

Sutra Corre & Associés

Société civile professionnelle d'avocats au barreau de Paris

Alain SUTRA
Michèle CORRE
Romain SUTRA

Avocats Associés

Halima ABBAS TOUAZI
Sophie BAILLY
Murièle DEFAINS-LACOMBE
Elsa GAILLARD-DIAZOU
Clémentine DEBECQUE
Marlène PLARD

Avocats

ORDONNANCE RELATIVE A LA PREVISIBILITE ET LA SECURISATION DES RELATIONS DE TRAVAIL

I – MESURES RELATIVES A LA RUPTURE DU CONTRAT DE TRAVAIL

I-1 – Concernant la procédure de licenciement

L'employeur pourrait, pour notifier un licenciement, se servir de modèles type dont le contenu doit être fixé par décret.

Une fois le licenciement notifié, l'employeur pourrait préciser les motifs énoncés de la lettre de licenciement soit de lui-même, soit à la demande du salarié, dans des conditions qui seront fixées par décret. Les motifs énoncés dans la lettre de licenciement, éventuellement précisés après la notification, fixe les limites du litige en cas de contestation de la légitimité du licenciement devant le Conseil de Prud'hommes.

Si le salarié ne demande pas à l'employeur de préciser les motifs du licenciement, il ne pourra pas prétendre que son licenciement est sans cause réelle et sérieuse du seul fait de l'insuffisance de motivation, mais pourra bénéficier d'une indemnité égale à un mois maximum.

Il convient de rappeler qu'avant la publication des ordonnances, la Cour de Cassation jugeait que l'insuffisance de motivation de la lettre de licenciement rendait automatiquement le licenciement sans cause réelle et sérieuse. Aussi, les mesures prévues ci-dessus permettent à l'employeur de préciser la motivation énoncée dans la lettre de licenciement après la notification et, dans l'hypothèse où le salarié n'en fait pas la demande, si la motivation est insuffisante, de ne pas s'exposer automatiquement à une condamnation à des dommages et intérêts pour absence de cause réelle et sérieuse mais seulement à une indemnité qui ne peut excéder un mois de salaire.

Par contre, si le salarié a demandé à l'employeur de préciser la motivation énoncée dans la lettre de licenciement et que celle-ci demeure, même après précisions, insuffisante, le licenciement sera sans cause réelle et sérieuse.

I-2 – Mesures propres aux licenciements économiques

- 1) L'ordonnance restreint au territoire national le périmètre d'appréciation de la cause économique en ce qui concerne les entreprises appartenant à un groupe international.

A l'intérieur du territoire national, l'appréciation de la cause économique se fait au niveau du secteur d'activité commun à l'entreprise qui procède à un licenciement économique et à celui des entreprises du groupe auquel elle appartient.

Le groupe est formé lorsque le siège social de l'entreprise est situé sur le territoire français, par cette entreprise et les filiales qu'elle contrôle (définition de l'article L 2331-1 du Code du travail concernant le Comité de groupe), et lorsque le siège est à l'étranger, par l'ensemble des entreprises du groupe implantées sur le territoire français.

L'ordonnance définit le secteur d'activité comme étant *"caractérisé, notamment par la nature des produits, biens ou services délivrés, la clientèle ciblée, les réseaux et modes de distribution se rapportant à un même marché"*.

- 2) Concernant l'obligation de reclassement, l'ordonnance précise que les offres de reclassement *"pourraient être communiquées par tout moyen au salarié via une liste"*. Un décret précisera les modalités d'application.

Comme auparavant les recherches de reclassement seront faites au sein du groupe auquel l'entreprise appartient, mais limitées aux entreprises implantées sur le territoire national, *"dont l'organisation, les activités ou le lieu d'exploitation assurent la permutation de tout ou partie du personnel"*.

Le groupe de reclassement est celui défini pour la mise en place d'un comité de groupe, à savoir les entreprises unies par le contrôle ou l'influence d'une entreprise dominante.

- 3) Concernant le périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements, l'ordonnance étend au licenciement collectif de moins de 10 salariés, les dispositions prévues par la loi Macron de 2015 pour les licenciements de 10 salariés et plus, permettant de fixer le périmètre aux zones d'emploi et non à l'entreprise dans son ensemble.
- 4) S'agissant des PSE, le Comité social et économique (ex Comité d'entreprise) devra être informé des conséquences du projet de licenciement en matière de santé, de sécurité ou de conditions de travail.
- 5) Pour faciliter les reprises des entités économiques autonomes, la loi travail avait prévu la possibilité, dans un PSE, pour éviter la fermeture d'un établissement, de ne transférer à l'entreprise cessionnaire, en application de l'article L 1224-1, que les emplois qui n'étaient pas supprimés. Cependant la loi travail réservait cette possibilité aux seules entreprises de 1.000 salariés et plus. L'ordonnance supprime cette condition de seuil.

