

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

MARS 2018

LA REFORME DU CODE DU TRAVAIL **PRECISIONS OU MODIFICATIONS APPORTEES PAR LES** **DECRETS, L'ORDONNANCE "BALAI" ET LA LOI DE** **RATIFICATION**

Tous les décrets d'application des ordonnances du 22 septembre 2017 ainsi qu'une ordonnance dite "balai" du 20 décembre 2017 sont désormais parus au Journal Officiel. Il en résulte que la réforme est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2018, étant précisé que, concernant le Comité Social et Economique, des dispositions transitoires ont été prévues.

De plus, les six ordonnances ont été ratifiées le 14 février 2018 par une loi, laquelle a modifié le contenu de plusieurs articles des ordonnances du 22 septembre 2017.

La présente note a pour objet de répertorier les principales mesures définies dans les décrets d'application, l'ordonnance "balai" et la loi de ratification.

La lecture sera sans doute fastidieuse et il faudra certainement, quelques mois (voire plus) avant de bien mesurer l'impact des réformes, et ce, alors même que nous n'avons toujours pas mesuré totalement celles de la loi "travail" du 21 juillet 2016.

I- LA RUPTURE DU CONTRAT DE TRAVAIL

1) Les délais pour préciser les motifs du licenciement

L'ordonnance relative à la prévisibilité et à la sécurisation des relations de travail du 22 septembre 2017 a donné la possibilité à l'employeur de préciser les motifs énoncés dans la lettre de licenciement, soit à la demande du salarié, soit à son initiative.

Le décret du 15 décembre 2017 fixe les délais pour demander ou préciser les motifs :

- le salarié dispose de 15 jours à compter de la date de notification du licenciement pour demander à l'employeur de préciser les motifs et l'employeur dispose de 15 jours après la réception de la demande du salarié pour répondre ;
- l'employeur, même en l'absence de demande du salarié, dispose d'un délai de 15 jours pour préciser les motifs du licenciement.

10 rue des Pyramides, 75001 Paris — Tel. +33 (0)1 42 60 19 70 — Fax. +33 (0)1 42 86 96 40
avocats@sutra-associes.com — www.sutra-corre-associes.com

Palais P171 - Siret 329 679 922 00032 — TVA intracommunautaire FR 36 329 679 922 — Membre d'une association agréée.
Le règlement des honoraires par chèque est accepté.

1

La demande du salarié et les précisions apportées par l'employeur doivent être effectuées par lettre recommandée A.R. ou remise contre récépissé.

Le décret ne précisant pas les modes de calcul du délai de 15 jours, on peut considérer qu'il s'agit de jours calendaires.

Il convient de rappeler que si l'employeur peut préciser les motifs du licenciement, il ne peut pas en ajouter de nouveaux.

2) Les modèles de lettres type

Un décret 2017-1820 du 29 décembre 2017 propose 6 modèles type de lettres pour notifier un licenciement.

Il est précisé que l'utilisation de ces modèles est facultative.

A l'origine, il avait été envisagé d'établir un modèle-type au moyen d'un formulaire "Cerfa".

Après lecture des 6 modèles, on peut se poser la question de savoir à qui de tels modèles-type s'adressent. En effet, d'une part, ils ne sont d'aucune utilité pour les entreprises importantes, d'autre part, ils apparaissent complexes pour les TPE.

De plus, certaines formulations peuvent être génératrices de problèmes :

- il est indiqué que la lettre de licenciement peut être remise en main propre contre récépissé, et ce, alors même que le Code du travail énonce qu'elle doit être envoyée en recommandée avec A.R. et que la Cour de Cassation juge, qu'en cas d'accord entre les parties après la notification du licenciement, la transaction n'est valable que si le licenciement a été notifié par lettre recommandée avec A.R.
- alors même que l'ordonnance ne fait pas obligation de mentionner dans la lettre de licenciement le droit du salarié de demander à voir préciser le motif de son licenciement, les modèles de lettre mentionnent expressément le droit du salarié à formuler une telle demande. La question se pose donc de savoir si le juge du travail pourrait sanctionner l'employeur ayant décidé de ne pas mentionner dans la lettre cette faculté pour le salarié de demander de voir préciser les motifs de son licenciement.

Par exemple, en l'absence d'une telle mention et d'une demande du salarié, le juge du travail pourrait considérer, en cas d'insuffisance de motivation du licenciement qu'il ne s'agit pas d'une simple irrégularité de procédure et que le licenciement est sans cause réelle et sérieuse. Par contre, si les motifs de licenciement énoncés dans la lettre de licenciement sont précis, ou ne voit pas en quoi l'absence de mention dans la lettre serait susceptible d'être sanctionnée.

