majoritaire à compter de la date à laquelle cette règle de validité des accords collectifs entrera en vigueur. Cette date est fixée au 1<sup>er</sup> mai 2018 par l'article 11 de

l'ordonnance relative au renforcement de la négociation collective (v. p. 13).

Par conséquent, jusqu'au 30 avril 2018, un accord portant rupture conventionnelle collective devra être signé par des syndicats représentatifs ayant obtenu au moins 30 % des suffrages lors des dernières élections. Après cette date, il devra être signé par des syndicats représentatifs ayant obtenu plus de 50 % des suffrages lors du premier tour des élections.

Précisons que les dispositions relatives aux accords de rupture conventionnelle ne seront applicables qu'à la date de publication des décrets nécessaire à son application (non parus à l'heure où nous rédigeons ces lignes).

L'employeur qui engage une négociation en vue d'un tel accord doit en informer sans délai la Direccte (C. trav., art. L. 1237-19 nouv.).

L'accord collectif doit (C. trav., art. L. 137-19-1) :

- programmer le nombre maximal de départs envisagés, le nombre de suppressions d'emplois associées, et la durée de mise en œuvre de la procédure de rupture conventionnelle collective ;
- fixer les conditions que doit remplir le salarié pour en bénéficier, les critères de départage entre les potentiels candidats au départ ainsi que les modalités de présentation et d'examen des candidatures au départ des salariés, comprenant les conditions de transmission de l'accord écrit du salarié ;

**Remarque :** le projet d'ordonnance envisageait également que l'accord contienne des dispositions sur les conditions de changement d'avis du salarié (possibilité de rétractation). Cette mesure n'est pas reprise dans l'ordonnance définitive.

- définir les modalités de calcul des indemnités de rupture, qui ne peuvent être inférieures à l'indemnité légale de licenciement.

**Remarque :** tout comme la rupture conventionnelle individuelle, le montant minimal de l'indemnité de rupture est celui de l'indemnité légale de licenciement. Il n'est pas fait référence à l'indemnité conventionnelle de licenciement comme c'est le cas dans les plans de départs volontaires autonomes.

- prévoir des mesures visant à faciliter le reclassement externe des salariés sur des emplois équivalents (actions de formation, de validation des acquis de l'expérience ou de reconversion ou des actions de soutien à la création d'activités nouvelles ou à la reprise d'activités existantes par les salariés) ;
- fixer les modalités de suivi et de sa mise en œuvre effective.

### Information du CSE

L'accord fixe également les modalités et conditions d'information du comité social et économique (CSE) (C. trav., art. L. 1237-19-1 nouv.).

Mais attention ! Le CSE n'est consulté ni sur le projet d'accord ni sur le projet de compression d'effectif porté par cet accord. Cette absence de consultation s'explique par les raisons suivantes :

- les projets d'accords collectifs ne sont plus soumis à la consultation du comité d'entreprise depuis la loi

travail de 2016 (C. trav., art. L. 2312-4), une disposition reprise pour le CSE ;

– l'article L. 2312-39 du code du travail tel que modifié par l'ordonnance précise que « l'information consultation du CSE sur un projet de restructuration et de compression des effectifs ne s'applique pas en cas d'accord portant rupture conventionnelle collective ». Solution logique dans la mesure où cette nouvelle procédure de rupture collective est exclue du champ du licenciement pour motif économique (C. trav., art. L. 1237-17 et L. 1237-19 nouv.).

**Remarque :** le comité social et économique remplacera à terme les DP, le CE et le CHSCT. Dans l'attente de la mise en place de cette instance unique, ses attributions sont exercées par le comité d'entreprise ou, le cas échéant, par les délégués du personnel.

La régularité de la procédure d'information du CSE est contrôlée par la Direccte lors de la procédure de validation de l'accord (v. ci-après).

Si le CSE n'est pas consulté en amont sur le projet de compression d'effectif porté par l'accord collectif, il est en revanche consulté de manière régulière et détaillée sur le suivi de sa mise œuvre effective (C. trav., art. L. 1237-19-7 nouv.).

**Remarque :** le projet d'ordonnance envisageait la transmission à l'administration de l'ensemble des informations communiquées aux représentants du personnel ainsi que le procès-verbal des réunions du CSE. Ce point n'est pas repris dans l'ordonnance définitive.

– de la présence dans l'accord des mesures prévues à l'article L. 1237-19-1 du code du travail : il s'agit des indemnités de rupture ;

– de la régularité de la procédure d'information du comité social et économique (CSE).

#### > Un contrôle restreint mais sensible : éviter le PSE déguisé

Le contrôle opéré par la Direccte peut paraître moins approfondi que celui opéré dans le cadre d'un accord majoritaire portant sur un PSE. Toutefois, force est de constater qu'il porte sur des données plus sensibles. Elle devra veiller à ce que le recours à ce dispositif n'ait pas pour objet de contourner les règles relatives aux licenciements économiques collectifs et notamment à l'élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi (PSE). Le projet d'ordonnance envisageait également que le contrôle de l'administration porte sur l'absence de discrimination entre les salariés de l'entreprise, notamment en raison de l'âge. S'il n'est plus fait expressément référence à ce point dans l'ordonnance définitive, rien n'interdit à la Direccte de procéder à une telle vérification. Enfin, l'administration devra veiller à un certain équilibre entre le « volet reclassement » et le « volet indemnités » de l'accord afin d'éviter que cette procédure soit perçue comme instaurant uniquement un « guichet de départs ».

## Un accord validé par l'administration

### Notification de l'accord à la Direccte

Une fois conclu, l'accord collectif doit être notifié à la Direccte pour validation (C. trav., art. L. 1237-9-3 nouv.).

La Direccte compétente pour prendre la décision de validation est celle du lieu où l'entreprise ou l'établissement concerné par le projet de rupture conventionnelle collective est établie. Si le projet d'accord porte sur des établissements relevant de la compétence d'autorités différentes, le ministre chargé de l'emploi désigne l'autorité compétente.

### Contrôle de l'administration

L'administration dispose d'un délai de 15 jours à compter de la réception de l'accord pour le valider.

Elle doit s'assurer au préalable :

– de sa conformité à l'article L. 1237-19 du code du travail, (absence de licenciement pour atteindre les objectifs assignés par l'accord en terme de suppressions d'emplois) ;

### Décision de l'administration

La Direccte notifie sa décision motivée, dans le délai de 15 jours précité, à l'employeur, au CSE et aux syndicats signataires représentatifs (C. trav., art. L. 1237-19-4 nouv.).

Son silence vaut validation. Dans ce cas, l'employeur transmet une copie de la demande de validation accompagnée de l'accusé de réception par l'administration, au CSE et aux syndicats représentatifs signataires.

En cas de refus de validation, l'employeur peut présenter une nouvelle demande après avoir apporté les modifications nécessaires et informé le comité social et économique (C. trav., art. L. 1237-19-6, nouv.).

### Information des salariés

La décision de validation (ou en cas de silence de l'administration, le document précité envoyé au CSE et aux syndicats signataires) est communiquée aux salariés par affichage sur leur lieu de travail ou par tout autre moyen permettant de conférer une date certaine à cette information. Cette information porte également sur les voies et les délais de recours (C. trav., art. L. 1237-19-4 nouv.).

## Candidature retenue : rupture d'un commun accord

L'accord collectif doit préciser les conditions de transmission de l'accord écrit du salarié au dispositif de rupture conventionnelle collective (v. ci dessus).

L'acceptation par l'employeur de la candidature du salarié emporte rupture du contrat de travail d'un commun accord des parties (C. trav., art. L. 1237-19-2 nouv.).

Cette rupture n'est ni un licenciement ni une démission. Elle ne peut pas être imposée par l'employeur, ni par le salarié. Elle n'est pas soumise aux dispositions du code du travail relatives au licenciement pour motif économique (C. trav., art. L. 1237-17).

En conséquence, tout comme dans le cadre de la rupture conventionnelle individuelle, la rupture du contrat de travail dans le cadre de ce dispositif de rupture conventionnelle collective ne peut pas être contestée, sauf vice du consentement.

Les salariés bénéficiant d'une protection contre le licenciement (représentants des élus du personnel, délégués syndicaux) pourront bénéficier de ce dispositif. Dans ce cas, la rupture d'un commun accord est soumise à l'autorisation de l'inspecteur du travail. La rupture du contrat ne peut intervenir que le lendemain du jour de l'autorisation (C. trav., art. L. 1237-19-2 nouv.).

Le salarié perçoit des indemnités de rupture prévue au plan qui ne peuvent être inférieures à l'indemnité légale de licenciement (C. trav., art. L. 1237-19-1).

**Remarque :** il était initialement prévu que ces indemnités soient exonérées d'impôts sur le revenu. Cette exonération n'apparaît plus dans l'ordonnance définitive. Toutefois, le rapport au Président de la République joint à l'ordonnance indique que la question du régime fiscal de l'indemnité de rupture versée au salarié sera traitée dans le cadre du projet de loi de finances pour 2018.

Précisons que cette rupture étant déconnectée de tout motif économique, le salarié n'a pas droit au bénéfice de la priorité de réembauche, ni à celui du contrat de sécurisation de l'emploi ou d'un congé de reclassement.

Enfin tout comme dans le cadre de la rupture conventionnelle individuelle, le salarié peut prétendre au bénéfice de l'assurance chômage (C. trav., art. L. 15421-1 mod.).

> Refus d'une candidature au départ volontaire : il faut être vigilant

Le refus d'une candidature au départ volontaire doit être objectif. L'exclusion d'un salarié de ce dispositif de rupture conventionnelle collective peut selon nous engager la responsabilité de l'employeur si elle n'est pas légitime. Les règles posées par la Cour de cassation au sujet des PDV autonomes trouveraient à s'appliquer.

Ainsi, l'employeur ne peut s'opposer à un départ volontaire que s'il justifie que ce refus est autorisé par le plan (Cass. soc., 31 mai 2006, n° 04-44.085). Le refus ne peut être envisagé que pour une raison objective à définir préalablement comme, par exemple, un demandeur qui ne relève pas de l'une des catégories professionnelles visées par le plan, une demande présentée hors délai, un candidat qui n'atteint pas l'ancienneté requise par le plan, une demande adressée à un mauvais interlocuteur ou encore un salarié qui n'appartient pas à un établissement ou un service éligible au titre du plan.

## Suivi de la mise en œuvre de l'accord

Les modalités de suivi de la mise en œuvre de cette rupture conventionnelle collective sont déterminées par l'accord collectif (C. trav., art. L. 1237-19-1).

Le CSE est consulté de manière régulière et détaillée sur ce suivi (C. trav., art. L. 1237-19-7).

L'administration est associée au suivi des mesures de l'accord et reçoit un bilan de la mise en œuvre de l'accord. Ce bilan est établi par l'employeur (C. trav., art. L. 1237-19-7).

## Contentieux réparti entre le juge administratif et le juge judiciaire

La compétence juridictionnelle de la rupture conventionnelle collective est partagée entre la phase antérieure à la rupture du contrat de travail relevant de la compétence administrative et la phase postérieure relevant de la compétence judiciaire prud'homale.

Le juge administratif est le juge de l'accord prévoyant la rupture conventionnelle. En effet, les litiges relatifs à la décision de validation de l'administration, à l'accord collectif, son contenu et à la régularité de la procédure précédant la décision de l'administration relèvent de la compétence du tribunal administratif. Les recours sont formés, instruits et jugés dans les conditions définies pour la décision de validation par l'administration d'un accord portant sur le PSE et telles que prévues par l'article L. 1235-7-1 du code du travail.

En revanche, le juge judiciaire est le juge de la rupture individuelle du contrat de travail consécutive à la mise en œuvre de l'accord précité. Ainsi toute autre contestation portant sur la rupture du contrat est formée, devant le conseil de prud'hommes, avant l'expiration d'un délai de 12 mois à compter de la date de la rupture du contrat (C. trav., art. L. 1237-19-9).

> Un éclatement du contentieux qui n'est pas nouveau

Cette répartition du contentieux de la rupture conventionnelle collective entre le juge administratif et le juge judiciaire n'est pas nouvelle. Elle existe déjà pour celui du licenciement économique avec PSE : le juge administratif est le juge du PSE et le juge judiciaire est le juge de la rupture individuelle.

## Participation à la revitalisation du bassin d'emploi

Une convention de revitalisation doit être conclue entre l'entreprise et l'administration lorsque les suppressions d'emploi résultant de l'accord collectif affectent, par leur ampleur, l'équilibre du ou des bassins d'emploi dans lesquels l'entreprise est implantée (C. trav., art. L. 1237-19-9 nouv.).

Pour ce faire, une convention est signée avec l'administration dans les six mois de la validation de l'accord collectif portant rupture conventionnelle collective.

Sont concernées les entreprises (ou les établissements) d'au moins 1 000 salariés, ainsi que les entreprises appartenant à un groupe, les entreprises de dimension communautaire au sens des articles L. 2341-1 et L. 2341-2 du code du travail remplissant cette condition d'effectif. En revanche, les entreprises en redressement

ou liquidation judiciaire ne sont pas concernées (C. trav., art. L. 1237-19-9).

Les conditions de conclusion de la convention, le montant de la contribution versée par l'entreprise, les actions de revitalisation sont précisées aux articles L. 1237-19-9 à L. 1237-19-14 nouveaux.

## Entrée en vigueur

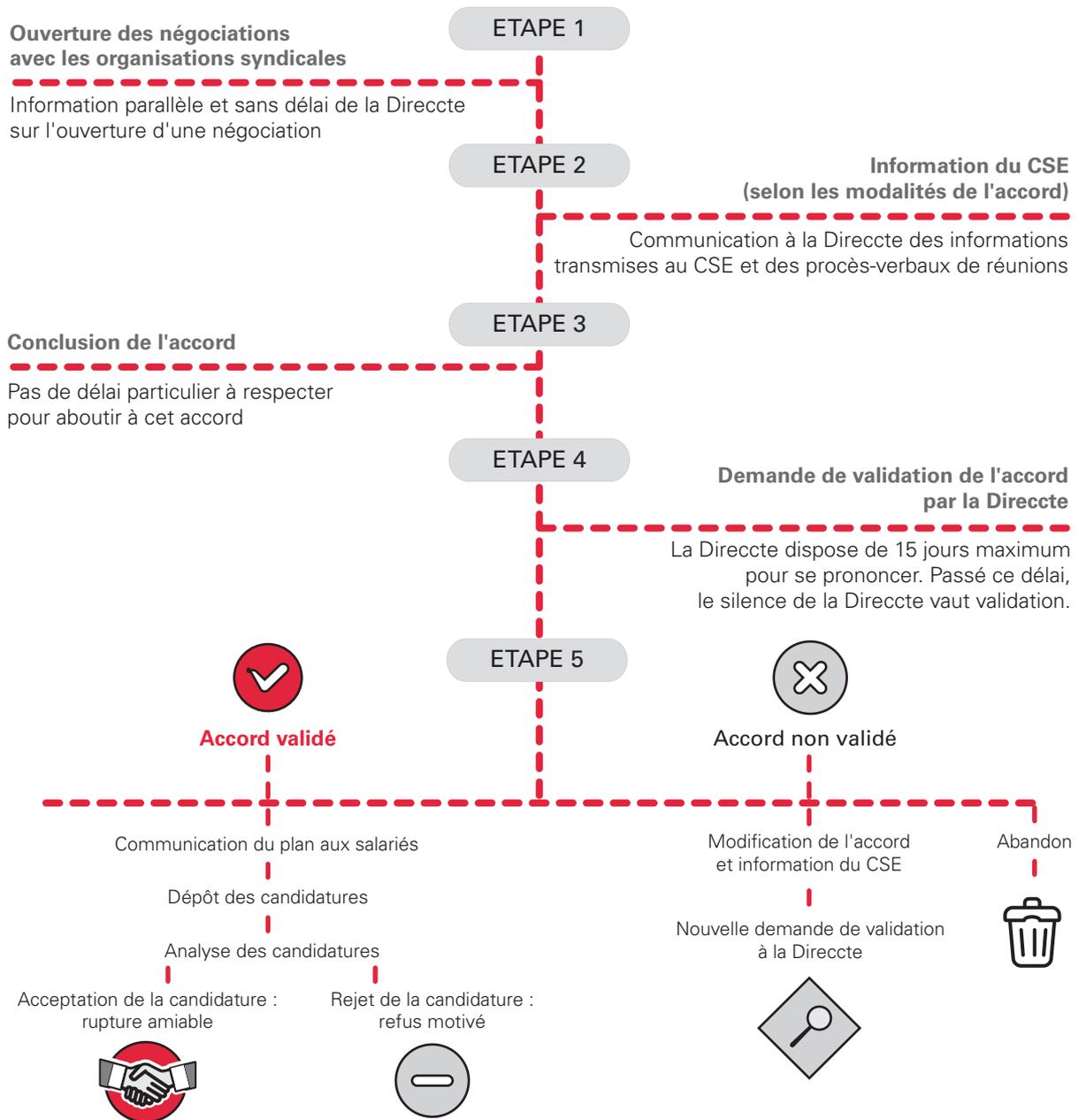
Ce nouveau dispositif de rupture conventionnelle collective est applicable dès la parution du décret nécessaire à sa mise en œuvre et au plus tard le 1<sup>er</sup> janvier 2018.

