



Article publié dans Option Finance n°1468 – Lundi 25 juin 2018

Par Anna-Christina Chaves,
Avocate Associée

Ordonnances Macron, Stop ou encore ?

Sept mois... C'est le temps qu'il aura fallu entre la loi d'habilitation du 2 août 2017 et la loi de ratification du 29 mars 2018 pour redéfinir entièrement les fondamentaux du droit du travail par la voie de six ordonnances (les cinq premières ordonnances n°2017-1385 à 1389 du 22 septembre 2017 puis la sixième ordonnance n°2017-1718 dite « ordonnance balai » du 20 décembre 2017) et de ses 24 décrets d'application parus avant le 31 décembre 2017.

Les ordonnances s'inscrivent dans la continuité des réformes initiées depuis 2004 en vue d'instaurer ce qu'on appelle la « fléxi-sécurité à la française », elles vont sans doute plus loin.

Il ressort des dispositions des six ordonnances un véritable théorème des dénominateurs communs de l'ensemble des mesures, à savoir :

- modération du droit du travail ;
- modernisation du droit du travail ;
- moins de licenciements économiques (mais plus de restructurations).

1. La « modération » du droit du travail

Dans la logique de « France is back », il s'agissait en priorité de rassurer les investisseurs notamment étrangers, pour qui le droit du travail français était trop instable et incertain, synonyme de grèves et de coûts exorbitants liés aux ruptures de contrat de travail, sans parler du statut des salariés protégés.

Au-delà du droit à l'erreur des PME et d'une judiciarisation mieux encadrée du droit social (présomption de conformité à la loi, prescriptions des

actions prud'homales limitées à 12 mois, etc.), l'une des mesures les plus emblématiques de cette modération tant attendue du droit du travail est sans nul doute le plafonnement des indemnités prud'homales.

Depuis la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013, il existait déjà un référentiel applicable en cas de conciliation devant le conseil de Prud'hommes. Cette pratique a été largement étendue par la Loi Travail du 8 août 2016 qui a établi des barèmes indicatifs y compris devant le bureau de jugement. Les nouveaux barèmes des ordonnances deviennent certes obligatoires mais ils ne font que transposer ce qu'était la pratique des tribunaux : par exemple, un salarié ayant 3 ans d'ancienneté obtenait généralement entre 3 et 4 mois d'indemnités en cas de licenciement jugé sans cause réelle et sérieuse et la règle implicite du 1 mois par année d'ancienneté semble largement respectée jusqu'à 10 ans d'ancienneté. Au-delà, effectivement, l'ancienneté n'est plus valorisée aussi fortement : 20 mois d'indemnité malgré 30 ans d'ancienneté. En réalité, les cas de salariés ayant plus de 10 ans d'ancienneté deviennent de plus en plus rares...

Mais la principale objection tient au fait que ce barème est tout simplement inapplicable aux licenciements prononcés en violation des libertés fondamentales, harcèlement moral ou sexuel, discrimination, non-respect de l'égalité hommes-femmes, non-respect d'une protection. Cela vient également renforcer l'idée qu'il conviendra de mettre en place des process internes veillant à définir et mettre en œuvre ces principes pour en assurer la protection.

La vraie révolution est silencieuse et presque passée inaperçue : en remplaçant « le nombre 12 » par « le chiffre 6 », l'ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017 balaye du revers de la main le régime indemnitaire spécifique des licenciements économiques prononcés en l'absence ou insuffisance du plan de sauvegarde de

l'emploi (article L.1235-11 du Code du travail) qui posait tant de difficultés.

Le licenciement économique nul de demain ne coutera pas plus cher que le licenciement économique sans cause réelle et sérieuse d'hier... Voilà qui devrait directement impacter les provisions pour risques...

La plus grande prévisibilité du risque contentieux donnera-t-elle naissance à une nouvelle forme de gestion du risque, plus assurantielle dans le cadre de projections actuarielles ?

2. La « modernisation » du droit du travail

Parmi les mesures tendant à une certaine modernisation du droit du travail : la digitalisation du Code du travail, l'assouplissement du cadre légal du télétravail ou bien encore l'accélération de la fusion des branches professionnelles... Mais elles font figure de gadgets face aux deux mesures phares des ordonnances qui portent en elles une volonté intrinsèque de modernisation ; à savoir l'instauration d'une instance unique (le Comité Social et Economique – CSE) d'une part et la consécration du dialogue social au niveau de l'entreprise, d'autre part.

Si le premier sujet occupe actuellement en priorité les directions des ressources humaines confrontées aux premières élections de CSE et que les questions n'ont pas manqué de se multiplier (établissements distincts, représentants de proximité...) au point de rendre nécessaires des éclaircissements de l'administration (100 questions/réponses récemment publiées par le Ministère du travail), il représente un véritable enjeu opérationnel. Ainsi :

- En cas d'échec des négociations avec les délégués syndicaux ou le CSE, il est désormais possible pour l'employeur de fixer unilatéralement le nombre et le périmètre des établissements distincts compte tenu du seul critère de l'autonomie de gestion des chefs d'établissement notamment en matière RH. Moins d'établissements distincts, cela signifie moins d'heures de délégations, et partant, plus d'heures de production...
- Les représentants de proximité en tant qu'émanation du CSE pourraient étoffer le volant des salariés protégés. Leur mise en place est néanmoins soumise à la conclusion d'un accord d'entreprise et ne peut faire l'objet d'un simple accord avec le CSE ;
- Le budget de fonctionnement du CSE est porté de 0,20 à 0,22% de la masse salariale dans les entreprises d'au moins 2000 salariés. L'assiette de calcul du budget de fonctionnement est clarifiée, mettant ainsi fin à une jurisprudence abondante. Ce n'est plus le compte 641 qui sert d'assiette mais la masse salariale DSN. Sont exclues les indemnités de rupture des contrats de travail, qu'elles soient soumises ou non à cotisations sociales (dépassement des plafonds),

l'intéressement et la participation. Il est possible également de transférer l'excédent du budget de fonctionnement vers le budget œuvres sociales et réciproquement mais dans ce cas, le transfert vers le budget œuvres sociales est limité à 10% de l'excédent.