- aucune mention n'est faite sur l'éventuelle possibilité pour l'employeur de dénoncer une clause de non concurrence.

Il convient, par ailleurs, de souligner qu'il n'y a plus nécessité de mentionner dans une lettre de licenciement économique, le délai de 12 mois pour agir en justice.

Cela étant précisé, il convient également de noter que la loi de ratification énonce que les modèles de lettre doivent figurer dans un arrêté ministériel et non pas un décret et supprime une mention qui figurait à l'article 4-1 de l'ordonnance du 22 septembre 2017 selon laquelle "ces modèles rappellent les droits et obligations de chaque partie".

Nous sommes donc dans l'attente de la parution des arrêtés ne sachant, dans quelle mesure, les modèles initiaux seront modifiés.

3) La rupture conventionnelle collective (RCC)

Depuis le 20 décembre 2017, des départs volontaires peuvent être initiés dans le cadre d'un accord de RCC. Toutes les entreprises peuvent y recourir sans aucune condition d'effectif sous réserve de conclure un accord majoritaire avec les syndicats représentatifs s'il existe un délégué syndical dans l'entreprise, ou en l'absence de délégué syndical avec des représentants du personnel mandatés ou non, des salariés mandatés voire avec le personnel (si entreprise entre 1 et 20 salariés).

L'accord RCC doit être validé par la DIRECCTE (lequel peut être transmis par voie dématérialisée) qui doit se prononcer dans les 15 jours suivant la réception du dossier si ce dernier est complet (soit l'accord RCC, les modalités de conclusion de l'accord, la procédure d'information du Comité Social et Economique ou procès-verbal de carence). En cas de refus par la DIRECCTE de validation de l'accord, une nouvelle demande peut être transmise (après modification).

La loi de ratification apporte plusieurs modifications au texte de l'ordonnance :

- l'accord majoritaire doit fixer les modalités de conclusion d'une convention individuelle de rupture entre l'employeur et le salarié ainsi que l'exercice du droit de rétractation des parties ;
- parmi les mesures visant à faciliter le reclassement qui doivent être prévues dans l'accord de RCC, peut figurer le congé de mobilité. Il s'agit là d'une précision importante, car elle a pour effet de pouvoir faire bénéficier les volontaires au départ d'une mesure similaire au congé de reclassement et ce, y compris dans des entreprises ou groupes employant moins de 1.000 salariés.

Enfin, la loi des finances pour 2018 énonce que les indemnités versées dans le cadre d'une RCC ou d'un congé de mobilité ne sont pas imposables à l'impôt sur le revenu. Lesdites indemnités sont également exclues de l'assiette des cotisations de sécurité sociale dans la limite de 2PASS.

4) Propositions de reclassement en cas de licenciement économique

L'ordonnance 2017-1387 du 22 septembre 2017 permet à l'employeur, dans le cadre de son obligation de reclassement, de diffuser à l'ensemble des salariés concernés une liste des postes disponibles. L'employeur a désormais le choix entre une proposition de reclassement personnalisée et la diffusion d'une liste des offres par tout moyen permettant de lui conférer date certaine.

Toutes les propositions de reclassement qu'elles soient personnelles ou collectives doivent préciser : l'intitulé du poste et son descriptif, le nom de l'employeur, la nature du contrat de travail, la localisation du poste, le niveau de rémunération.

Plus particulièrement en cas de diffusion d'une liste, celle-ci doit préciser : les postes disponibles, la liste des critères de départage, le délai dont disposent les salariés concernés pour accepter l'offre (ce délai ne peut être inférieur à 15 jours francs à compter de la diffusion de la liste ou 4 jours francs si redressement ou liquidation judiciaire). Si le salarié ne répond pas dans le délai imparti, cela vaut refus de l'offre.

II- LA NEGOCIATION COLLECTIVE

L'ordonnance "balai" apporte quelques précisions :

- l'accord interprofessionnel étant assimilé à un accord de branche, un accord d'entreprise peut déroger à certaines de ses clauses dans les mêmes conditions ;
- les matières auxquelles un accord d'entreprise ne peut pas déroger à un accord de branche ou interprofessionnel sont complétées : modalités de recours au contrat de chantier, nombre maximal de renouvellements possibles pour un contrat à durée déterminée.
- dans les entreprises de 11 salariés et plus, les élus au CSE signataires d'un accord doivent être "titulaires" qu'ils soient mandatés ou non.
- les modalités de calcul de la condition de majorité dans le cas d'un accord conclu par des élus au CSE central : Il faut prendre en compte, pour chacun des élus, un poids égal au rapport : nombre de suffrages exprimés dans l'établissement en faveur dudit élu sur nombre total des suffrages exprimés dans chaque établissement en faveur de chacun des élus au CSE central.