> Pourquoi parler de « rupture conventionnelle collective » est juridiquement inapproprié

Ce nouveau dispositif est présenté comme une procédure « rupture conventionnelle collective ». Le terme est juridiquement inapproprié. Même si ce dispositif comporte de nombreuses clauses obligatoires, le consentement du salarié n'est pas encadré. Il n'est pas envisagé de conclusion de convention de rupture à l'instar de ce qui existe pour la rupture conventionnelle. L'accord collectif n'envisage pas les conditions dans lesquelles le salarié peut se rétracter. Par ailleurs, c'est l'accord collectif qui fait l'objet d'une validation par la Direccte et non pas l'acte de rupture individuel du contrat de travail. On ne peut pas parler d'une homologation de la rupture du contrat de travail.

## Rupture d'un commun accord dans le cadre d'un accord collectif portant rupture conventionnelle collective : procédure

Ce schéma présente les différentes étapes à respecter pour la conclusion d'un accord collectif portant rupture conventionnelle collective. Même si rien ne l'oblige, il est préconisé d'informer le CSE en amont de l'ouverture des négociations.



# Le champ d'application du congé de mobilité élargi

## Un dispositif ouvert aux entreprises d'au moins 300 salariés

Le congé de mobilité a pour objet de favoriser le retour à l'emploi d'un salarié par des mesures d'accompagnement, des actions de formations et des périodes de travail, qui peuvent être accomplies au sein ou à l'extérieure de l'entreprise.

Il était jusqu'à présent destiné aux salariés visés par un licenciement pour motif économique et ne pouvait être proposé que par les entreprises ou groupe employant au moins 1 000 salariés :

- tenu de proposer un congé de reclassement ;
- ayant conclu un accord relatif à la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences (GPEC).

Désormais, ce congé est ouvert à tout salarié qui appartient à une entreprise ou un groupe d'au moins 300 salariés ou, s'agissant des entreprises communautaires (qui emploient au moins 1 000 salariés dans la Communauté européenne ou dans l'espace économique européen), d'au moins 150 salariés employés en France (C. trav., art. L. 1237-18 nouv.) et qui ont conclu un accord GPEC.

**Remarque :** sont ici prises en compte les recommandations de la Cour de cassation. Dans son rapport pour l'année 2015, elle préconisait de réformer le congé de mobilité en élargissant le champ d'application de ce dispositif à l'ensemble des employeurs soumis à un accord de GPEC de façon à ce que mesure puisse être mise en œuvre en dehors de tout contexte économique. C'est désormais chose faite.

Les congés de mobilité conclus en application d'un accord collectif relatif à la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences et acceptés par les salariés avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance précitée continuent à produire leurs effets jusqu'à leur terme dans les conditions applicables antérieurement à cette date (art. 4).

La nouvelle mouture du congé de mobilité entrera en vigueur à la date de publication de ces décrets et au plus tard le 1<sup>er</sup> janvier 2018 (art. 40-X).

## Un dispositif proposé en dehors de tout motif économique

Tout comme la rupture conventionnelle collective, ce dispositif est placé dans une nouvelle section dans le code du travail intitulée « Rupture d'un commun accord dans le cadre d'accords collectifs portant rupture conventionnelle collective ».

Cette section s'intègre dans le chapitre VII du titre III du livre II de la première partie du code du travail, soit dans les « autres cas de rupture » du CDI. Ce qui signifie que les deux dispositifs peuvent être proposés aux salariés en l'absence de procédure de licenciement économique. La césure entre ce nouveau dispositif et le licenciement pour motif économique est ainsi expressément affirmée.

## Contenu de l'accord

Le contenu de l'accord n'est pas différent de celui exigé auparavant. Ainsi, aux termes de l'article L. 1237-18-2, l'accord détermine :

- la durée du congé de mobilité ;
- les conditions que doit remplir le salarié pour en bénéficier ;
- les modalités d'adhésion du salarié à la proposition de l'employeur, comprenant les conditions d'expression de son consentement écrit, et les engagements des parties ;
- l'organisation des périodes de travail, les conditions auxquelles il est mis fin au congé et les modalités d'accompagnement des actions de formation envisagées ;
- le niveau de la rémunération versée pendant la période du congé de mobilité ;
- les conditions d'information des institutions représentatives du personnel ;
- les indemnités de rupture garanties au salarié, qui ne peuvent être inférieures aux indemnités légales dues en cas de licenciement pour motif économique.

**Remarque :** le texte fait référence à l'indemnité de licenciement pour motif économique. Or, s'agissant de l'indemnité de licenciement, il n'est plus fait de distinction selon le motif du licenciement. Notons également, qu'auparavant le texte faisait référence aux indemnités légales ou conventionnelles. Ce n'est désormais plus le cas.

## Acceptation du salarié et rupture d'un commun accord

L'acceptation par le salarié de la proposition de congé de mobilité emporte rupture du contrat de travail.

Cette rupture n'est ni un licenciement ni une démission. Elle ne peut pas être imposée par l'une ou l'autre des parties (C. trav., art. L. 1237-17 nouv.).

L'adhésion du salarié emporte rupture du contrat de travail d'un commun accord à l'issue du congé (C. trav., art. L.1237-18-4 nouv.).

L'employeur n'est pas tenu d'adresser au salarié une lettre de licenciement. La rupture est en effet formalisée par un acte écrit et signé des deux parties.

Les salariés bénéficiant d'une protection contre le licenciement peuvent également se voir proposer un congé de mobilité. Toutefois, la rupture de leur contrat de travail est subordonnée à l'autorisation de l'inspecteur du travail. Dans ce cas, la rupture ne peut intervenir que le lendemain du jour de l'autorisation.

L'employeur informe l'autorité administrative du lieu où l'entreprise ou l'établissement concerné par l'accord de GPEC est établie, des ruptures prononcées dans le cadre du congé de mobilité (C. trav., art. L. 1237-18-5 nouv.).



# Formes particulières de travail

Pour fluidifier le marché de l'emploi, le gouvernement a adapté un certain nombre de formes particulières de travail : télétravail, contrats précaires, horaires atypiques... Il a également abrogé le contrat de génération, dispositif qui n'avait jamais trouvé son public.

## Télétravail : un cadre juridique plus adapté

### Contexte

Pour lever les freins à la mise en place du télétravail et l'adapter à l'évolution des outils numériques, l'article 24 de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 précise le cadre juridique de cette organisation du travail.

Une concertation sur le développement du télétravail a été engagée par les partenaires sociaux début 2017, conformément à ce que préconisait la loi du 8 août 2016 (L. n° 2016-1088, 8 août 2016, art. 26 : JO, 9 août). Cette concertation a abouti, le 7 juin 2017 à un rapport commun aux organisations syndicales et patronales qui a été transmis au ministère du travail. Ce rapport, qui préconise des bonnes pratiques et des mesures favorisant le télétravail, a servi de base de travail à la rédaction de l'article 24 de l'ordonnance.

### Extension du cadre juridique du télétravail au télétravail occasionnel

Jusqu'à maintenant, la réglementation sur le télétravail concernait « toute forme d'organisation du travail dans laquelle un travail... est effectué hors de ces locaux de l'entreprise de façon régulière et volontaire ». Ce critère de régularité a été supprimé de la définition du télétravail (Ord. n° 2017-1387, art. 24).

Il faut dire qu'il était source de confusion. En théorie, ce critère signifiait qu'était exclu de la réglementation sur le télétravail, le recours exceptionnel au télétravail pour répondre à des situations particulières (préconisation du médecin du travail, grève des transports, pour faire face à une situation familiale comme un enfant malade...). La pratique en faisait toutefois une lecture bien différente. Il était souvent interprété comme une obligation de fixité des jours de télétravail. Conséquences : le recours exceptionnel au télétravail était privilégié parce qu'il échappait à la réglementation du télétravail.

Depuis le 24 septembre 2017, le télétravail, qu'il soit effectué de façon régulière ou non, doit être soumis à la réglementation du télétravail (Ord. n° 2017-1387, art. 24, I). Seule sa mise en place reste alléguée.

**Remarque :** pour être mis en place, le télétravail occasionnel est mis en œuvre par un simple avenant au contrat de travail, contrairement au télétravail régulier qui nécessite un accord collectif ou une charte (v. ci-après).

### Obligation d'un accord collectif ou d'une charte pour le télétravail régulier

#### Un préalable : un accord collectif ou une charte sur le télétravail

Jusqu'à maintenant, l'employeur pouvait mettre en place le télétravail sans avoir à conclure un accord collectif ou à établir une charte au préalable. Un simple accord entre le salarié et l'employeur suffisait. Si les deux parties étaient d'accord, un avenant au contrat devait être signé et cet avenant était soumis aux dispositions du code du travail sur le télétravail.

Depuis le 24 septembre 2017, le télétravail régulier « est mis en place dans le cadre d'un accord collectif, ou à défaut, dans le cadre d'une charte élaborée par l'employeur... » (C. trav., art. L. 1222-9 mod.).

**Remarque :** la négociation d'un accord collectif ou l'établissement d'une charte permet d'encadrer le télétravail afin qu'il soit adapté aux besoins de l'entreprise et qu'il réponde aux aspirations des salariés tout en évitant les éventuelles dérives (discrimination, intrusion dans la vie privée, isolement du salarié, surcharge de travail...).

Il en résulte qu'en l'absence d'accord collectif ou de charte sur le télétravail dans l'entreprise, il n'est pas possible de recourir au télétravail (à l'exception du télétravail occasionnel) (v. p. 97).

#### > Clauses obligatoires de l'accord collectif ou de la charte sur le télétravail (C. trav., art. L. 1222-9)

L'accord collectif ou, à défaut, la charte élaborée par l'employeur précise :

- 1° les conditions de passage en télétravail et les conditions de retour à une exécution du contrat de travail sans télétravail ;
- 2° les modalités d'acceptation par le salarié des conditions de mise en œuvre du télétravail ;
- 3° les modalités de contrôle du temps de travail ou de régulation de la charge de travail ;
- 4° la détermination des plages horaires durant lesquelles l'employeur peut habituellement contacter le salarié en télétravail.

## Un « droit » au télétravail très relatif

Lorsque le salarié demande à bénéficier du télétravail en application de l'accord collectif ou de la charte sur le télétravail applicable dans l'entreprise, l'employeur qui oppose un refus, alors que le salarié occupe un poste éligible au télétravail dans les conditions prévues par l'accord ou la charte, doit motiver sa réponse (C. trav., art. L. 1222-9 mod.).

Pour s'y opposer, l'employeur devra justifier son refus par des arguments objectifs. Ce refus ne devra pas être discriminatoire ni abusif. Il peut s'agir, selon nous, des motifs suivants : condition d'éligibilité prévue par l'accord collectif ou la charte non remplie, impossibilité technique (ex. : logement exigü ne permettant pas l'exercice du télétravail dans de bonnes conditions), nécessité de la présence physique du salarié pour le fonctionnement de l'entreprise...

**Remarque :** à noter que l'accord collectif ou la charte peut comporter des critères d'éligibilité au télétravail dès lors qu'ils sont objectifs comme, par exemple, une ancienneté minimale, la nécessité de la présence du salarié pour assurer le fonctionnement du service ou de son équipe, des travaux nécessitant l'utilisation de logiciels ou d'applications faisant l'objet de restrictions d'utilisation à distance, nature des fonctions.

Par conséquent, le salarié qui demande à passer en télétravail n'a pas un droit au télétravail puisque l'employeur, hors discrimination ou abus de droit, peut lui en refuser l'accès.

Si l'employeur peut refuser d'octroyer le télétravail à un salarié pour des raisons objectives, il ne peut pas imposer à un salarié de télétravailler : même s'il est prévu par accord collectif ou une charte, le télétravail repose sur le volontariat (C. trav., art. L. 1222-9) et nécessite l'accord du salarié.

## Consultation des représentants du personnel

### ■ Sur l'élaboration d'une charte sur le télétravail

Lorsque l'employeur établit une charte pour encadrer le télétravail, il doit élaborer cette charte après avis du comité social et économique (C. trav., art. L. 1222-9) ou le cas échéant, du comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel.

### ■ Sur la mise en place du télétravail en application d'un accord collectif

Depuis la loi Rebsamen, il n'est plus exigé de consulter les représentants du personnel sur les projets d'accord collectif (C. trav., art. L. 2323-2 et futur C. trav., art. L. 2312-8). Par conséquent, l'employeur n'a pas à consulter les représentants du personnel avant de décider de négocier sur le télétravail.

Toutefois, une fois cet accord conclu, en raison des attributions générales du comité d'entreprise et du CHSCT (ou du futur comité social et économique), se posait la question de savoir si ces derniers devaient

être informés et consultés sur la mise en place effective du télétravail dans l'entreprise.

**Remarque :** en effet, le comité d'entreprise (et le prochain CSE) doit être informé et consulté sur les questions relatives à l'organisation de l'entreprise, notamment sur les mesures de nature à affecter les conditions de travail (C. trav., art. L. 2323-1 et futur art. L. 2312-8). Or le télétravail est une mesure modifiant les conditions de travail.

Il semble que l'ordonnance met fin à cette question. En effet, il est désormais prévu que les entreprises ayant conclu un accord sur un thème inclus dans les 3 blocs de consultations périodiques du CE (ou du futur CSE) ne sont pas soumises à l'obligation de consultation (C. trav., art. L. 2312-14, al. 3) (pour plus de détails, v. p. 52).

## Un simple commun accord pour le télétravail occasionnel

En l'absence de charte ou d'accord collectif sur le télétravail, il est possible de recourir au télétravail de manière occasionnelle sur un simple accord entre le salarié et l'employeur.

**Remarque :** à notre avis, le télétravail peut être occasionnel lorsqu'il s'agit de répondre à une situation exceptionnelle : préconisation du médecin du travail, contraintes familiale ou personnelle du salarié (maladie ou handicap d'un proche...), événement exceptionnel (grève des transports...).

Cet accord est formalisé par tout moyen (C. trav., art. L. 1222-9 mod.). Il peut s'agir d'un avenant au contrat sur papier mais aussi un courriel. En tout état de cause, il est important d'établir un moyen de preuve.

Hormis les conditions de mise en place, le télétravail occasionnel rentre désormais dans le cadre juridique du télétravail « régulier ». Le télétravailleur, même occasionnel, a les mêmes droits que le télétravailleur régulier.

### > Contenu de l'avenant sur le télétravail

Depuis le 24 septembre 2017, le code du travail ne précise plus le contenu de l'avenant au contrat sur le télétravail. Toutefois, il nous semble opportun que l'employeur et le salarié se mettent d'accord sur un certain nombre de règles à respecter. Ainsi, cet avenant peut fixer les conditions de passage en télétravail et les conditions de retour à une exécution du contrat de travail sans télétravail, les modalités de contrôle du temps de travail ou de régulation de la charge de travail, les plages horaires pour contacter le salarié...