- 6) Enfin, concernant la procédure de licenciement collectif économique concernant moins de 10 salariés dans un délai de 30 jours, l'ordonnance énonce que le Comité social et économique doit rendre son avis dans un délai qui ne peut être supérieur à un mois, à compter de la date de sa première réunion au cours de laquelle il est consulté. Cette disposition n'est applicable qu'après la mise en place d'un CSE dans l'entreprise.

L'ordonnance ne prévoit pas que ce délai puisse être prolongé dans l'hypothèse de désignation d'un expert.

- 7) Concernant le recours à un expert, l'ordonnance précise que le Comité social et économique peut faire appel à un expert (qui n'est plus obligatoirement un expert-comptable) en cas de licenciement collectif économique si les effectifs de l'entreprise sont d'au moins 50 salariés et si le projet de licenciement concerne au moins 10 salariés dans une période de 30 jours.

Les modalités et conditions de l'expertise qui porte tant sur les domaines économiques et comptables que sur les effets potentiels sur les conditions de travail doivent être déterminées par décret.

I-3 – Les ruptures d'un commun accord dans le cadre d'accords collectifs

Les modalités de ces ruptures qui concernent les plans de départ volontaire et les congés de mobilité doivent être définies par un accord collectif. Les ruptures sont alors exclusives du licenciement et de la démission.

I-3-1 – La rupture conventionnelle collective (plan de départs volontaires)

Dès lors qu'un plan de départ volontaire exclut tout licenciement, il doit être déterminé par un accord collectif fixant le nombre maximal de départs, les conditions du volontariat et les conditions d'information du Comité social et économique (ex Comité d'entreprise). Cet accord doit être validé par la DIRECCTE.

Si l'employeur accepte la candidature au départ d'un salarié, le contrat de travail est rompu d'un commun accord. Le salarié a droit à l'assurance chômage.

Il convient de souligner que le Plan de départs volontaires n'est pas subordonné à l'existence d'un motif économique de licenciement dans la définition retenue par le Code du travail.

L'ordonnance précise que l'entreprise peut être tenue de contribuer à des actions de revitalisation du bassin d'emploi. Cette disposition concerne les entreprises d'au moins 1.000 salariés.

Si une entreprise ne peut pas conclure un accord collectif, elle devra soumettre le plan de départs volontaires à la procédure de licenciement collectif économique.

I-3-2 – Le congé de mobilité

Le congé de mobilité était, avant les ordonnances, ouvert aux entreprises d'au moins 1.000 salariés.

Désormais, il est ouvert à toute entreprise ayant conclu un accord GPEC. Les modalités de départ et de déroulement du congé de mobilité ne sont pas modifiées.

I-4 – Obligations en matière de reclassement pour inaptitude et contestation des décisions du médecin du travail

L'ordonnance précise que le reclassement doit être recherché dans le groupe.

La définition du groupe est identique à celle retenue pour les licenciements économiques.

Cette mesure a pour but de contrer la jurisprudence de la Cour de Cassation qui avait précisé que le groupe de reclassement avait un caractère fonctionnel et ne se limitait pas au groupe capitalistique tel que défini à l'article L 2331-1 du Code du travail.

De plus, comme en matière de licenciement économique, le périmètre de l'obligation de reclassement est limité aux entreprises du groupe situées sur le territoire national.

Concernant les contestations portant sur les éléments de nature médicale justifiant les préconisations du médecin du travail, l'ordonnance modifie la procédure définie pour la loi travail (dite El Khomry). Désormais, la formation de référé du Conseil de Prud'hommes peut confier toute mesure d'instruction au médecin inspecteur du travail pour l'éclairer.

De plus, il est prévu qu'à la demande de l'employeur, les éléments médicaux détenus par le médecin du travail peuvent être notifiés à un médecin que l'employeur aura mandaté, étant précisé que le salarié doit être informé de cette notification.

I-5 – La réparation des licenciements irréguliers ou sans cause réelle et sérieuse

Les modalités de réparation concernant les licenciements sans cause réelle et sérieuse ou nuls s'appliqueront aux ruptures notifiées après la publication de l'ordonnance.

I-5-1 – La réparation des licenciements sans cause réelle et sérieuse

Le montant des dommages et intérêts alloués par le juge est compris entre des montants minimaux et maximaux fixés dans un tableau.