Les décrets, quant à eux, déterminent notamment :

- les modalités du référendum en cas d'accord signé avec des élus mandatés ou des salariés mandatés (reprise de la réglementation antérieure) ;
- la consultation des salariés dans les TPE (moins 11 salariés et de 11 à 20 salariés s'il n'existe pas de CSE après PV de carence).

Les modalités de la consultation sont fixées par l'employeur et portent sur le mode de transmission aux salariés du projet d'accord, le lieu, la date et l'heure de la consultation, le texte de la question posée et sont communiquées aux salariés 15 jours avant la consultation à laquelle participent tous les salariés de l'entreprise.

La consultation doit être faite en dehors de la présence de l'employeur et son caractère personnel et secret garanti. A l'issue de la consultation, le résultat est communiqué à l'employeur et fait l'objet d'un procès-verbal qui sera annexé à l'accord lors de son dépôt.

En cas de désaccord, le Tribunal d'Instance peut être saisi dans les 15 jours et statue en dernier ressort.

- Accord de compétitivité (nouvelle dénomination : accord de performance collective) : Le salarié refusant son application et, en conséquence, licencié bénéficie d'un abondement du CFP de 100 heures minimum, étant précisé que l'entreprise doit verser, à ce titre, un montant forfaitaire de 30 € par heure abondée.

III- LES REPRESENTANTS DU PERSONNEL

III-1 – L'organisation du passage des anciennes instances (DP, CE, CHSCT, DUP) au CSE

1) L'ordonnance "balai" précise les modalités de transfert des biens

Tous les biens sont transférés au CSE. Pour ce faire, les anciennes instances à l'occasion de leur dernière réunion doivent décider tant de l'affectation de leurs biens que des conditions du transfert des droits, obligations, créances et dettes relatifs aux activités transférées. Lors de sa première réunion, le CSE doit soit accepter les affectations décidées par l'ancienne instance, à la majorité de ses membres, soit modifier les règles d'affectation en décidant d'affectations différentes.

2) L'ordonnance "balai" énonce que toutes les dispositions des accords d'entreprise relatives aux anciennes instances cessent de produire effet à compter de la date du premier tour des élections du CSE

3) Des formulaires CERFA pour l'élection du CSE ont été diffusés sur le site élections-professionnelles.travail.gouv.fr

4) Possibilité de réduction d'un an des mandats prenant fin entre le 1^{er} janvier 2019 e le 31 décembre 2019

L'article 3 ter de la loi de ratification donne la possibilité de réduire d'une durée maximum d'un an, soit par accord collectif, soit par décision de l'employeur après avis du CE (ou à défaut des DP), les mandats des instances représentatives du personnel prenant fin entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre 2019. Si une telle initiative est prise, le processus électoral en vue de mettre en place le CSE devra être initié 3 mois avant.

Ainsi pour des mandats qui auraient pris fin le 30 juin 2019, ceux-ci pourront être réduits d'un an soit le 30 juin 2018 et le processus électoral être initié le 1^{er} avril 2018.

III-2 – Les attributions du CSE

1) Attribution d'un CSE mis en place dans un établissement employant moins de 50 salariés, lorsque l'entreprise emploie plus de 50 salariés

L'ordonnance "balai" énonce que les attributions du CSE doivent être définies en fonction de l'effectif de l'entreprise.

Avant que l'ordonnance "balai" n'apporte une telle précision, on pouvait penser que dans une entreprise à structure complexe dotée d'un CSE central, les CSE des établissements employant moins de 50 salariés avaient des attributions réduites (anciennement celles des DP) et les CSE des établissements employant 50 salariés et plus des attributions étendues (anciennement celles des DP, CE et CHSCT).

Il semble ressortir de la précision apportée par l'ordonnance "balai" que les CSE de tous les établissements d'une entreprise dotée d'un CSE central ont des attributions étendues quel que soit leur effectif.

2) Attributions du CSE dans les entreprises de moins de 50 salariés

La loi de ratification des ordonnances permet au CSE de disposer du droit d'alerte en cas d'atteinte aux droits des personnes, à leur santé physique et mentale ou aux libertés individuelles.

Le législateur rétablit un droit dont bénéficient les délégués du personnel, droit qui n'avait pas été repris dans l'ordonnance.