## Application de la présomption d'accident du travail

Un accident est présumé être un accident du travail lorsqu'il a lieu pendant les horaires de travail et sur le

lieu du travail (Cass. soc., 30 nov. 1999, n° 93-14-208). Mais dans la mesure où en télétravail le lieu du travail est aussi le lieu du domicile (ou un autre lieu), il y avait un doute sur l'application ou non de cette présomption au télétravailleur.

Désormais, il est clairement précisé dans le code du travail que « l'accident survenu sur le lieu où est exercé le télétravail pendant l'exercice de l'activité professionnelle du télétravailleur est présumé être un accident de travail au sens des dispositions de l'article L. 411-1 du code de sécurité sociale ».

Cette présomption n'aura pas de difficulté à s'appliquer pendant les plages horaires du télétravailleur dès lors qu'elles ont été bien définies et qu'elles donnent lieu à un contrôle par le biais notamment d'un logiciel de saisie des horaires.

Pour les salariés en forfait jours, non soumis à des horaires de travail préétablis, l'application de la présomption pourra s'appliquer, semble-t-il, aux accidents survenus pendant les plages horaires où le salarié est joignable. En dehors de ces plages horaires, l'application de la présomption est plus problématique. Il faudra démontrer que l'accident est survenu pendant l'exercice de l'activité professionnelle.

## Une prise en charge des coûts encore floue

Jusqu'à maintenant, l'article L. 1222-10 du code du travail précisait : « l'employeur prend en charge les coûts découlant directement de l'exercice du télétravail, en particulier ceux liés aux matériels, logiciels, abonnements, communications et outils ainsi que les coûts liés à la maintenance de ceux-ci ».

Cette obligation pour l'employeur de prendre en charge les coûts liés au télétravail a été supprimée de l'article L. 1222-10 du code du travail par l'article 21 de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017.

Cette suppression ne signifie pas que les coûts liés au télétravail sont transférés au télétravailleur.

En effet, la prise en charge par l'employeur des coûts liés à l'exercice des fonctions du salarié reste une obligation générale dont il ne peut s'exonérer.

Cette suppression est dictée par une inadaptation du télétravail à la réalité : notamment, la plupart des salariés disposent d'internet chez eux et n'ont pas un surcoût de leur abonnement du fait de son utilisation dans le cadre du télétravail. Il n'y a donc pas lieu pour l'employeur de prendre en charge cet abonnement.

**Remarque :** le plus souvent, l'employeur met à la disposition du salarié un ordinateur professionnel nécessaire à l'exercice du télétravail avec des données et des connexions chiffrées. Cet ordinateur comporte l'accès aux logiciels et aux

applications utilisées dans l'entreprise. La connexion internet utilisée peut être celle à laquelle s'est abonné à titre privé le salarié ou celle de l'entreprise (par le biais d'une carte spécifique délivrée par l'employeur). Dans les 2 cas, il n'y a pas de prise en charge pour l'entreprise car il n'y a pas de surcoût pour le salarié ; le forfait reste inchangé.

### > Régime social de la prise en charge des coûts du télétravail

L'ordonnance ne règle pas le sort de la prise en charge de coûts au regard de la Sécurité sociale. A ce jour, ce sont les règles de droit commun d'assujettissement qui s'appliquent : pour être exonéré de cotisations, le remboursement des frais liés au télétravail nécessite en principe que l'employeur justifie qu'il s'agit de dépenses réelles, ce qui demande une gestion des factures laborieuse. L'employeur peut préférer verser une indemnité forfaitaire mensuelle au salarié. Mais si la valeur du remboursement ne peut être justifiée, l'indemnité sera considérée comme un complément de salaire soumis à cotisations sociales.

## Entrée en vigueur

Les modifications apportées au régime du télétravail sont entrées en vigueur depuis le 24 septembre 2017, lendemain de la publication de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 (Ord. n° 2017-1387, 40, VII). Autrement dit, à compter du 24 septembre 2017, sauf pour le télétravail occasionnel, le télétravail ne peut être mis en place que si un accord collectif ou une charte comportant les clauses légales le prévoit.

Pour les avenants ou clauses du contrat sur le télétravail en cours, conclus avant le 24 septembre 2017, les dispositions de l'accord et de la charte sur le télétravail se substituent, sauf refus du salarié, aux clauses contractuelles contraires ou incompatibles. Le salarié fait connaître son refus dans le délai d'un mois à compter de laquelle l'accord ou la charte a été communiqué dans l'entreprise (Ord. n° 2017-1387, 40, VII).

**Remarque :** hors télétravail occasionnel les clauses ou avenants sur le télétravail conclus avant le 24 septembre 2017 en dehors d'un accord collectif ou d'une charte ne sont a priori plus valables.

## Tableau comparatif

Le tableau ci-après présente de manière synthétique les modifications apportées au régime juridique du télétravail par l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017.

Avant le 24 septembre 2017	Depuis le 24 septembre 2017
La réglementation sur le télétravail ne s'applique qu'au télétravail effectué « de façon régulière ».	Suppression du critère de régularité. Il en résulte que la réglementation sur le télétravail s'applique au télétravail régulier ou occasionnel, sauf disposition spécifique contraire (telle que la mise en place du télétravail).
Le télétravail est mis en place dans le cadre d'une clause du contrat de travail ou d'un avenant.	La mise en œuvre du télétravail régulier dans l'entreprise est subordonnée à la conclusion d'un accord collectif ou, à défaut, à l'établissement d'une charte élaborée par l'employeur après avis du comité social et économique (ou du CE et CHSCT le cas échéant). Un simple accord entre l'employeur et le salarié ne suffit pas. Lorsque le recours au télétravail est occasionnel, un simple accord entre l'employeur et le salarié suffit.
La clause ou l'avenant doit comporter les conditions de passage en télétravail et de retour en entreprise ainsi que les modalités de contrôle du temps de travail.	Les mentions qui devaient, auparavant, être incluses dans l'avenant au contrat ont été reportées dans l'accord collectif ou la charte. L'accord ou la charte doit comporter : les conditions de passage en télétravail et de retour en entreprise, les modalités de contrôle du temps de travail ou de régulation de la charge de travail, les modalités d'acceptation des conditions de mise en œuvre du télétravail ainsi que la détermination des plages horaires durant lesquelles l'employeur peut habituellement contacter le salarié en télétravail.
Le télétravail n'est pas un droit.	Le télétravail n'est toujours pas un droit puisque l'employeur peut refuser une demande de télétravail, y compris en présence d'un accord collectif ou d'une charte, à la condition de justifier son refus.
Le régime de l'accident du télétravailleur n'est pas précisé dans le code du travail. Du fait de la difficulté de distinguer, en situation de télétravail, l'accident de travail de l'accident domestique, il en résulte une incertitude sur les conditions d'application de la présomption d'accident de travail.	Il est clairement précisé dans le code du travail que « l'accident survenu sur le lieu où est exercé le télétravail pendant l'exercice de l'activité professionnelle est présumé être un accident de travail... ».
« L'employeur est tenu de prendre en charge tous les coûts découlant directement de l'exercice du télétravail, notamment le coût des matériels, logiciels, abonnements, communications et outils ainsi que de la maintenance de ceux-ci » (C. trav., art. L. 1222-10).	Cette disposition a été supprimée en raison notamment de son caractère obsolète : certains frais, comme la connexion internet ne sont pas augmentés par leur utilisation pendant le télétravail du fait des forfaits et n'ont donc pas à être pris en charge par l'employeur. Néanmoins, l'employeur a une obligation générale de prendre en charge les frais occasionnés par l'exercice des fonctions.

## Modifications apportées au régime des contrats précaires

### Adaptation possible de certaines conditions de recours aux CDD et à l'intérim au niveau de la branche

#### Les possibilités de négociation

Le contrat à durée déterminée et le contrat d'intérim ne sont pas bouleversés par l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et à la sécurisation des relations de travail. L'essentiel du régime juridique actuel reste inchangé.

Les articles 22 à 29 de ce texte prévoient la possibilité d'adapter certaines dispositions encadrant le recours au contrat à durée déterminée et à l'intérim en ouvrant la possibilité de négociation au niveau de la branche et non de l'entreprise.

C'est ainsi que, désormais, une convention ou un accord de branche étendu pourra déroger au régime défini par le code du travail dans les 3 domaines suivants :

- durée maximale du CDD et du contrat de mission ;
- fixation du nombre maximal de renouvellements possibles ;
- successions de CDD ou de contrats de mission sur le même poste.

Ni la durée totale du contrat ni le nombre de renouvellements ne doivent avoir pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise.

Mais la faculté de négociation de la branche sera limitée à ces 3 domaines. En particulier, il ne sera pas possible de négocier en vue de déroger aux

dispositions légales définissant les cas de recours bien que la loi d'habilitation n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 ait prévu cette faculté. En effet, le projet d'ordonnance n'a pas repris cette souplesse voulant maintenir le caractère d'exception des contrats précaires par rapport au contrat à durée indéterminée.

### CDD et intérim : que pourra-t-on négocier par convention ou accord de branche étendu ?

Dispositions légales	Dispositions négociables
<i>Cas de recours</i>	
Énumération limitative des cas de recours au CDD et au contrat d'intérim : remplacements de salariés absents, accroissement temporaire d'activité, emplois temporaires d'usage, emplois saisonniers...	
<i>Durée du contrat</i>	
Terme du contrat (précis ou imprécis)	
Durée maximale 18 mois (renouvellement compris) dans le cas général pouvant être ramenée à 9 mois ou portée à 24 mois dans certaines circonstances limitativement énumérées	Fixation de la durée maximale du contrat (sans que cette durée n'ait pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise) (durée maximale non négociable pour les CDD à objet défini ; les contrats conclus pour assurer un complément de formation professionnelle ou les contrats liés à la politique de l'emploi)
<i>Renouvellement du contrat</i>	
Nombre de renouvellement limité à deux fois étant entendu que le renouvellement est possible dans la limite de la durée maximale prévu par le code du travail pour chaque cas de recours (9, 18 ou 24 mois)	Fixation du nombre de renouvellement possible pour un CDD ou un contrat de travail temporaire (sans que cette durée n'ait pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise) (nombre de renouvellement non négociable pour les contrats liés à la politique de l'emploi prévus à l'article L. 1242-3)
Conditions de renouvellement (formalités, préavis...) à stipuler dans le contrat de travail ou dans un avenant soumis au salarié avant le terme initialement prévu	
<i>Succession sur le même poste ou avec le même salarié</i>	
Interdiction à l'expiration d'un CDD ou d'un contrat de travail temporaire de recourir à un nouveau CDD ou à un nouveau contrat d'intérim, avant l'expiration d'un délai de carence	
Énumération des cas dans lesquels le délai de carence ne s'applique pas	Définition des cas dans lesquels le délai de carence ne s'applique pas
Délai de carence sur le même poste égal : – au tiers de la durée du contrat venant à expiration si la durée du contrat incluant, le cas échéant, son ou ses renouvellements, est de 14 jours ou plus ; – à la moitié de la durée du contrat venu à expiration si la durée du contrat incluant, le cas échéant son, ou ses renouvellements, est inférieure à 14 jours	Fixation des modalités de calcul de ce délai de carence (durée)
<i>Indemnité de fin de contrat</i>	
Cas de versement et d'exonération de l'indemnité de fin de contrat (CDD) et de fin de mission (travail temporaire) s'élevant à 10 % de la rémunération totale brute versée au salarié	Limitation du montant de l'indemnité à 6 % moyennant des contreparties en termes de formation professionnelle (accès privilégié à la formation professionnelle notamment CDD uniquement) Fixation d'un taux supérieur à 10 % pour les CDD et les contrats de travail temporaire

On notera par ailleurs que les adaptations autorisées par l'ordonnance du 22 septembre 2017 sont subordonnées à l'existence d'une convention ou d'un accord de branche prévoyant des dispositions particulières en ce sens. Autre condition : l'accord doit être étendu.

Faute de dispositions expresses ou si aucun accord de branche n'est conclu, ce sont les règles légales actuelles qui continueront à s'appliquer. L'ordonnance prévoit expressément, dans ce cas, le maintien de l'application des dispositions du code du travail en vigueur en matière :

- de durée totale (renouvellement compris) (C. trav., art. L. 1242-8-1 et L. 1251-12-1 nouv.) ;
- de renouvellement du CDD (C. trav., art. L. 1243-13-1 et L. 1251-35-1 nouv.) ;
- de calcul du délai de carence et de cas dans lesquels le délai de carence n'est pas applicable (C. trav., art. L. 1244-3-1 et L. 1251-36-1 nouv.).

## Entrée en vigueur

Seuls seront concernés par les adaptations possibles prévues par l'ordonnance n° 2017-1387 les CDD et contrats d'intérim conclus postérieurement à la publication de ce texte au Journal officiel, soit le 24 septembre 2017 (Ord. n° 2017-1387, art. 40). Pour autant, en pratique, les assouplissements prévus ne pourront véritablement entrer en vigueur que si un accord a été signé et étendu dans la branche.

### > Quel impact sur les contrats précaires des nouvelles règles de négociation collective ?

Désormais, les règles encadrant les CDD et les contrats d'intérim correspondant à la spécificité des secteurs d'activité, sont négociées et mises en place par accord de branche dans le cadre du bloc 1 (C. trav., art. L. 2253-1 mod.). Ainsi, les mesures relatives aux CDD et aux contrats de travail temporaire (durée totale du contrat, renouvellement, et succession, cas de mise à disposition d'un intérimaire pour une mission visant à favoriser le recrutement de personnes sans emploi rencontrant des difficultés sociales et professionnelles particulières ou celle pour assurer un complément de formation professionnelle au salarié) font partie des sujets pour lesquels la branche a une compétence prioritaire. Dans ce cas, l'accord de branche prévaut sur l'accord d'entreprise qu'il soit conclu avant ou après, sauf si l'accord d'entreprise assure des garanties au moins équivalentes dans ces matières (v. p. 9).

## Transmission du contrat écrit hors délai : abandon de la requalification

Afin de minorer les sanctions applicables aux simples irrégularités de forme, l'ordonnance modifie celle applicable en cas de transmission tardive, au salarié, du CDD ou du contrat d'intérim.

**Remarque :** jusqu'à présent, la jurisprudence considérait que celle-ci équivalait à une absence d'écrit entraînant la requalification du CDD en CDI (Cass. soc., 17 juin 2005, n° 03-42.596 ; Cass. soc., 13 mars 2013, n° 11-28.687). La même solution s'appliquait au contrat d'intérim (Cass. soc., 18 oct. 2006, n° 05-40.339).

L'article 4 de ce texte précise expressément que l'absence de transmission du contrat au salarié dans les 2 jours ouvrables suivant l'embauche n'entraîne pas la requalification en contrat à durée indéterminée. Mais désormais, elle ouvre droit, pour celui-ci, à une indemnité maximale d'un mois de salaire (C. trav., art. L. 1245-1 et L. 1251-40).

Ces nouvelles règles sont applicables aux contrats conclus après le 24 septembre 2017.

## Prescription de l'indemnité de requalification ramenée à 12 mois

L'article 6 de l'ordonnance modifie le délai de prescription de droit commun dont dispose le salarié pour contester la rupture du contrat de travail. Ce délai, qui était de 24 mois, est ramené à 12 mois aux termes de l'article L. 1471-1 modifié du code du travail.

Ce nouveau délai concerne l'action en paiement de l'indemnité spéciale de requalification en contrat à durée déterminée prévue à l'article L. 1245-2 du code du travail (CDD) et L. 1251-41 (travail temporaire). Cette disposition s'applique aux prescriptions en cours à compter de la date de publication de l'ordonnance (v. p. 80 et s.).

## Quel rôle pour les représentants du personnel ?

Les représentants du personnel continuent, comme par le passé, à être informés périodiquement sur le recours aux CDD et aux contrats de travail temporaire mais aussi en cas d'accroissement important du nombre de contrats précaires dans l'entreprise. Mais c'est le comité social et économique (CSE) qui a désormais vocation à être informé et consulté en lieu et place du comité d'entreprise et des délégués du personnel.

Rappel des attributions des représentants du personnel en matière de contrats précaires.