L'indemnité maximale est fonction de l'ancienneté du salarié. Elle est de 1 mois pour les salariés ayant moins de 1 an d'ancienneté et est majorée de 1 mois par année d'ancienneté jusqu'à 7 ans. Au-delà de 7 ans, elle est majorée selon le barème d'un mois ou d'un demi mois par année avec une limite de 20 mois pour 30 années d'ancienneté. L'ordonnance précise que le juge peut, dans la détermination du montant des dommages et intérêts, tenir compte des indemnités de licenciement versées à l'occasion de la rupture. Il s'agit cependant d'une simple faculté et non pas d'une obligation.

L'ordonnance précise que cette réparation est cumulable avec d'autres indemnités prévues en cas de défaut de consultation des représentants du personnel pour un licenciement collectif économique, en cas de non-respect de la priorité de réembauche, et en cas de défaut de représentants du personnel en l'absence de procès-verbal de carence. Cependant, si ces indemnités sont cumulables avec celles pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, le montant total ne pourra pas excéder le montant maximal de l'indemnité fixé par l'ordonnance.

L'ordonnance fixe aussi une indemnité minimale, laquelle est fonction de l'ancienneté du salarié et de l'effectif de l'entreprise. Dans les entreprises d'au moins 11 salariés, cette indemnité est égale à 3 mois pour les salariés comptant au moins 2 ans d'ancienneté (1 mois pour les salariés comptant 1 an d'ancienneté).

Dans les entreprises de moins de 11 salariés, le montant de cette indemnité est inférieur : entre 0,5 et 2,5 mois en fonction de l'ancienneté du salarié.

En cas de prise d'acte de la rupture ou de résiliation judiciaire du contrat de travail, les règles ci-dessus sont applicables.

I-5-2 – La réparation des licenciements nuls

Si le juge constate que le licenciement est nul parce qu'il est intervenu en violation d'une liberté fondamentale ou en application de dispositions législatives prévoyant expressément la nullité du licenciement (telles que notamment harcèlement moral ou sexuel, discrimination, maternité...), le montant de l'indemnité n'est plus plafonné et celui de l'indemnité minimale est porté à 6 mois de salaire. De plus, l'ordonnance précise que *"l'indemnité est due sans préjudice de montant du salaire, lorsqu'il est dû, qui aurait été perçu pendant la période couverte par la nullité"* c'est-à-dire entre la notification du licenciement et le jugement.

Si la lettre de licenciement énonce plusieurs motifs de licenciement et que l'un des motifs porte atteinte à une liberté ou un droit fondamental, le licenciement est nul. Cependant, l'ordonnance incite le juge à examiner tous les motifs énoncés dans la lettre pour en tenir compte, le cas échéant dans l'évaluation qu'il fera de l'indemnité à allouer au salarié.

Concernant l'effectivité d'une telle incitation, on ne peut qu'espérer que les juges la prendront en considération.

I-5-3 – Réparation en cas de non-respect de la procédure de licenciement

L'ordonnance énonce que lorsqu'une irrégularité de forme a été commise au cours de la procédure, notamment si le licenciement intervient sans que la procédure légale ait été observée ou sans que la procédure conventionnelle de consultation préalable au licenciement ait été respectée, mais pour une cause réelle et sérieuse, l'indemnité accordée par le juge ne peut être supérieure à 1 mois de salaire. On peut espérer que cette rédaction amènera la Cour de Cassation à réviser sa jurisprudence qui sanctionnait le non-respect de procédures disciplinaires, notamment en matière de convocation du Conseil de discipline par un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

I-5-4 – Diminution du montant minimal de trois réparations spécifiques

- En cas de non réintégration d'un salarié alors que le licenciement a été déclaré nul, faute de décision de la DIRECCTE relative à la validation ou l'homologation d'un PSE ou d'annulation de la décision de la DIRECCTE pour insuffisance d'un PSE, le montant de l'indemnité minimale qui était de 12 mois est désormais de 6 mois.
- Non-respect de la priorité de réembauche : le montant de l'indemnité minimale qui était de 2 mois est désormais de 1 mois.
- Absence de réintégration d'un salarié victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle ou manquement à l'obligation de reclassement d'un tel salarié physiquement inapte, le montant de l'indemnité minimale qui était de 12 mois est désormais de 6 mois.

I-5-5 – Indemnité légale de licenciement

L'indemnité légale de licenciement est désormais due au salarié justifiant d'au moins 8 mois d'ancienneté au lieu d'1 an.

De plus, un décret du 25 septembre 2017 précise qu'elle est égale à 1/4 de mois de salaire jusqu'à 10 ans d'ancienneté et 1/3 de mois de salaire pour les années à partir de 10 ans.

La question se posera donc de la règle à appliquer au titre de la dixième année.