- Une responsabilisation accrue des partenaires sociaux dans le cadre des expertises puisque certaines ne sont plus financées à 100%. Le CSE doit prendre en charge 20% du coût, ce qui devrait tempérer les automatismes du passé et surcoûts liés aux procédures d'information-consultation.

La consécration du dialogue social au niveau de l'entreprise devrait permettre d'inclure l'ensemble des TPE/PME qui pourront dorénavant adapter l'application de la norme légale et/ou conventionnelle par le biais de la ratification directe par le personnel d'un projet d'accord soumis par l'employeur dans les entreprises de moins de 11 salariés (ou moins de 20 en l'absence de délégués du personnel) ou par le biais du référendum dans les entreprises de plus de 50 salariés pourvues de délégués syndicaux lorsque l'accord ne remplit pas la condition majoritaire (50% des suffrages exprimés). Négocier dans l'entreprise pourrait ainsi permettre d'adapter un système de primes conventionnelles dont la transposition à l'entreprise n'est pas adaptée par exemple...

Si les ordonnances assouplissent considérablement la négociation collective, elles changent discrètement les règles du jeu en matière de consultation au travers de la base de données économiques et sociales (BDES). Celle-ci doit être consistante. L'absence ou l'insuffisance de la BDES peut s'avérer extrêmement préjudiciable dans le cadre des consultations obligatoires. Dans un arrêt du 28 mars 2018, la Cour de Cassation considère les délais préfixes de consultation inopposables en présence d'une BDES incomplète et ce, bien que l'information ait été dument communiquée pendant la procédure de consultation. La possibilité dorénavant offerte par les ordonnances de circonscrire par accord d'entreprise le contenu de la BDES devient donc un véritable enjeu pour les entreprises. Négocier une BDES permet de sécuriser les procédures d'information-consultation, enjeu à la fois business et pénal.

3. Moins de licenciements économiques ...mais plus de restructurations

Les dispositions des ordonnances qui ont sans doute un impact opérationnel et financier le plus fort sont celles afférentes aux restructurations. Si pendant longtemps, en droit social, restructuration était synonyme de PSE et donc de coûts exorbitants, les ordonnances changent considérablement la donne.

Elles permettent des assouplissements considérables des procédures de licenciements économiques :

- Le motif économique est apprécié dorénavant au sein du secteur d'activité du groupe circonscrit à

la France, sauf fraude. La notion de secteur d'activité limité au territoire français pourrait n'avoir aucun sens au sein d'une organisation matricielle internationale. Il faudra sans doute revoir l'organisation y compris financière pour créer une réalité opérationnelle du groupe en France et éviter la qualification de fraude...

- Les obligations de reclassement sont simplifiées. Il est dorénavant possible de procéder à la simple diffusion par tous moyens (affichage, internet...) d'une liste de postes disponibles en France, là où un reclassement écrit et individualisé était obligatoire pour éviter tout risque de condamnation sur le fond.
- Les cessions d'entreprises sont facilitées en permettant les licenciements économiques décidés par le cédant avant le transfert d'activité pour toute entreprise employant plus de 50 salariés (et non plus aux seules entreprises de plus de 1000)

Les ordonnances ont rendu possible la mise en œuvre de restructurations sans licenciements économiques avec les accords de performance collective, la rupture conventionnelle collective (RCC) et les congés de mobilité. Fini les processus longs et coûteux de PSE... à condition toutefois d'avoir du temps... et un dialogue social efficace car sans accord d'entreprise majoritaire, rien ne sera possible...

Ces outils ne sont pas adaptés à une gestion « à chaud » que l'on pressent toutefois nécessaire dans les années à venir en raison notamment des grands enjeux de transformations du monde du travail. Il faut d'autres outils pour faire face à la destruction créatrice de Schumpeter. Cela doit passer par une adaptation du régime juridique applicable à la modification du contrat pour permettre l'évolution des tâches sans être inquiétés par le spectre du PSE. Au besoin, cette souplesse pourrait être conditionnée à la mise en œuvre de formations qualifiantes pour accompagner l'employabilité des salariés.

Les modèles actuels de salariat et de non-salariat - quelquefois difficiles à distinguer en pratique - doivent également être réinterrogés, aux prémices de cette nouvelle ère digitalisée, pour permettre à l'emploi de se développer sous toutes ses formes et selon un statut choisi et non plus subi. Enfin, il faudra sans doute inventer de nouvelles formes de rémunération plus propices à l'alignement des intérêts entre salariés et actionnaires. Donner aux tokens et cryptomonnaies un véritable droit de cité à l'intérieur des entreprises, en parallèle des mécanismes d'épargne salariale qui ne suffisent plus à associer les salariés. Intéresser les salariés en partageant la création de valeur n'est plus un sujet tabou...

Encore faut-il pour cela que l'on s'attache à réformer un autre Code, souvent oublié, cause de tracas aux entreprises au moment des contrôles Urssaf : le Code de

la sécurité sociale... Car si le Code du travail était devenu obèse, le Code de la Sécurité sociale est beaucoup trop gourmand... Si l'on en juge par le triste sort réservé aux managements packages...