## Attributions des représentants du personnel en matière de contrats précaires

Information périodique du CES	
Consultation annuelle sur la politique sociale de l'entreprise, les conditions de travail et l'emploi C. trav., art. L. 2312-26 mod.	Obligation pour l'employeur de mettre à la disposition du comité les informations sur : – l'évolution de l'emploi ; – le recours aux CDD et aux contrats de travail temporaire ; – les contrats de mise à disposition conclus avec les entreprises de travail temporaire ainsi que les éléments qui l'ont conduit à faire appel, au titre de l'année écoulée, et qui pourraient le conduire à faire appel pour l'année à venir, à des CDD et à des contrats de mission
Information trimestrielle dans les entreprises de 300 salariés et plus sur l'évolution des effectifs et la qualification par sexe C. trav., art. L. 2312-69	Information faisant apparaître, mois par mois, notamment le nombre de salariés en CDD, en contrat d'intérim, les motifs l'ayant conduit à recourir à ces contrats ainsi que le nombre de journées de travail accomplies, au cours de chacun des 3 derniers mois, par les salariés en CDD et les salariés temporaires (sous réserve d'un décret d'application à paraître)
Information ponctuelle du CES (droit d'alerte social)	
Connaissance d'un accroissement important du nombre de CDD ou de contrat d'intérim depuis la dernière réunion du CES C. trav., art. L. 2312-70 mod.	Inscription de plein droit de cette question à l'ordre du jour de la prochaine réunion ordinaire du comité si la majorité des membres du comité le demande Communication par l'employeur au comité : – du nombre de salariés titulaires d'un CDD et de salariés temporaires ; – des motifs l'ayant amené à y recourir ; – du nombre de journées de travail accomplies par les intéressés depuis la dernière communication faite à ce sujet
Saisine de l'inspecteur du travail en cas de recours abusif aux contrats précaires	
Communication du rapport de constatation de l'inspecteur du travail et de la réponse motivée de l'employeur à ces constatations C. trav., art. L. 2312-71 mod.	Obligation pour l'employeur de préciser, en tant que de besoin, les moyens qu'il met en œuvre dans le cadre d'un plan de résorption de la précarité destiné à limiter le recours à ces formes de contrat de travail

## Sécurisation du contrat d'opération (CDI de chantier)

### Un cadre légal pour le CDI de chantier

L'article 30 de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 introduit dans le code du travail un nouveau type de contrat à durée indéterminée : le contrat d'opération dit aussi CDI de chantier. Il s'agit d'un contrat à durée indéterminée qui prend place à côté du CDI classique, du CDD et du contrat d'intérim (pour une comparaison entre ces différents contrats, v. p. 105).

L'objectif affiché est de donner un cadre juridique à ce dispositif afin de le favoriser et de le sécuriser.

Rappelons, que jusqu'à l'ordonnance du 22 septembre 2017 l'existence du contrat de chantier était exclusivement d'origine conventionnelle. D'abord limitée au seul secteur du bâtiment et des travaux publics, cette pratique avait été étendue à d'autres professions telles que la réparation navale, l'aéronautique, la construction mécanique. D'ailleurs la jurisprudence avait même considéré que tous les secteurs d'activité pouvaient être concernés (Cass. soc. 5 déc. 1989, n° 87-40.747).

L'ordonnance n° 2017-1387 franchit un pas. Elle donne au contrat d'opération une existence légale, une nouvelle appellation, celle de contrat à durée déterminée de chantier ou d'opération, et définit les grandes lignes de son régime juridique. Désormais, tous les secteurs qui rentrent dans le nouveau cadre légal ont vocation à conclure de tels contrats. Son application pourrait donc être étendue à d'autres secteurs professionnels comme la chimie, l'automobile, la banque, la mode notamment.

### Comment recourir au CDI de chantier

#### Préalable : conclusion d'un accord de branche étendu

Contrairement au CDI de droit commun, il n'est pas possible de recourir au CDI de chantier dans n'importe quelle situation. L'ordonnance limite l'usage d'un tel contrat aux branches qui ont conclu un accord collectif en ce sens. Elle prévoit cependant la possibilité pour celles qui l'utilisaient déjà de continuer à l'utiliser.

> Quelle place pour le CDI de chantier dans les nouvelles règles de négociation collective ?

L'ordonnance prévoit que les mesures relatives au contrat de chantier font partie des sujets pour lesquels la branche a une compétence prioritaire (Bloc 1) (v. p. 9).

Seule une convention ou un accord de branche étendu (et non d'entreprise) pourra mettre en œuvre des contrats d'opération. Cet accord doit aussi définir les conditions dans lesquelles il est possible de recourir à un contrat conclu pour la durée d'un chantier ou d'une opération.

**Remarque :** on notera que l'article L. 1223-8 du code du travail créé par l'ordonnance n° 2017-1387 laisse les parties libres de définir les raisons les autorisant à recourir à ce type de contrat. A titre d'exemple, la convention collective nationale du secteur de la promotion construction qui comporte déjà des dispositions sur le CDI de chantier, justifie le recours au CDI de chantier par le fait que les entreprises de secteur « sont amenées à recruter des salariés pour les besoins limités à la commercialisation de programmes immobiliers (...) La durée de ces contrats ne peut être fixée à l'avance car liée à la rapidité avec laquelle les lots immobiliers sont vendus ».

Par ailleurs, ce texte fixe un cadre à la négociation en dressant une liste de points devant être prévus dans l'accord. Ainsi, aux termes du nouvel article L. 1223-9 du code du travail, la convention ou l'accord de branche doit prévoir :

- la taille des entreprises concernées ;
- les activités concernées ;
- les mesures d'information du salarié sur la nature de son contrat ;

**Exemple :** cette information figurera le plus souvent dans le contrat de travail. A titre d'exemple, plusieurs conventions collectives qui comportent déjà des dispositions sur le CDI de chantier imposent à l'employeur de porter dans le contrat la mention contrat à durée indéterminée de chantier (CCN des entreprises du paysage) ou encore d'indiquer expressément que le salarié est exclusivement engagé pour la mission de chantier (CCN transport ferroviaires et activités associées) ;

- les contreparties en termes de rémunérations et d'indemnité de licenciement accordées aux salariés ;
- les garanties en termes de formation pour les salariés concernés ;
- les modalités adaptées de rupture de ce contrat dans l'hypothèse où le chantier ou l'opération pour lequel ce contrat a été conclu ne peut pas se réaliser ou se termine de manière anticipée.

Cette liste n'étant pas limitative, il est tout à fait possible d'introduire d'autres mentions dans l'accord mettant en place le CDI d'opération, par exemple : une durée minimale, des priorités de réembauche à l'issue de la mission, le versement d'indemnités de rupture différenciées de celles versées en cas de licenciement économique ou individuel...

> Exemples de garanties complémentaires prévues par voie conventionnelle avant l'ordonnance du 22 septembre 2017

En cas de rupture motivée par la fin du chantier, le salarié perçoit sans condition d'ancienneté, une indemnité de licenciement égale au double de l'indemnité légale de licenciement (CCN des entreprises du paysage).

Lorsque les possibilités de réemploi n'existent pas et qu'il est mis fin au contrat de travail des salariés à l'issue du chantier, ces derniers pourront bénéficier d'un accès prioritaire aux formations proposées par le fonds d'assurance formation ingénierie, études et conseils (FAFIEC) ou au congé individuel de formation (CCN des Bureaux d'études techniques, avenant n° 11 du 8 juillet 1993 non étendu).

## A défaut d'accord, un usage habituel au 1<sup>er</sup> janvier 2017

Toutefois, l'article 30 de l'ordonnance n° 2017-1387 prévoit qu'à défaut d'accord de branche étendu, le contrat de chantier peut être conclu dans les secteurs où son usage est habituel et conforme à l'exercice régulier de la profession qui y recourt au 1<sup>er</sup> janvier 2017 (C. trav., art. L. 1223-8 créé). Il s'agit de permettre aux secteurs qui recourent déjà au contrat de chantier comme le BTP, la promotion immobilière, les entreprises du paysage, et du transport ferroviaire de continuer à conclure des CDI de chantier en application de leurs dispositions conventionnelles.

## Un contrat à durée indéterminée de type particulier

### Un CDI avec les droits d'un CDI

Le contrat d'opération est un contrat à durée indéterminée (C. trav., art. L. 1223-8). Par conséquent, les droits individuels et collectifs sont ceux de tous les salariés en CDI (période d'essai, durée du travail, rémunération, congés...).

### Mais un CDI à durée et à terme incertain

Même s'il a la nature d'un contrat à durée indéterminée, le contrat d'opération n'est pas tout à fait un CDI classique. Sa durée et son terme sont incertains car liés à la durée de réalisation de l'objet du contrat. Il se termine lorsque le chantier ou l'opération pour lequel il a été conclu se réalise (fin du chantier, achèvement de l'opération ou des travaux programmés...).

Ce type de contrat concerne les cas où la durée du chantier ou de l'opération ne peut pas être définie avec certitude. Cette flexibilité permet d'adapter la durée du contrat aux besoins de l'opération (cycles de production par exemple) et ainsi de faire face aux éventuels aléas pouvant affecter sa réalisation (retard de livraison...).

**Remarque :** afin de sécuriser le contrat, il nous semble préférable, lors de la rédaction du contrat d'indiquer expressément dans celui-ci sa nature (contrat à durée indéterminée de chantier, contrat à durée indéterminée d'opération) et de prévoir une clause descriptive du projet (description du projet, de l'opération pour lequel le salarié est engagé) ainsi que l'événement ou le résultat objectif déterminant la fin de la relation contractuelle (achèvement des travaux, fin du chantier).

On notera par ailleurs, que l'ordonnance n° 2017-1387 ne prévoit pas de règles légales si l'opération pour laquelle le contrat a été conclu ne peut pas se réaliser. Elle laisse aux parties le soin de fixer, lors de la négociation de l'accord de branche, les modalités adaptées de rupture de contrat dans l'hypothèse où le chantier ou l'opération pour lequel ce contrat a été conclu ne peut pas se réaliser ou se termine de manière anticipée (C. trav., art. L. 1223-9 créé).

#### > Chantier en France : CDI ou CDD ?

Les contrats conclus pour les chantiers du BTP effectués en France et ceux des autres professions effectués en France ou à l'étranger doivent l'être par CDI. Seuls les chantiers du bâtiment et travaux publics effectués à l'étranger qui figurent sur la liste des secteurs d'activité prévus dans le code du travail (C. trav., art. D. 1242-1) permettent de conclure un CDD d'usage. En dehors de ce cas, il n'est pas possible de conclure un CDD pour accroissement temporaire d'activité pour la réalisation d'un chantier.

### Une cause réelle et sérieuse en cas de rupture

Lorsque le chantier ou l'opération pour lequel le contrat a été conclu vient à se réaliser, l'employeur a la possibilité de licencier le salarié. La fin du chantier ou la réalisation de l'opération est une cause réelle et sérieuse de licenciement (C. trav., art. L. 1236-8 mod.).

**Remarque :** considérer que le licenciement intervenu en raison de la survenance de la fin du chantier ou de l'opération comme fondé sur une cause réelle et sérieuse est conforme à la jurisprudence constante et actuelle de la Cour de cassation et à l'ancien article L. 1236-8 qui prévoyait que le licenciement, à la fin du chantier, n'est pas soumis aux règles du licenciement pour motif économique prévu par le code du travail, sauf dérogations prévues par accord collectif ou convention collective. En revanche, certaines conventions qui prévoient déjà un CDI de chantier limitent le licenciement pour fin de chantier aux cas où il n'y a pas de réemploi possible après l'achèvement des tâches ou encore en cas de refus par le salarié concerné d'une offre écrite de réemploi sur un autre chantier (CCN transport ferroviaire et activités associées ; CCN promotion immobilière avenant n° 15, 5 févr. 2003).

### Procédure à respecter

Le licenciement pour fin de chantier est soumis à la procédure de licenciement pour motif personnel prévue par les articles L. 1232-2 à L. 1232-6 du code du travail : convocation à un entretien préalable, possibilité de se faire assister par une personne de son choix appartenant à l'entreprise, entretien préalable, notification du licenciement propre au licenciement pour motif personnel (C. trav., art. L. 1236-8 mod.).

L'employeur est aussi tenu de remettre au salarié un certificat de travail, un reçu pour solde de tout compte ainsi que l'attestation Pôle emploi.

### Indemnités à verser

Lors de la rupture, l'employeur doit verser les salaires échus, l'indemnité de congés payés, l'indemnité de licenciement.

En revanche, comme le contrat d'opération est un contrat à durée indéterminée il n'ouvre pas droit au versement d'une prime de précarité contrairement aux CDD et à l'intérim.

#### > Rappel du régime du licenciement pour fin de chantier avant l'ordonnance du 22 septembre 2017

En principe, le licenciement pour fin de chantier n'est pas un licenciement pour cause économique. La jurisprudence a toujours considéré qu'un tel licenciement relevait de la procédure du licenciement pour motif personnel (Cass. soc., 4 oct. 1979, n° 77-41.755).

Pour échapper à la qualification de licenciement économique, le licenciement doit revêtir un caractère normal selon la pratique habituelle et l'exercice régulier de la profession, comme le précise l'article L. 1236-8 du code du travail dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance.

La jurisprudence a précisé que la validité du licenciement prononcé en raison de la survenance de la fin d'un chantier est subordonnée à l'existence, dans le contrat de travail ou la lettre d'embauche, d'une clause précisant que le contrat est conclu pour un ou plusieurs chantiers déterminés et à l'achèvement des tâches pour lesquelles le salarié a été embauché (Cass. soc., 2 juin 2004, n° 01-46.891). Cependant, la durée effective du chantier importe peu. Il est indifférent que la durée estimée du chantier ait été mentionnée au contrat et que cette durée ait été dépassée (Cass. soc., 15 nov. 2006, n° 04-48.672). Peu importe également que la durée de l'engagement ait été inférieure à la durée d'exécution du chantier et que les tâches d'autres salariés employés dans d'autres secteurs se soient poursuivies ultérieurement (Cass. soc., 16 déc. 2008, n° 07-43.395).

L'exclusion des licenciements de fin de chantier du droit du licenciement économique peut toutefois être aménagée, voire supprimée :

- par des dispositions conventionnelles : ainsi un accord d'entreprise ou de branche peut assujettir les licenciements de fin de chantier à tout ou partie de la procédure économique. Par exemple les accords nationaux conclus dans le bâtiment (accords nationaux du 26 juin 1989 et du 29 octobre 1986) prévoient que les licenciements de fin de chantier doivent donner lieu à consultation des représentants du personnel (Cass. soc., 31 oct. 2006, n° 04-46.258) ;
- par décision unilatérale de l'employeur (engagement pris par l'employeur devant le comité d'entreprise) (Cass. soc., 20 mai 1992, n° 89-42.902).

## Entrée en vigueur

L'article 40, VIII de l'ordonnance n° 2017-1387 prévoit que les nouvelles dispositions relatives au contrat d'opération sont applicables aux contrats de travail conclus après la publication de l'ordonnance, soit à compter du 24 septembre 2017.

En revanche, dans les secteurs où l'usage de CDI de chantier est habituel et conforme à l'exercice régulier de la profession au 1<sup>er</sup> janvier 2017 il est toujours possible de conclure de tels contrats.

En pratique, dans les secteurs où il n'existe pas d'usage de CDI de chantier, il faudra attendre qu'un accord de branche ait été signé et étendu pour pouvoir recourir au CDI d'opération.