I-6 – Contestation de la rupture du contrat de travail

Le salarié pourra introduire une action en contestation de la rupture du contrat de travail dans un délai de 12 mois à compter de la notification de celle-ci (sauf délais différents prévus expressément par la loi).

En matière de licenciement économique, le délai de 12 mois ne sera opposable au salarié que s'il en est fait mention dans la lettre de licenciement, comme auparavant.

II – MODIFICATION DES REGLES DE RECOURS A CERTAINES FORMES DE TRAVAIL

II-1 – Le recours au télétravail

Une entreprise pourra mettre en place le télétravail par accord d'entreprise ou, à défaut, dans le cadre d'une charte établie par l'employeur, après avis du Comité social et économique, s'il existe.

Il conviendrait dans la charte, notamment de lister les postes éligibles au télétravail dans l'entreprise et de déterminer les plages horaires durant lesquelles l'employeur peut habituellement contacter le salarié.

L'ordonnance prévoit que tout salarié pourra demander à bénéficier du télétravail, s'il occupe un poste éligible à un mode d'organisation en télétravail. L'employeur qui n'entend pas donner suite à cette demande devra motiver sa réponse.

A défaut d'accord collectif, ce n'est plus le contrat de travail ou un avenant qui précise les modalités du télétravail mais la charte établie par l'employeur.

Cependant, en cas de "recours occasionnel au télétravail", celui-ci pourra être mis en œuvre d'un commun accord entre l'employeur et le salarié. Cet accord doit être recueilli à chaque fois qu'il est mis en œuvre.

Il est expressément précisé qu'un accident survenu sur le lieu où est exercé le travail pendant les plages horaires du télétravail est présumé être un accident du travail.

II-2 – Recours aux CDD ou à l'intérim

L'intérêt essentiel de l'ordonnance est de permettre à une convention de branche étendue de déroger aux dispositions légales.

Ainsi une convention ou un accord collectif étendu aura la faculté de fixer :

- la durée totale du CDD ou du contrat de mission ;
- le nombre maximal de renouvellements possibles ;
- le délai de carence applicable en cas de succession de contrats ainsi que les cas où le délai de carence n'est pas applicable.

Par ailleurs l'ordonnance, pour contrer la jurisprudence de la Cour de Cassation, énonce que le défaut de transmission au salarié du CDD ou du contrat de travail temporaire dans les délais légaux n'est plus sanctionné par la requalification du CDD en CDI mais par une indemnité égale à 1 mois de salaire maximum.

Il convient de noter qu'il avait été question de permettre aux conventions de branche de déroger aux dispositions législatives relatives aux motifs de recours. Force est de constater que l'ordonnance ne prévoit rien de tel.

II-3 – Conditions de recours aux CDI de chantier ou d'opération

Une convention de branche étendue pourra définir les raisons permettant de recourir à un contrat à durée indéterminée conclu pour la durée du chantier ou d'une opération.

La convention de branche doit préciser la taille des entreprises et les activités concernées, ainsi que les contreparties accordées aux salariés en termes de rémunération et d'indemnité de licenciement et les garanties en termes de formation.

La fin du chantier ou la réalisation des tâches contractuelles constituent un motif spécifique de rupture du contrat, le licenciement repose sur une cause réelle et sérieuse.

Il est précisé que dans les secteurs où l'usage d'un tel contrat est habituel et conforme à l'exercice régulier de la profession qui y recourt au 1^{er} janvier 2017, les entreprises peuvent toujours y recourir à défaut de convention de branche.

II-4 – Recours au prêt de main d’œuvre à but non lucratif

L’ordonnance prévoit que les prêts de main d’œuvre temporaires réalisés entre un groupe ou une entreprise d’au moins 5.000 salariés et une jeune entreprise de moins de 8 ans ou une entreprise d’au plus 250 salariés n’ont pas de but lucratif, même si le montant facturé est inférieur au salaires, charges sociales et frais professionnels afférents à l’emploi du salarié mis à disposition.

Cette mise à disposition doit avoir pour objet l’amélioration de la qualification de la main d’œuvre de l’entreprise utilisatrice, favoriser les transitions professionnelles ou constituer un partenariat d’affaires ou d’intérêt commun.

Il est précisé que la mise à disposition ne peut être effectuée au sein d’un même groupe et que le prêt de main d’œuvre ne peut excéder une durée de 2 ans.

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Les dispositions de l’ordonnance sont applicables dès publication de l’ordonnance, étant précisé que pour celles nécessitant un décret d’application, elles ne pourront entrer en vigueur qu’après publication des décrets.

De plus, les dispositions concernant la procédure de licenciement économique ne sont applicables qu’aux procédures engagées après publication de l’ordonnance.