### Les principaux types de contrat

	CDI	Contrat d'opération (CDI de chantier)	CDD	CTT (contrat de travail temporaire)
Objet du contrat	Pouvoir un nouvel emploi ou une vacance de poste dans la durée	Couvrir la réalisation d'une opération ou d'un chantier en ajustant la durée du contrat aux besoins de l'opération ou du chantier	Gérer un besoin ponctuel sans augmenter l'effectif permanent de l'entreprise	
Cas de recours	Aucun	Contrat conclu pour un chantier ou une opération définie	Contrat conclu pour une durée limitée dans les cas autorisés par la loi (remplacement, accroissement temporaire d'activité, emplois saisonniers, emplois temporaires d'usage)	
Durée du contrat	Sans limitation de durée	Durée du chantier ou de l'opération (pas de durée minimum ni maximum)	De date à date (terme précis) ou à terme imprécis (avec durée minimale)  Possibilités de renouvellement et de successions strictement encadrées par la loi	
Durée du travail	Temps complet ou temps partiel			
Fin du contrat	Licenciement pour motif personnel ou raisons économiques  Rupture conventionnelle  Démission du salarié  Prise d'acte de la rupture  Départ ou mise à la retraite du salarié  Force majeure  Résiliation judiciaire	Fin du chantier ou achèvement des tâches contractuelles (cause réelle et sérieuse)  Démission  Prise d'acte de la rupture  Rupture conventionnelle  Force majeure  Résiliation judiciaire	Échéance du terme du contrat  Rupture anticipée si : – faute grave du salarié ou de l'employeur ; – force majeure ; – accord des parties ; – embauche du salarié sous CDI ; inaptitude du salarié	Échéance du terme du contrat  Rupture anticipée si : – faute grave du salarié ; – force majeure ; – embauche en CDI
Coût de la rupture	Indemnité compensatrice de congés payés  Indemnité de licenciement en fonction de l'ancienneté du salarié  Indemnité de préavis	Indemnité compensatrice de congés payés  Indemnité de préavis  Indemnité de licenciement en fonction de l'ancienneté du salarié	Indemnité de précarité de 10 % sauf exceptions et indemnité compensatrice de congés payés  Contribution supplémentaire de 1 % (sur salaires bruts des CDD) pour financer l'accès des CDD au CIF	Indemnité de fin de mission de 10 % sauf exceptions et indemnités compensatrices de congés payés  Coût de la prestation de service due à l'ETT

# Modifications apportées à la durée du travail

## Travail de nuit

La licéité du recours au travail de nuit est subordonnée au fait que son recours est exceptionnel, que son organisation prend en compte les impératifs de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs, et qu'il est justifié par la nécessité d'assurer la continuité de l'activité économique et ou celle des services d'utilité sociale (C. trav., art. L. 3122-1).

Le travail de nuit peut être mis en œuvre par accord d'entreprise ou d'établissement, ou, à défaut, par accord de branche, à défaut il suppose l'autorisation de l'inspecteur du travail.

La convention ou l'accord collectif, qui institue le travail de nuit, est « présumé » négocié et conclu conformément aux dispositions de l'article L. 3122-1 (C. trav., art. L. 3122-15).

Cette disposition s'applique à compter du 24 septembre 2017, y compris aux accords collectifs conclus avant cette date.

**Remarque :** les accords collectifs mettant en œuvre le travail de nuit doivent prévoir « les justifications du recours au travail de nuit mentionnées à l'article L. 3122-1 ». Rappelons que l'ouverture, la nuit, d'un parfumeur sur les Champs Élysées a été considérée comme causant un trouble manifestement illicite. La Cour de cassation, en interprétant l'article L. 3122-1 du code du travail au regard de la directive 93/104 du 23 novembre 1993 (Cass. soc., 24 sept. 2014, n° 13-24.851), n'a pas tenu compte des arguments liés à l'attractivité du lieu.

## Travail du dimanche dans les commerces : période transitoire repoussée

### Contexte

Avant la loi du 6 août 2015, selon l'implantation des commerces, le travail du dimanche obéissait à un régime juridique distinct.

Les commerces situés dans les communes d'intérêt touristique ou thermales et les zones touristiques d'affluence exceptionnelle ou d'animation culturelle permanente avaient l'autorisation d'ouvrir le dimanche sur le fondement d'un arrêté préfectoral. Faire travailler ses salariés le dimanche n'était pas subordonné à la conclusion d'un accord collectif ou d'une décision unilatérale de l'employeur approuvée par la majorité de salariés.

Pour les commerces situés dans les périmètres d'usage de consommation exceptionnelle (PUCE), l'ouverture dominicale était soumise à la conclusion d'un accord collectif ou, le cas échéant, d'une décision unilatérale de l'employeur prise après avis

des représentants du personnel et approuvée par référendum. Cet accord ou cette décision devait fixer des contreparties salariales pour les salariés. Les salariés travaillant le dimanche suite à une décision de l'employeur devaient bénéficier d'un repos compensateur et d'une rémunération doublée.

La loi du 6 août 2015 a procédé à une refonte de ces zones touristiques et des PUCE qui sont devenus de plein droit des zones touristiques et des zones commerciales et a réformé le cadre juridique (conclusion d'un accord collectif ou dans les entreprises de moins de 11 salariés, d'une décision unilatérale de l'employeur, contreparties salariales obligatoires, modalités d'acceptation ou de refus uniformisés).

La loi du 6 août 2015 a prévu un délai de mise en conformité pour les commerces situés dans les anciennes zones touristiques et commerciales. Ces commerces ont été autorisés à continuer d'appliquer le régime antérieur et ainsi faire travailler leurs salariés le dimanche sans compensation dans les zones touristiques ou dans les zones commerciales, quelle que soit la taille de l'établissement, jusqu'au 1<sup>er</sup> jour du 24<sup>e</sup> mois suivant la publication de la loi du 6 août 2015, soit jusqu'au 1<sup>er</sup> août 2017.

A l'expiration de ce délai, soit à compter du 1<sup>er</sup> août 2017, il était prévu que ces commerces ne pourraient ouvrir le dimanche que s'ils étaient couverts par un accord collectif comportant l'ensemble des garanties prévues à l'article L. 3132-25-3 et L. 3132-25-4 du code du travail ou, dans les entreprises de moins de 11 salariés non couvertes par un accord, par une décision unilatérale approuvée par la majorité des salariés prévoyant les mêmes garanties.

Or à la date du 1<sup>er</sup> août, de nombreux commerces n'étaient pas en conformité avec la législation du travail dominical faute d'accord collectif ou de décision unilatérale conforme au nouveau régime. Les commerces concernés sont essentiellement situés dans les zones touristiques, auparavant non soumises à la conclusion d'un accord collectif et à la fixation de contreparties aux salariés. Selon l'étude d'impact, il s'agit des commerces situés dans les zones touristiques de Bretagne, du Grand Est (sauf Alsace-Moselle), du Pas de Calais, de l'Isère, de la Savoie, de la Haute-Savoie, de Côte-d'Or et des Bouches-du-Rhône ainsi que des zones touristiques du Vieux Lyon et de Marseille.

### Poursuite de la période transitoire jusqu'au 1<sup>er</sup> août 2018

Les commerces ouvrant le dimanche qui, à la date du 1<sup>er</sup> août 2017 n'étaient pas en conformité avec la loi du 6 août 2015 faute d'être couverts par un accord collectif ou une décision unilatérale conforme auraient dû être contraints de fermer le dimanche, sous peine de sanctions civiles et pénales.

Pour éviter à ces commerces d'être dans l'illégalité, la loi d'habilitation à prendre des ordonnances du 15 septembre 2017 a prorogé la période transitoire d'un an, soit jusqu'au 1<sup>er</sup> août 2018 (L. n° 2017-1340, 15 sept. 2017, art. 7 : JO, 16 sept.)

Ce report laisse un an de plus aux commerces situés dans les zones concernées pour négocier un accord collectif sur le travail du dimanche.

La prolongation de la période transitoire s'applique de manière rétroactive au 1<sup>er</sup> août 2017.

**Remarque :** à l'origine, le projet de loi d'habilitation prévoyait d'autoriser le gouvernement à prendre une ordonnance sur ce point. Mais pensant que la publication de la loi d'habilitation serait bien antérieure à celle des ordonnances, les sénateurs ont proposé de ne pas recourir à l'ordonnance et de modifier directement l'article 257 de la loi du 6 août 2015 avec une entrée en vigueur rétroactive au 1<sup>er</sup> août 2017. L'objectif était que les commerces concernés ne restent pas trop de temps dans l'incertitude juridique sur la légalité du travail du dimanche à compter du 1<sup>er</sup> août 2017. Cette proposition des sénateurs a été retenue mais en raison de la saisine du conseil constitutionnel, la publication de la loi d'habilitation n'est intervenue que le 16 septembre, soit un mois et demi après l'expiration de la période transitoire initiale et 6 jours avant la publication des ordonnances !

## Recours au prêt de main-d'œuvre non lucratif

### Contexte : une définition floue du caractère non lucratif

#### Des textes imprécis

Le code du travail distingue le prêt de main-d'œuvre à but lucratif, en principe interdit (sauf exceptions légales comme le travail temporaire), et le prêt de main-d'œuvre à but non lucratif, autorisé (C. trav., art. L. 8241-1 et L. 8241-2).

Mais la définition du caractère lucratif ou non du prêt de main-d'œuvre soulève depuis longtemps un débat source de contentieux et crée une incertitude entre ce qui est licite et illicite.

En effet, selon l'article L. 8241-1 du code du travail, « une opération de prêt de main-d'œuvre ne poursuit pas de but lucratif lorsque l'entreprise prêteuse ne facture à l'entreprise utilisatrice, pendant la mise à disposition, que les salaires versés au salarié, les charges sociales afférentes et les frais professionnels remboursés à l'intéressé au titre de la mise à disposition ».

L'idée sous-jacente de cette définition est que l'entreprise prêteuse ne doit tirer aucun bénéfice du prêt : elle ne peut se faire rembourser que les frais liés à la mise à disposition de ses salariés et donc facturer cette mise à disposition « à prix coûtant ». Ce qui conduit notamment à interdire, a priori, toute facturation des frais de gestion puisque de tels frais ne sont pas compris dans la liste des dépenses facturées : seuls peuvent être facturés les salaires, les charges sociales et les frais professionnels.

#### De nouvelles pratiques de prêt de main-d'œuvre

Les critères du caractère non lucratif du prêt de main-d'œuvre fixés à l'article L. 8241-1 du code du travail avant l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre

2017 se révélaient, face à la pratique, insuffisants et dépassés, pour trois raisons.

Première raison, le caractère lucratif ou non du prêt de main-d'œuvre était d'une part appréciée, par le code du travail, au regard de la seule entreprise prêteuse. Or la Cour de cassation analyse parfois le bénéfice tiré par l'entreprise utilisatrice pour décider si le prêt de main-d'œuvre est lucratif ou non et par conséquent s'il est licite ou non (Cass. soc., 18 mai 2011, n° 09-69.175 ; Cass. crim., 12 mai 1998, n° 96-86.479).

Deuxième raison, la définition du caractère non lucratif ne visait pas explicitement le cas où l'entreprise prêteuse sous-facture la mise à disposition de son personnel mais uniquement le cas où elle la facturait « à prix coûtant ». Il en résultait qu'a priori une sous-facturation était illicite au regard du droit du travail. Par ailleurs, cette opération présentait un risque au regard du droit fiscal : une sous-facturation du coût de la mise à disposition par l'entreprise prêteuse pouvait être analysée comme un avantage injustifié à un tiers et était susceptible de donner lieu à réintégration. Or pour favoriser le démarrage et le développement de start-up, des entreprises n'hésitent pas à mettre à disposition des salariés à moindre coût.

Troisième raison, des plate-formes numériques de mise en relation d'entreprises offrant de prêter leur personnel à d'autres se sont développées ces dernières années.

#### La volonté du gouvernement de développer le prêt de main-d'œuvre

Le gouvernement a souhaité favoriser et sécuriser ce prêt de main-d'œuvre entre d'une part un groupe ou une entreprise et d'autre part une jeune entreprise ou une PME, par une adaptation des dispositions en matière de droit du travail et du droit fiscal (L. n° 2017-1340, 15 sept. 2017, art. 3, 3<sup>e</sup>).

C'est l'objet de l'article 33 de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 qui crée un nouveau cas de prêt de main-d'œuvre licite.

## Un nouveau cas de prêt de main-d'œuvre licite

Désormais, un groupe ou une entreprise est autorisé à mettre à disposition ses salariés auprès d'une jeune entreprise ou d'une PME, en facturant cette opération de prêt de main-d'œuvre à un montant inférieur aux

salaires versés, aux charges sociales afférentes et aux frais professionnels (C. trav., art. L. 8241-3 nouv.).

Toutefois, un décret d'application est nécessaire pour rendre applicable ce nouveau cas de recours de prêt de main-d'œuvre (C. trav., art. L. 8241-3, III).

Le tableau ci-après récapitule les modalités de ce nouveau cas de prêt de main-d'œuvre licite.

Conditions à réunir	
Entreprise prêteuse	Seuls les groupes ou entreprises qui ont au moins 5 000 salariés sont autorisés à sous-facturer la mise à disposition de leurs salariés. Sont exclus les prêts de main-d'œuvre au sein du même groupe au sens du code du commerce (défini aux articles L. 233-1, L. 233-3, I et II et L. 233-16 du code de commerce).
Entreprise utilisatrice	Pour bénéficier de ce prêt de main-d'œuvre « à moindre coût », l'entreprise utilisatrice doit être : – une jeune entreprise qui a moins de 8 ans d'existence au moment de la mise à disposition, quel que soit son effectif ; – ou une PME (petite ou moyenne entreprise) d'au maximum 250 salariés.
Opération de prêt de main-d'œuvre	Objectif du prêt : le prêt de main-d'œuvre doit être destiné à améliorer la qualification de la main-d'œuvre, favoriser les transitions professionnelles ou constituer un partenariat d'affaires ou d'intérêt commun. Coût du prêt : le montant facturé par l'entreprise prêteuse à l'entreprise utilisatrice est inférieur ou égal aux salaires versés aux salariés mis à disposition, aux charges sociales afférentes et aux frais professionnels remboursés au titre de leur mise à disposition temporaire. Durée maximale du prêt : le prêt de main-d'œuvre conclu dans ce cadre n'excède pas une durée de 2 ans.

## Formalisme à respecter

### Conclusion d'une convention de prêt de main-d'œuvre

Comme tout prêt de main-d'œuvre, la mise à disposition de salariés d'une grande entreprise auprès d'une jeune structure est subordonnée à la conclusion d'une convention. Cette convention doit comporter les mentions suivantes (C. trav., art. L. 8241-2) :

- la finalité du prêt de main-d'œuvre, à savoir : permettre d'améliorer la qualification de sa main-d'œuvre, favoriser les transitions professionnelles ou constituer un partenariat d'affaires ou d'intérêt commun ;
- la durée du prêt, sachant que pour ce type de prêt de main-d'œuvre, elle est limitée à 2 ans ;
- l'identité et la qualification du ou des salariés concernés ;
- le mode de détermination des salaires, des charges sociales et des frais professionnels qui seront facturés à l'entreprise utilisatrice par l'entreprise prêteuse. A noter que l'entreprise prêteuse peut

facturer ce montant à un montant inférieur aux salaires versés aux salariés concernés, aux charges sociales afférentes et aux frais professionnels remboursés au titre de leur mise à disposition temporaire.

### Conclusion d'un avenant au contrat de travail

Un avenant au contrat de travail doit être signé par le salarié et l'entreprise prêteuse. Cet avenant doit préciser le travail confié, les horaires et le lieu d'exécution du travail ainsi que les caractéristiques particulières du poste de travail.

## Entrée en vigueur

Ce nouveau cas de prêt de main-d'œuvre licite entrera en vigueur à la date de publication du décret déterminant les conditions d'application et, au plus tard, le 1<sup>er</sup> janvier 2018 (Ord. n° 2017-1387, 22 sept. 2017, art. 40, X ; C. trav., art. L. 8241-3, III).

# Contrat de génération : abrogation du dispositif

## Objectif et fonctionnement du contrat de génération : bref rappel

### Un dispositif à triple objectif

Projet phare de la campagne électorale puis du quinquennat de François Hollande, le contrat de génération est un dispositif spécifique d'incitation à l'embauche, centré sur les profils identifiés comme étant les plus fragiles face à l'emploi :

– les jeunes âgés de 16 à 26 ans (30 ans s'il s'agit d'un travailleur handicapé) ;

– les seniors d'au moins 57 ans (55 ans s'il s'agit d'un travailleur handicapé).

Il était censé répondre à un triple objectif :

– faciliter l'insertion durable des jeunes dans l'emploi en leur donnant accès à un CDI ;

– favoriser l'embauche et le maintien dans l'emploi des seniors ;

– assurer la transmission des savoirs et compétences.

Pour chaque jeune qu'elle embauchait, l'entreprise devait s'engager à maintenir dans l'emploi un senior ou en embaucher un. Il était également possible de constituer un binôme entre un jeune et un chef d'entreprise dans la perspective d'une transmission d'entreprise.

### Trois modalités de mise en œuvre selon la taille de l'entreprise

Ce dispositif était assorti de mesures incitatives (aide financière) ou contraignantes (pénalité) selon la taille de l'entreprise (v. tableau ci-dessous).

Taille de l'entreprise	Taille du groupe	Aide/Pénalité
Moins de 50 salariés	Jusqu'à 49 salariés inclus	Aide à l'embauche sans obligation de négociation.
	De 50 à 299 salariés inclus	Aide à l'embauche sous réserve d'être couverte par un accord collectif d'entreprise, de groupe ou de branche ou par un plan d'action.
	300 salariés et plus	Pas d'aides. Pénalité en l'absence d'accord collectif d'entreprise, de groupe ou de branche ou de plan d'action.
De 50 à 299 salariés inclus	De 50 à 299 salariés inclus	Aide à l'embauche sous réserve d'être couverte par un accord collectif d'entreprise, de groupe ou de branche ou par un plan d'action.
	300 salariés et plus	Pas d'aides. Pénalité en l'absence d'accord collectif d'entreprise, de groupe ou de branche ou de plan d'action.
300 salariés et plus	300 salariés et plus	Pas d'aides. Pénalité en l'absence d'accord collectif d'entreprise, de groupe ou de branche ou de plan d'action.

## Dispositif supprimé depuis le 24 septembre 2017

En 4 ans, le dispositif n'a pas su convaincre les employeurs. C'est donc très logiquement que le gouvernement le supprime (Ord. n° 2017-1387, art. 9).

Le dispositif est entièrement supprimé depuis le 24 septembre 2017 :

– les employeurs ne peuvent plus bénéficier des aides financières ;

– les grandes entreprises et les PME n'ont plus l'obligation de négocier sur ce sujet ;

– les grandes entreprises n'encourent plus de pénalité en cas de carence d'accord ou de plan d'action.

## Conséquences de la suppression du dispositif

### Maintien des aides demandées avant le 23 septembre

Si le dispositif est supprimé, toutes les aides financières qui ont été demandées avant le 23 septembre 2017 seront intégralement versées aux employeurs.

Rappelons que le montant de l'aide est de 12 000 € sur 3 ans et, lorsque le jeune et un senior ont été recrutés, de 24 000 € sur 3 ans.

## Sort des accords collectifs existants sur le sujet

Certes, le dispositif est supprimé et avec lui, la cohorte d'aides et de pénalités financières. Mais il n'en demeure pas moins que des accords collectifs d'entreprise ou de groupe, ou des plans d'action ont été négociés. Quel sort réserver à ces accords et plans ?

Même s'ils ont été conclus sous le visa de dispositions légales qui n'existent plus, ils continuent de produire leurs effets jusqu'à leur échéance.

A moins bien sûr, d'avoir conditionné leur existence à celle des dispositions sur la base desquelles ils ont été conclus, de les dénoncer (dans les conditions requises par la loi) ou de négocier un nouvel accord qui annule et remplace le précédent.



# Simplification des dispositifs relatifs à la pénibilité au travail

L'ordonnance n° 2017-1389 du 22 septembre 2017 recentre, à compter du 1<sup>er</sup> octobre 2017, les facteurs de risques professionnels retenus pour le compte pénibilité (rebaptisé pour l'occasion « compte personnel de prévention ») sur ceux dont l'évaluation est jugée plus facile. Quid des facteurs laissés de côté ? Les salariés exposés à ces facteurs peuvent bénéficier d'une version light du dispositif de retraite anticipée pour pénibilité. L'ordonnance modifie également le financement de ce compte en supprimant dès le 1<sup>er</sup> janvier 2018 les cotisations dédiées. Un abandon du principe « pollueur-payeur » qui prévalait jusque-là. Enfin, l'ordonnance modifie le périmètre de l'obligation de conclure un accord ou un plan d'action sur la prévention de la pénibilité pour les entreprises d'au moins 50 salariés. Et ce, à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2019.

## La consécration légale des 10 facteurs de risques professionnels

### Deux modifications apportées par l'ordonnance

Les 10 facteurs de risques professionnels (facteurs de pénibilité) résultent toujours :

- de contraintes physiques marquées ;
- d'un environnement physique agressif ;
- ou de certains rythmes de travail.

Pour chacune de ces trois catégories, on retrouve les mêmes facteurs de risques (voir tableau ci-après).

Les deux modifications à retenir les concernant sont :  
- leur légalisation (C. trav., art. L. 4161-1 nouv.) ;  
- et surtout la sortie d'un certain nombre d'entre eux non seulement du dispositif du compte pénibilité mais aussi de l'obligation de négocier un accord de prévention de la pénibilité pour les entreprises d'au moins 50 salariés.

### Tableau récapitulatif des 10 facteurs désormais légaux

Les 10 facteurs de pénibilité consacrés dans la loi

Catégories	Facteurs de risques professionnels	Compte personnel de prévention	Départ anticipé à la retraite pour pénibilité	Obligation de conclure un accord ou un plan d'action sur la prévention de la pénibilité à compter du 1 <sup>er</sup> janvier 2019
Contraintes physiques marquées	Manutentions manuelles de charges	Non	Oui	Non
	Postures pénibles	Non	Oui	Non
	Vibrations mécaniques	Non	Oui	Non

Catégories	Facteurs de risques professionnels	Compte personnel de prévention	Départ anticipé à la retraite pour pénibilité	Obligation de conclure un accord ou un plan d'action sur la prévention de la pénibilité à compter du 1 <sup>er</sup> janvier 2019
Environnement physique agressif	Agents chimiques dangereux	Non	Oui	Non
	Activités exercées en milieu hyperbare	Oui	Non	Oui
	Températures extrêmes	Oui	Non	Oui
	Bruit	Oui	Non	Oui
Rythmes de travail	Travail de nuit	Oui	Non	Oui
	Travail en équipes successives alternées	Oui	Non	Oui
	Travail répétitif	Oui	Non	Oui

## Simplification du compte pénibilité et des obligations patronales en découlant

### Une simplification attendue par les entreprises

#### Un objectif de simplification clairement affiché par le gouvernement

Très critiqué pour sa trop grande complexité, le compte personnel de prévention de la pénibilité (C3P), est rebaptisé « compte professionnel de prévention » (C2P).

Comme le C3P, ce nouveau compte fonctionne sur une logique de seuils : pour chaque facteur de risques professionnels retenu par le compte, est défini un seuil d'exposition. En deçà de ce seuil, le salarié ne reçoit pas de points pour alimenter son compte et l'employeur n'a pas à déclarer d'exposition.

**Remarque :** depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2017, le C3P est intégré dans le dispositif plus large du compte personnel d'activité (CPA), avec le compte personnel de formation (CPF) et le compte d'engagement citoyen (CEC).

Le gouvernement n'a pas souhaité supprimer totalement le dispositif ; il le simplifie.

Les simplifications les plus tangibles pour les entreprises sont :

- la suppression des cotisations pénibilité (le financement est transféré à la branche AT/MP) ;
- le retrait de 4 facteurs sur 10 du compte professionnel de prévention : agents chimiques

dangereux, postures pénibles, manutention de charges lourdes et vibrations mécaniques.

**Remarque :** les 4 facteurs de risques professionnels désormais exclus du dispositif sont ceux qui gênaient le plus les entreprises en matière de déclaration et de contentieux potentiels avec les salariés. Ce retrait devrait impacter directement et positivement l'ensemble des déclarations à faire prochainement. En 2016, ces 4 facteurs représentaient environ 30 % des expositions aux facteurs de risques professionnels déclarées par les entreprises.

#### Une entrée en vigueur à brève échéance

Sous réserve des mesures nécessitant la parution d'un décret d'application, le compte professionnel de prévention (C2P) remplace le compte personnel de prévention de la pénibilité (C3P) depuis le 1<sup>er</sup> octobre 2017 (Ord. n° 2017-1389, 22 sept. 2017, art. 5 : JO, 23 sept.).

Concrètement, début 2018, les entreprises devront déclarer les expositions aux facteurs de risques professionnels au titre de 2017 comme suit :

- les expositions aux 4 facteurs de risques professionnels retirés du C2P devront être tout de même déclarées au titre des 3 premiers trimestres de 2017 ;
- les expositions aux 6 facteurs de risques professionnels inclus dans le C2P devront être déclarées sur la totalité de l'année 2017.

Les cotisations dues au titre de la pénibilité seront, elles, supprimées au 1<sup>er</sup> janvier 2018 (v. p. 116).

## Plus que 6 facteurs de risques professionnels à déclarer annuellement

### Les salariés concernés : a priori, pas de changement

Comme pour le C3P, l'employeur doit effectuer une déclaration annuelle recensant tous les salariés susceptibles d'acquiescer des droits au titre du C2P.

Sauf surprise, les salariés visés par ce recensement devraient rester les mêmes que ceux visés par le recensement pour le C3P. Pour en être certain, il faut toutefois attendre la parution du décret précisant les modalités déclaratives de ce compte (non paru à l'heure où nous rédigeons ces lignes).

### Les 6 facteurs du C2P

Les facteurs de risques professionnels à prendre en compte pour établir la déclaration annuelle résultent dorénavant (C. trav., art. L. 6143-1 nov.) :

- d'un environnement physique agressif ;
- ou de certains rythmes de travail.

Les 6 facteurs de risques professionnels retenus par le C2P sont ceux qui, a priori, sont les plus facilement mesurables, à savoir :

- le travail de nuit ;
- le travail en équipes successives alternantes ;
- le travail répétitif ;
- les activités exercées en milieu hyperbare ;
- les températures extrêmes ;
- le bruit.

**Remarque :** pour rappel, les 4 facteurs exclus du dispositif sont liés à des contraintes physiques marquées et à un environnement physique agressif, à savoir :

- les manutentions manuelles de charges,
- les postures pénibles (positions forcées des articulations),
- les vibrations mécaniques,
- et les agents chimiques dangereux.

A l'heure où nous rédigeons ces lignes, nous ne sommes pas en mesure de confirmer si les seuils réglementaires à ne pas dépasser prévus pour chacun de ces facteurs seront modifiés ou maintenus. Pour le savoir, il faut attendre le décret d'application.

A toutes fins utiles, nous indiquons les seuils réglementaires actuellement en vigueur dans le tableau ci-après.

### Seuils réglementaires actuels par facteur de risque professionnel

Catégories	Facteurs de risques professionnels	Seuils réglementaires actuels		
		Action de situation	Intensité minimale	Durée minimale
Environnement physique agressif	Activités exercées en milieu hyperbare	Intervention ou travaux	1 200 hectopascals	60 interventions ou travaux par an
	Températures extrêmes	Température inférieure ou égale à 5° C ou au moins égale à 30° C		900 heures par an
	Bruit	Niveau d'exposition au bruit rapporté à une période de référence de 8 heures d'au moins 81 décibels (A)		600 heures par an
		Exposition à un niveau de pression acoustique de crête au moins égal à 135 décibels (C°)		120 fois par an
Rythmes de travail	Travail de nuit	Une heure de travail entre 24 heures et 5 heures		120 nuits par an
	Travail en équipes successives alternées	Travail en équipes successives alternantes impliquant au minimum 1 heure de travail entre 24 heures et 5 heures		50 nuits par an
	Travail répétitif	Temps de cycle inférieur ou égal à 30 secondes : 15 actions techniques ou plus		900 heures par an
Temps de cycle supérieur à 30 secondes, temps de cycle variable ou absence de temps de cycle : 30 actions techniques ou plus par minute				

### Une méthode d'évaluation et de déclaration identique

#### ■ Méthode d'évaluation : bref rappel

Pour l'aider à évaluer les risques professionnels, l'employeur dispose toujours potentiellement de deux outils (C. trav., art. L. 4163-2 nov.) :

- un référentiel défini par un accord de branche étendu : cet accord doit déterminer l'exposition des travailleurs en se référant aux postes, mais aussi plus

largement aux métiers et aux situations de travail occupés et aux mesures de protection individuelle et collective appliquées ;

- ou, à défaut, un référentiel professionnel de branche et homologué par arrêté ministériel.

Qu'ils soient définis par accord de branche ou homologués par arrêté ministériel, les référentiels de branche sont opposables. L'employeur appliquant ces référentiels pour déclarer l'exposition de ses travailleurs

ne peut donc pas se voir appliquer la pénalité prévue en cas de déclaration inexacte [c'est aujourd'hui clairement prévu par la loi (C. trav., art. L. 4163-2, IV)].

**Remarque :** à noter qu'un décret (non paru à l'heure où nous rédigeons ces lignes) définira plus précisément les conditions d'utilisation de ces outils de branche pour établir la déclaration. Une heureuse nouvelle.

**> Déclaration sur les expositions aux facteurs de pénibilité et obligation de sécurité de résultat**

Comme auparavant, l'absence de présomption d'un manquement de l'employeur à son obligation de sécurité de résultat du seul fait de la déclaration est consacrée par la loi (C. trav., art. L. 4163-3).

A défaut d'accord ou de référentiel, l'employeur reste tenu d'évaluer et de comptabiliser lui-même l'exposition de ses salariés aux facteurs de risques professionnels, comme suit :

- étape 1, identifier les postes impactés par les facteurs de risques professionnels ;
- étape 2, mesurer les seuils d'exposition pour chaque type de poste : cette mesure est faite au regard des conditions habituelles de travail caractérisant le poste occupé, telles qu'elles se révèlent en moyenne sur l'année et en tenant compte des équipements de protection individuels et collectifs mis en place.

L'évaluation des risques réalisée dans la DUER sert naturellement de repère à l'employeur pour l'appréciation des conditions de pénibilité auxquelles chaque travailleur est exposé. Ce document comporte un inventaire des risques présents dans chaque unité de travail de l'entreprise et de l'établissement. Des données collectives utiles à l'évaluation y figurent en annexe. L'employeur peut aussi utiliser les guides et documents d'aide à l'évaluation des risques, spécialisés par métiers et secteurs professionnels, établis par les institutions et organismes de prévention.

**NDLR :** si les efforts de simplification entrepris par le gouvernement dans cette ordonnance sont louables, il serait souhaitable qu'ils soient poursuivis pour éclaircir les zones d'ombres qui planent toujours sur l'évaluation à défaut de référentiel. A titre d'exemple, dans une instruction DGT/DSS n° 1 du 13 mars 2015 (NOR : ETST1504534J), l'administration a levé certaines difficultés mais les explications qu'elle fournit sur la notion d'« absences du salarié remettant manifestement en cause l'exposition au-delà des seuils réglementaires » mériteraient d'être précisées.

Les entreprises utilisatrices doivent toujours transmettre à l'entreprise de travail temporaire les informations nécessaires à l'établissement de la déclaration, dans des conditions précisées par décret en Conseil d'État.

**■ Modalités déclaratives : bref rappel**

Les modalités déclaratives, précisées par décret (non paru à l'heure où nous rédigeons ces lignes), devraient rester identiques à celles applicables pour le C3P.

Pour rappel, la déclaration des expositions se fait via la DSN. Concrètement, pour les contrats de travail couvrant toute l'année civile, la déclaration est à faire au terme de l'année. Pour les contrats de travail infra-annuels, cette déclaration est à faire le mois de départ du salarié.

**Remarque :** l'employeur garde un droit à rectification (dans des délais fixés par décret). Il peut faire l'objet d'un contrôle sur place ou sur pièces par l'organisme gestionnaire du C2P. En cas de déclaration inexacte, il s'expose toujours à une pénalité dont le montant maximal reste fixé à 50 % du plafond mensuel de la Sécurité sociale au titre de chaque salarié (ou assimilé) pour lequel l'inexactitude est constatée (C. trav., art. L. 4163-16 nouv.). Sauf, bien sûr, s'il utilise les référentiels de branche.

## Le fonctionnement du nouveau compte

### Ouverture et alimentation quasi identiques à celles du C3P

Les conditions d'ouverture et d'alimentation du C2P restent très proches de celles du C3P.

Dès qu'un salarié acquiert des points au titre de son exposition à un ou plusieurs des 6 facteurs de risques professionnels au-delà des seuils réglementaires, un compte lui est ouvert (C. trav., art. L. 4163-5 nouv.).

Ce compte est crédité d'un certain nombre de points, en fonction des informations transmises à l'administration par l'employeur dans sa déclaration (C. trav., art. L. 4163-6 nouv.).

**Remarque :** un décret en Conseil d'État (non paru à l'heure où nous rédigeons ces lignes) fixera les modalités d'inscription des points sur le compte, précisera le nombre maximal de points pouvant être acquis au cours d'une carrière et définira le nombre de points auquel ouvrent droit les expositions simultanées à plusieurs facteurs. Seront-ils identiques à ceux prévus réglementairement aujourd'hui ?

### Utilisation du compte : des changements en perspective

Le salarié est, en principe, libre de choisir l'utilisation qu'il souhaite faire des points acquis.

**Remarque :** pour le C3P, il y avait une limite à cette liberté. Les 20 premiers points étaient réservés au financement d'une action de formation professionnelle. Cette limite est maintenue dans le nouveau dispositif mais sans confirmation du nombre de points réservés. Un décret à paraître le précisera.

Le salarié peut affecter ces points aux trois utilisations suivantes :

- le financement total ou partiel d'une action de formation professionnelle : dans ce cas, les points sont convertis en heures de formation pour abonder le compte personnel de formation ;
- le financement du complément de sa rémunération (cotisations sociales comprises) en cas de passage à temps partiel ;
- le financement d'une majoration de durée d'assurance vieillesse et d'un départ en retraite avant l'âge légal de départ à la retraite (62 ans) : le salarié peut liquider ces droits à retraite dès 55 ans, sous réserve de justifier d'un nombre de points suffisants.

Les conditions et modalités pratiques relatives à ces différentes utilisations seront précisées par décret (non paru à l'heure où nous rédigeons ces lignes).

### **Gestion et contrôle du compte : du changement à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2018**

A compter du 1<sup>er</sup> janvier 2018, le compte ne sera plus géré par la CNAVTS mais par la CNAMTS.

En pratique, les Carsat, qui dépendent de ces deux caisses nationales, continueront donc d'assurer cette mission et donc de procéder à des contrôles de l'employeur sur pièces et sur place. Si elles estiment que l'employeur a sous-évalué, voire omis le risque, elles pourront corriger le nombre de points au compte et lui infliger, comme c'est le cas aujourd'hui, une pénalité pour déclaration inexacte (sauf utilisation d'un référentiel de branche), dans la limite de 50 % du plafond mensuel de la Sécurité sociale, pour chaque salarié concerné par l'inexactitude.

Elles devront également informer les salariés du nombre de points acquis par le biais d'un relevé à leur adresser annuellement.

### **Sort des points du C3P et des demandes d'utilisation faites avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance**

Les points acquis au titre du C3P et non utilisés avant le 1<sup>er</sup> octobre 2017 sont transférés sur le C2P (Ord. n° 2017-1389, 22 sept. 2017, art. 5, V, al. 1<sup>er</sup>).

Les conditions d'utilisation des points inscrits au nouveau C2P doivent être précisées par décret. Les nouveautés relatives à l'utilisation de ce compte n'entreront en vigueur qu'à la publication de ce décret (non paru à l'heure où nous rédigeons ces lignes) et, au plus tard le 1<sup>er</sup> janvier 2018.

En attendant cette publication, les bénéficiaires de points inscrits au compte peuvent toujours les utiliser dans les conditions prévues antérieurement pour le C3P (Ord. n° 2017-1389, 22 sept. 2017, art. 5, V, al. 2).

## **Le sort des 4 facteurs exclus du champ du compte professionnel de prévention**

### **L'ouverture au dispositif de retraite anticipée pour pénibilité avérée**

Quatre facteurs de risques professionnels sont exclus du dispositif du C2P à compter du 1<sup>er</sup> octobre 2017 : les agents chimiques dangereux, les manutentions de charges lourdes, les vibrations mécaniques et les postures pénibles. Les salariés exposés à ces facteurs n'acquièrent donc plus de points pour alimenter leur C2P. Mais, ils peuvent bénéficier désormais de la retraite anticipée pour pénibilité avérée (CSS, art. L. 351-1-4 mod.), sous réserve de remplir certaines des conditions de ce dispositif.

### **Description du dispositif de retraite anticipée pour pénibilité avérée**

Depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2011, une retraite anticipée à taux plein peut être accordée aux assurés justifiant d'un taux incapacité physique permanente (IPP) d'au moins 10 % au titre d'une maladie professionnelle ou d'un accident du travail.

Concrètement, elle est accordée à l'assuré âgé de 60 ans ou plus, qui justifie :

- d'une incapacité permanente résultant soit d'une maladie professionnelle, soit d'un accident du travail ayant entraîné des lésions identiques à celles indemnisées au titre d'une maladie professionnelle ;
- et d'un taux d'IPP d'au moins 10 %.

Si le taux d'IPP est d'au moins 20 %, le droit à retraite anticipée est ouvert sans autre condition que la seule vérification, pour les victimes d'accident du travail, de l'appréciation de la notion de « lésions identiques à celles d'une maladie professionnelle ».

En revanche, entre 10 et 20 %, le bénéfice de la retraite anticipée est subordonné à :

- une exposition pendant au moins 17 ans à des facteurs de risques professionnels,
- à un lien entre l'incapacité et cette exposition,
- et, si l'incapacité résulte d'un accident du travail, à l'avis d'une commission pluridisciplinaire.

### **Modifications apportées au dispositif par l'ordonnance**

L'ordonnance allège les conditions requises pour le bénéfice de cette retraite anticipée lorsque le taux d'IPP résultant d'une maladie professionnelle se situe entre 10 et 20 %.

Si l'assuré, victime d'une maladie professionnelle ou d'un accident du travail, a été exposé à un ou plusieurs des 6 facteurs de risques professionnels retenus pour le C2P (voir p. 113), les conditions décrites ci-avant demeurent requises.

En revanche, si l'assuré victime d'une maladie professionnelle a été exposé à un ou plusieurs des 4 facteurs exclus du C2P (v. p. 112), le bénéfice de la retraite anticipée pour pénibilité n'est subordonné à aucune de ces conditions.

Mais attention, cet allègement de conditions ne concerne pas toutes les maladies professionnelles. Les conditions allégées ne concernent qu'une liste de maladies professionnelles fixées par arrêté (non paru à l'heure où nous rédigeons ces lignes).

**Remarque :** la ministre du travail a indiqué que les assurés visés par le dispositif seront soumis à une visite médicale de fin de carrière. On ne retrouve pas cette obligation dans les textes de l'ordonnance. Cette visite sera-t-elle instituée par voie réglementaire ? Si oui, quel médecin sera chargé de cette tâche ? Le médecin-conseil de la Sécurité sociale ? Le médecin du travail ? Le médecin traitant ?

Avec ces changements, le gouvernement estime que « dès 2018, les examens médicaux permettront à 10 000 personnes de partir en retraite 2 ans plus tôt, tout en libérant les entreprises d'une contrainte administrative ».

### **D'une logique préventive à une logique compensatoire**

La réponse gouvernementale à l'exclusion des 4 facteurs de risques professionnels non seulement du C2P mais aussi de la négociation (v. ci-après) est assez étonnante : on passe clairement d'une logique de prévention (certes imparfaite) à une logique de réparation individuelle. Avec ces changements, on ne limite plus l'exposition des salariés à ces risques tant qu'ils ne déclarent pas une maladie professionnelle mais on la « compense » en permettant aux salariés de partir à la retraite plus tôt que prévu.

Or, d'une part, faire reconnaître une maladie professionnelle relève encore aujourd'hui du parcours du combattant. D'autre part, pour le risque chimique, les effets sont généralement différés : ils n'apparaissent bien souvent qu'après le départ à la retraite, contrairement aux troubles musculo-squelettiques qui apparaissent bien plus tôt (et souvent avant 60 ans).

**Remarque :** les syndicats continuent de faire pression sur le gouvernement pour que ce risque chimique soit totalement repensé, tant en termes de prévention, que de traçabilité et de réparation. Seront-ils entendus ?

## **Un abondement du CPF pour ceux qui ne bénéficient pas de la retraite anticipée**

Quid du salarié dont la maladie a été reconnue professionnelle mais qui ne remplit pas encore la condition d'âge (60 ans minimum) pour bénéficier d'un départ anticipé à la retraite ?

Le gouvernement semble avoir tenu compte de cette situation, en tout cas partiellement.

En effet, l'ordonnance prévoit que la victime d'une incapacité permanente supérieure ou égale à un taux (taux fixé par décret à paraître) peut bénéficier d'un abondement de son compte personnel de formation pour sa reconversion professionnelle (CSS, art. L. 432-12 nouv.). Les modalités de cet abondement seront précisées par décret (non paru à l'heure où nous rédigeons ces lignes).

## **Le financement de la pénibilité révisé**

### **Suppression des cotisations pénibilité au 1<sup>er</sup> janvier 2018**

Le financement du C3P était, jusqu'à présent, géré par un fonds dont les recettes étaient constituées :

- d'une cotisation de base due, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2017, par tous les employeurs de salariés, au taux de 0,01 % sur les rémunérations et payée aux mêmes échéances que les cotisations de sécurité sociale ;
- et, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2015, d'une cotisation additionnelle due seulement par les employeurs ayant effectivement exposé au moins un de leurs salariés à un ou plusieurs facteurs de risques professionnels au-delà des seuils réglementaires : en 2017, son taux est fixé à 0,2 % pour les salariés exposés à un seul facteur et 0,4 % pour les poly-expositions et elle doit être réglée annuellement.

Ces deux cotisations sont supprimées à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2018.

Attention ! La cotisation additionnelle due au titre des expositions 2017 doit tout de même être réglée début

2018 mais avec quelques aménagements sur le 4<sup>e</sup> trimestre 2017. En effet, il faut tenir compte de la sortie des 4 facteurs de risques professionnels du C2P au 1<sup>er</sup> octobre 2017. De ce fait, pour le 4<sup>e</sup> trimestre 2017, la cotisation additionnelle n'est due que par les seuls employeurs ayant exposé au moins un de leurs salariés aux 6 facteurs de risques professionnels retenus pour le C2P.

### **Transfert du financement à la branche AT/MP de la Sécurité sociale**

Le financement du dispositif de C2P sera, comme l'est déjà celui du dispositif de retraite anticipée pour pénibilité, transféré à la branche AT/MP du régime général de la Sécurité sociale.

Quelle forme prendra ce financement ? La prochaine loi de financement de la Sécurité sociale (LFSS) devrait nous le dire.

A titre indicatif, le montant de la contribution mise à la charge de la branche AT/MP de la Sécurité sociale qui permet aujourd'hui de financer les dépenses supplémentaires engendrées par les départs anticipés à la retraite pour pénibilité (montant fixé chaque année par la LFSS) se traduit par une majoration de la cotisation AT/MP due par les employeurs.

Il y a fort à parier que le financement de la pénibilité dans son ensemble se traduise de la même façon.

Si tel est le cas, cette modalité pourrait prêter le flanc à la critique car, a priori, elle ne tiendrait pas compte des mesures de prévention prises par les entreprises. Un jugement un peu hâtif.

Aujourd'hui, pour être exonérée de la cotisation additionnelle de pénibilité, une entreprise doit mettre en œuvre des mesures de prévention suffisamment efficaces pour faire baisser les seuils d'exposition de ses salariés aux facteurs de risques professionnels en deçà des seuils réglementaires. Pour que ses efforts de prévention soient pris en compte, elle a donc clairement une obligation de résultat.

Demain, si le financement de la pénibilité prend la forme d'une majoration du taux de cotisations AT/MP, les efforts de prévention de l'entreprise n'auront plus besoin de cibler les facteurs de risques professionnels et d'aboutir à un résultat tangible pour impacter le montant des cotisations parce que :

– les efforts de prévention des entreprises soumises à tarification individuelle aboutissent généralement à une baisse de leur sinistralité, élément de calcul important de leur taux de cotisation AT/MP (plus leur sinistralité est faible, plus le taux de cotisations AT/MP aussi) : or la sinistralité des entreprises n'est pas spécifiquement ciblée sur les facteurs de risques professionnels, elle est bien plus large ;

– les entreprises soumises à la tarification collective ou mixte peuvent, elles, obtenir une minoration de leurs cotisations AT/MP (ristournes) si elles accomplissent un effort de prévention soutenu et prennent des mesures susceptibles de diminuer la fréquence et la gravité des AT/MP : pour en bénéficier, elles ne sont pas soumises à une obligation de résultat mais seulement à une obligation de moyen renforcée.

## Accord de prévention de la pénibilité : des changements à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2019

### Entreprises concernées : périmètre élargi au 1<sup>er</sup> janvier 2019

En 2010, la loi relative à la réforme des retraites (L. n° 2010-1330, 9 nov. 2010, art. 86, I : JO, 10 nov.) incitait les branches, à titre expérimental et jusqu'à fin 2013, à négocier sur la prévention de la pénibilité. En 2012, le législateur allait encore plus loin en obligeant certaines entreprises à négocier un accord sur la prévention de la pénibilité.

Pour savoir si une entreprise est ou non soumise à cette obligation, trois critères cumulatifs doivent aujourd'hui être pris en compte : la catégorie d'entreprise (critère 1), la taille de l'entreprise (critère 2) et le nombre de salariés exposés aux facteurs de risques professionnels visés pages 111 et 112 (critère 3).

L'ordonnance n° 2017-1389 du 22 septembre 2017 complète ce dispositif en modifiant le périmètre des entreprises concernées. Ces modifications s'appliqueront à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2019.

### Critères 1 et 2 : aucun changement

L'obligation de négocier un accord ou de mettre en place un plan d'action sur la prévention de la pénibilité est aujourd'hui obligatoire dans les entreprises du secteur privé, les EPIC et les EPA employant du personnel dans les conditions du droit privé (C. trav., art. L. 4163-1), sous réserve d'employer au moins

50 salariés ou d'appartenir à un groupe employant au moins 50 salariés.

Les catégories d'entreprises visées par cette obligation sont maintenues à l'identique par l'ordonnance (C. trav., art. L. 4162-1 nouv.), tout comme le critère relatif à la taille de l'entreprise.

**Remarque :** la notion de groupe à retenir reste également la même : celle prévue par l'article L. 2331-1 du code du travail. Pour rappel, un groupe est formé d'une entreprise dominante, dont le siège social est situé sur le territoire français, et des entreprises qu'elle contrôle (au sens du code de commerce) ou sur lesquelles elle exerce une influence dominante.

### Critère 3 : deux conditions alternatives

#### ■ La sinistralité des entreprises s'ajoute à la proportion minimale des salariés exposés

Aujourd'hui, pour savoir si elle doit ou non conclure un accord de prévention de la pénibilité, une entreprise doit vérifier qu'elle remplit ou non une autre condition que celle relative à l'effectif minimal. Elle doit avoir, après application des mesures de protection collective et individuelle, une proportion minimale de ses salariés exposés à un ou plusieurs des 10 facteurs de risques professionnels (v. tableau p. 111) au-delà des seuils réglementaires (C. trav., art. L. 4163-2).

A compter du 1<sup>er</sup> janvier 2019, un nouveau critère (cette fois-ci alternatif) fera son entrée au côté de cette proportion minimale : la sinistralité au titre des accidents du travail et des maladies professionnelles (AT/MP) au-delà d'un seuil fixé réglementairement.

Un certain nombre d'entreprises jusque-là non soumises à l'obligation de négocier un accord ou un plan d'action sur la prévention de la pénibilité y seront donc assujetties.

### ■ La liste des facteurs de risques retenus pour l'exposition d'un nombre minimum de salariés est revue à la baisse

A compter du 1<sup>er</sup> janvier 2019, le critère de proportion minimale de salariés exposés aux facteurs de pénibilité existera toujours mais sera revu. Il ne sera plus tenu compte des 10 facteurs de risques professionnels existants mais des seuls facteurs retenus pour le C2P (v. p. 113). Ainsi, certaines entreprises aujourd'hui obligées de négocier un accord ou un plan d'action sur la prévention de la pénibilité en seront exonérées.

## Résumé des conditions applicables

### ■ Conditions applicables jusqu'au 31 décembre 2018

Concrètement, l'obligation de négocier un accord ou de mettre en place un plan d'action sur la prévention de la pénibilité est aujourd'hui obligatoire pour tous les employeurs :

– qui emploient au moins 50 salariés ou qui appartiennent à un groupe employant au moins 50 salariés ;

– et qui, après application des mesures de protection collective et individuelle, ont une proportion minimale de leurs salariés exposés à un ou 10 des facteurs de pénibilité (C. trav., art. L. 4161-1 nouv., L. 4163-1 et L. 4163-2) au-delà des seuils réglementaires.

**Remarque :** la proportion minimale de salariés exposés est fixée aujourd'hui à 50 %. Au 1<sup>er</sup> janvier 2018, elle passe à 25 %.

L'obligation de conclure un accord (ou, à défaut, un plan d'action) sur la prévention de la pénibilité est donc conditionnée à deux critères cumulatifs : une condition d'effectif minimal et une condition d'exposition minimale.

### ■ Conditions applicables à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2019

A compter du 1<sup>er</sup> janvier 2019, l'obligation de négocier un accord ou de mettre en place un plan d'action « en faveur de la prévention des effets de l'exposition à certains facteurs de risques professionnels » (nouveau terme consacré par l'ordonnance) sera obligatoire pour tous les employeurs (entreprises du secteur privé, EPIC et EPA employant du personnel dans les conditions de droit privé) employant au moins 50 salariés ou appartenant à un groupe occupant au moins 50 salariés (sans changement) (C. trav., art. L. 4162-2-1 et L. 4162-2 nouv.) soit :

– lorsqu'ils emploieront une proportion minimale de salariés exposés aux 6 facteurs de pénibilité retenus par le C2P (C. trav., art. L. 4161-1 et L. 4162-1, 1<sup>o</sup>

nouv.) au-delà de seuils fixés par décret (non paru à l'heure où nous rédigeons ces lignes) ;

**Remarque :** les seuils applicables aujourd'hui seront-ils maintenus ? La question est posée. Même question pour la proportion minimale nécessaire ? Restera-t-elle fixée à 25 % ? A priori, oui. Mais pour en être sûr, il faudra attendre la parution des décrets d'application.

– lorsque leur sinistralité au titre des accidents du travail et des maladies professionnelles (AT/MP) sera supérieure à un seuil déterminé par décret (non paru à l'heure où nous rédigeons ces lignes).

#### > Sinistralité des entreprises au titre des AT/MP en quelques mots

La sinistralité est une notion d'assurance ; c'est un ratio financier entre le montant des sinistres à dédommager et celui des primes encaissées.

Une logique assurantielle que l'on retrouve dans la tarification mixte et indivuelle des AT/MP puisque la sinistralité des entreprises d'au moins 20 salariés (d'au moins 50 salariés dans les départements d'Alsace-Moselle) est prise en compte dans le calcul de leur taux de cotisations AT/MP. En effet, les dépenses générées par les AT/MP survenus dans l'établissement, fixées selon des coûts moyens et par grands secteurs d'activité, sont un des éléments de calcul du taux brut de la cotisation AT/MP. Il serait donc logique que la sinistralité de l'entreprise visée ici soit celle établie pour la tarification des AT/MP. Le seuil de sinistralité à ne pas dépasser pourrait, lui aussi, être fixé compte tenu des statistiques dont dispose la Cnamts sur la sinistralité des entreprises en matière d'AT/MP. On peut même imaginer que ce seuil diffère selon les secteurs d'activité, certains secteurs étant nettement plus sinistrés que d'autres malgré une politique de prévention particulièrement offensive.

## Toujours pas d'obligation de négocier pour les moins de 300 salariés couvertes par un accord de branche

Les entreprises employant de 50 à 299 salariés et celles appartenant à un groupe employant moins de 300 salariés ne sont aujourd'hui pas tenues de conclure un accord ou un plan d'action sur la prévention de la pénibilité si elles sont déjà couvertes par un accord de branche étendu sur ce sujet, sous réserve que cet accord soit conforme au contenu fixé réglementairement.

A partir du 1<sup>er</sup> janvier 2019, elles continueront d'en être exonérées, sous les mêmes réserves (conformité du contenu fixé réglementairement).

**Remarque :** attention ! Le contenu réglementaire fixé aujourd'hui risque d'être modifié. Si tel est le cas, il n'est pas certain que les accords de branche de prévention de la pénibilité existants continuent de répondre aux critères réglementaires sans adaptations soumises, bien entendu, à la procédure d'extension.

## Élaboration de l'accord ou du plan d'action : peu de changements quoique...

### Diagnostic préalable à la négociation impacté par l'ouverture aux entreprises à sinistralité importante

Avant d'engager une négociation, il est nécessaire de procéder à un diagnostic des situations de pénibilité (C. trav., art. D. 4163-2).

Aujourd'hui, l'obligation de conclure un accord ou un plan d'action est liée à l'exposition d'un minimum de salariés aux facteurs de pénibilité au-delà des seuils réglementaires. Le diagnostic préalable à la négociation porte donc essentiellement sur l'identification des situations de pénibilité par métier, emploi et/ou poste et sur l'évaluation des niveaux d'exposition, chiffres à l'appui.

A compter du 1<sup>er</sup> janvier 2019, l'obligation de conclure un accord ou un plan sur la prévention de la pénibilité sera également imposée aux entreprises à sinistralité importante. Le travail de diagnostic préalable devra nécessairement en tenir compte. En toute logique, pour faire ce travail, l'entreprise pourra très certainement s'appuyer sur le « compte employeur » établi par la Carsat, qui récapitule le nombre d'accidents du travail et de maladies professionnelles de l'entreprise et, pour chaque accident et chaque maladie, les dépenses versées par les Cnam aux victimes.

### Partie à la négociation : impact des ordonnances sur le dialogue social et le renforcement de la négociation collective

Aujourd'hui, priorité est donnée à l'accord collectif d'entreprise ou de groupe (C. trav., art. L. 4163-2). L'ordonnance maintient cette priorité (C. trav., art. L. 4162-2, II nouv.).

Priorité étant donnée à l'accord collectif d'entreprise, il convient donc d'ouvrir des négociations avec le délégué syndical.

**Remarque :** rappelons que, si l'entreprise est dépourvue de délégué syndical, elle peut désormais conclure un accord collectif avec des représentants élus mandatés ou, à défaut, des élus non mandatés ou, à défaut, des salariés mandatés (pour plus de détails sur ces possibilités, v. p. 14).

Ce n'est qu'en l'absence d'accord attestée par un procès-verbal de désaccord que l'entreprise élabore un plan d'action. Ce procès-verbal consigne, en leur dernier état, les propositions respectives des parties et les mesures que l'employeur entend appliquer unilatéralement.

Là encore aucun changement, à ceci près que le plan d'action devra être arrêté après avis du CSE, et non plus après avis du CE.

**Remarque :** pour rappel, le CHSCT avait compétence pour analyser l'exposition des salariés aux facteurs de pénibilité. Ce qui n'était pas sans poser des problèmes d'articulation avec la consultation du CE. Pour éviter ce type de problème, les pouvoirs publics encourageaient vivement les entreprises à prévoir l'organisation et l'ordre de ces consultations dans un accord de méthode. A terme, cette articulation devrait être facilitée puisque CHSCT et CE disparaissent au profit d'une seule instance : le CSE.

### Durée maximale inchangée

L'accord d'entreprise ou de groupe ou, à défaut, le plan d'action est conclu et restera conclu pour une durée maximale de 3 ans.

### Contenu : des changements à venir

#### ■ Un contenu modifié par décret (à paraître)

Les quatre facteurs de risques professionnels ne seront plus pris en compte pour déterminer si une entreprise doit conclure un accord ou un plan d'action sur la prévention de la pénibilité. Mais l'accord ou le plan devra toujours porter sur les 10 facteurs de risques. Sur ce point, pas de changement.

Le contenu obligatoire a tout de même de fortes chances d'être adapté.

En effet, aujourd'hui, un accord ou un plan d'action sur la prévention de la pénibilité doit aborder au moins trois des thèmes listés réglementairement (C. trav., art. D. 4163-3). Chaque thème retenu par l'accord ou le plan doit être assorti d'objectifs chiffrés mesurés au moyen d'indicateurs (C. trav., art. D. 4163-2) et doit inclure une méthodologie, les actions à mettre en place et le suivi de l'évolution de ces actions. Ces obligations ont été commentées par la DGT (Circ. DGT n° 08, 28 oct. 2011).

A priori, le contenu de l'accord ou du plan devrait être modifié par décret à paraître (non paru à l'heure où nous rédigeons ces lignes). Les changements à venir seront-ils substantiels ?

#### ■ Attention à la nouvelle articulation branche/entreprise

Lors de la négociation, il faudra être particulièrement vigilant au contenu de la convention collective de branche applicable dans l'entreprise.

En effet, le thème de la prévention de la pénibilité fait désormais partie du bloc de thèmes pour lesquels l'accord de branche peut prévoir son impérativité à l'égard des accords d'entreprise (bloc 2, v. les développements, p. 10).

Si la branche décide de verrouiller les dispositions conventionnelles relatives à la prévention de la pénibilité, l'entreprise ne pourra pas appliquer de dispositions différentes ou moins favorables que celles de sa branche. Elle ne pourra qu'en assurer l'équivalent ou améliorer ces dispositions.

En revanche, en l'absence de clause de verrouillage sur ce thème, l'entreprise sera nettement plus libre.

## Formalités de dépôt

Les accords ou les plans d'action doivent être déposés auprès de la Direccte dans le ressort de laquelle ils ont été conclus, en deux exemplaires (dont une version électronique). Ils devraient continuer de l'être à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2019.

Seul ajout de l'ordonnance : la Direccte devra en informer l'organisme chargé de la gestion du risque AT/MP (Cnamts et les Carsat).

## Sanction : pénalité à la charge de l'employeur

Aujourd'hui, à l'issue d'un contrôle, l'inspecteur ou le contrôleur du travail qui constate que l'entreprise n'a pas satisfait à son obligation de conclure un accord ou un plan d'action sur la prévention de la pénibilité peut la mettre en demeure de remédier à cette situation.

L'entreprise dispose d'un délai de 6 mois pour régulariser sa situation. Passé ce délai, la Direccte peut décider d'appliquer une pénalité ; elle est la seule à pouvoir prendre cette décision.

Le montant maximal de cette pénalité est fixé à 1 % des rémunérations et gains (au sens du code de la sécurité sociale) versés aux salariés concernés par la

pénibilité au cours des périodes où l'entreprise n'est pas couverte par un accord ou un plan d'actions (les mois entiers sont pris pour le calcul). Le taux de la pénalité est fixé par la Direccte, compte tenu des efforts constatés dans l'entreprise en matière de prévention de la pénibilité, et notifiée par elle à l'entreprise. La pénalité est recouvrée par les Urssaf et versée à la branche AT/MP de la Sécurité sociale.

A compter du 1<sup>er</sup> janvier 2019, l'absence d'accord ou de plan d'actions restera sanctionnée par une pénalité à la charge de l'employeur (avec le même maximum) versée à la branche AT/MP de la Sécurité sociale. Mais le montant de cette pénalité ne sera peut-être plus fixé discrétionnairement par la Direccte.

En effet, l'ordonnance précise non seulement que le montant de cette pénalité sera fixé par décret en Conseil d'État mais aussi que l'autorité administrative chargée de la fixation de ce montant sera définie par décret (C. trav., art. L. 4162-4).

A priori, la Direccte devrait conserver son pouvoir de contrôle. Mais peut-être pas son pouvoir de décision. Pour le savoir, il faut attendre la publication du décret (non paru à l'heure où nous rédigeons ces lignes).

En tout cas, l'employeur ne pourrait plus modérer le montant de la pénalité en justifiant d'efforts en matière de prévention puisque ce montant sera réglementaire.

# NOTES

## DICTIONNAIRE PERMANENT **Social**

Fondateurs des Dictionnaires et Codes Permanents : Jean SARRUT et Lise MORICAND-SARRUT • Directrice des rédactions : Sylvie FAYE • Directeur de la rédaction Sociale : Dominique LE ROUX • Rédactrice en chef : Géraldine ANSTETT • Secrétaire générale de rédaction : Françoise ANDRIEU • Première secrétaire de rédaction : Nathalie LEBRETON • Chefs de rubrique : Séverine BAUDOUIN, Karima DEMRI, Catherine PELLERIN • Rédactrice spécialisée : Laurence BURCHIA • Rédacteur : Alain LEZONGAR • Rédactrice en chef technique : Sophie-Charlotte CAMPET-JOURNET

Avec la participation de : Jean-Baptiste DAVOINE, Delphine de SAINT REMY (Guides RH) et Magali OGNIER (Dictionnaire Permanent Conventions collectives)

© 2017 – Editions Législatives SAS au capital de 1 920 000 € • SIREN 732 011 408 RCS NANTERRE • 80, avenue de la Marne • 92546 Montrouge Cedex • Tél. Service Relations Clientèle 01 40 92 36 36 • Télécopie 01 46 56 00 15 • Site Internet : [www.editions-legislatives.fr](http://www.editions-legislatives.fr) ■ Président, Directeur de la publication : Laurent CHERUY ■ Directrice générale : Sylvie FAYE ■ Principal associé : ÉDITIONS LEFEBVRE SARRUT ■ Imprimerie Jouve, 53100 Mayenne. Dépôt légal : octobre 2017. Imprimé en France. Commission paritaire n° 0722 F 89030. Avance sur abonnement annuel 2017 : mise à jour seule 153 € HT ; bulletin seul 97 € HT ; abonnement complet 250 € HT • Cet envoi comprend 2 cahiers : cahier n° 1 : 124 pages – cahier n° 2 : 16 pages • Cet envoi comporte un encart publicitaire « Guide CHSCT » de 6 pages, un encart publicitaire « Formation professionnelle continue » de 6 pages, un encart publicitaire ELEGIA « plaquette Rupture contrat de travail » de 4 pages et un encart publicitaire ELEGIA « plaquette Durée du travail » de 4 pages.

Caractéristiques environnementales : origine de la fibre : Italie ; sans fibres recyclées ; certification PEFC ; eutrophisation : 8 g/t.

# SOLUTION RH EXPERT

## Le tout-en-un des RH en ligne



### Consultez la documentation la plus à jour

- Le **Dictionnaire Permanent Social** en ligne
- Le **Code du travail** et le **Code de la sécurité sociale Dalloz**



### Suivez l'actualité la plus fraîche

- **actuEL-RH.fr**, votre quotidien en ligne
- Une **veille RH incomparable** avec la newsletter actuEL-RH.fr et l'alerte convention collective

### Disposez des outils les plus efficaces

- Votre **convention collective** en texte intégral, en synthèse et son alerte
- Notre base de données des **accords d'entreprise**
- **Le Guide des salaires** : l'outil indispensable pour gérer efficacement votre politique salariale
- Votre outil de **Ruptures de contrat de travail** pour établir une procédure et calculer les indemnités
- Des **modèles personnalisables** et de **nombreux outils** de calcul et de simulation



### Interrogez nos juristes spécialisés

À toutes vos questions, les experts du service de renseignement juridique par téléphone apportent **une réponse sûre et documentée en un minimum de temps.**

Pour tout renseignement,  
contactez-nous au **01 40 92 36 36** ou rendez-vous sur **www.editions-legislatives.fr**

# L'actualité sociale s'annonce chargée. Suivez-la de près avec actuEL-RH.fr !



Pour ne rien rater  
de l'actualité sociale,  
juridique et managériale  
et suivre chaque jour  
les réformes du droit social

- Des articles clairs et concrets sélectionnés par notre rédaction
- Un espace interactif et des retours d'expériences de professionnels
- Un accès aux sources et textes en quelques clics
- Une newsletter quotidienne avec les titres du jour



Pour tout renseignement, rendez-vous sur [www.editions-legislatives.fr](http://www.editions-legislatives.fr)  
ou contactez-nous au **01 40 92 36 36** !

SUIVEZ-NOUS SUR LES RÉSEAUX