3) Attributions du CSE dans les entreprises d'au moins 50 salariés

Les décrets d'application et l'ordonnance "balai" apportent un certain nombre de précisions :

- En matière de sécurité et conditions de travail : le CSE, reprenant les attributions du CHSCT, doit procéder à des inspections. Un décret fixe la fréquence de ces inspections, laquelle doit être au moins égale à celle des réunions annuelles du CSE consacrées à la santé, à la sécurité et aux conditions de travail, c'est-à-dire 4.
- Le délai aux termes duquel l'avis du CSE est considéré comme rendu, à défaut d'accord, est désormais d'un mois, délai porté à 2 mois si intervention d'un expert et à 3 mois si la ou les expertises ont lieu au niveau du CSE central et d'un ou plusieurs CSE d'établissement.
- Le contenu de la base de données économiques et sociales est précisé. Il n'apporte pas de modifications essentielles et, pour l'essentiel, consolide des données figurant avant dans des parties différentes du Code du travail.

III-3 : LE FONCTIONNEMENT DU CSE

1) Le nombre de membres du CSE et les heures de délégation

Un décret du 29 décembre 2017 détermine le nombre de membres du CSE à élire et le nombre d'heures qui leur sont attribuées pour exercer leur mandat. Un tableau repris dans l'article R 2314-1 du Code du travail récapitule le nombre de membres et le nombre d'heures en fonction de l'effectif de l'entreprise ou de l'établissement dans lequel le CSE est implanté.

Ce décret précise les conditions dans lesquelles les crédits d'heures peuvent être cumulés ou mutualisés, et notamment énonce qu'un membre du CSE ne peut utiliser, par mois, plus d'une fois et demi le crédit d'heures mensuel d'un titulaire.

Par ailleurs, l'ordonnance "balai" énonce que le temps passé *"à la recherche de mesures préventives dans toute situation d'urgence et de gravité, notamment lors de la mise en œuvre de la procédure de danger grave et imminent"* en matière de santé et de sécurité au travail, n'a pas à être déduit du crédit d'heures. Il en est de même, selon l'ordonnance, du temps passé aux réunions des Commissions du CSE mais dans une limite fixée par décret, à savoir 30 heures par an pour les entreprises de 300 à 1.000 salariés et 60 heures par an pour les entreprises d'au moins 1.000 salariés (cet effectif est apprécié une fois par an sur les 12 mois précédents, à compter du 1^{er} mois suivant celui au cours duquel le CSE a été élu).

De plus, le décret du 29 décembre 2017 précise que cette limite ne concerne pas le temps passé aux réunions de la Commission santé, sécurité et conditions de travail, lequel ne doit jamais être déduit des heures de délégation.

2) Les experts du CSE

L'obligation pour le CSE d'établir un cahier des charges, à compter de la désignation de l'expert est supprimée par l'ordonnance "balai".

L'expert désigné par le CSE doit, dans les 3 jours suivant sa désignation, demander à l'employeur les informations utiles pour sa mission. L'employeur doit répondre dans les 5 jours.

L'expert doit adresser le coût prévisionnel, l'étendue et la durée de l'expertise dans les 10 jours de la désignation.

L'employeur qui veut contester l'expertise doit saisir le Président du Tribunal de Grande Instance dans un délai de 10 jours, étant précisé que le point de départ varie selon ce qui est contesté (par exemple, date de la désignation si la nécessité de l'expertise est contestée et date de communication par l'expert du coût, si celui-ci est contesté).

Il convient, par ailleurs, de noter que l'ordonnance "balai" précise qu'en cas d'annulation en justice du recours à l'expertise, les sommes déjà perçues par l'expert doivent être remboursées, mais le CSE peut décider de les prendre en charge.

Concernant la prise en charge des frais d'expertise, l'ordonnance du 22 septembre 2017 prévoyait que le CSE participait au paiement des frais d'expertise à hauteur de 20% sur son budget de fonctionnement pour la consultation sur les orientations stratégiques et pour les consultations ponctuelles. La loi de ratification prévoit que l'employeur doit prendre en charge tout ou partie des frais incombant au CSE lorsque le budget de fonctionnement "*est insuffisant pour couvrir le coût de l'expertise et n'a pas donné lieu à un transfert d'excédence annuel au budget destiné aux activités sociales et culturelles au cours des 3 années précédentes*".

3) Les budgets du CSE

Concernant l'assiette de calcul des budgets du CSE, l'ordonnance du 22 septembre 2017 a énoncé qu'il s'agissait de l'ensemble des gains et rémunérations soumis à cotisations de sécurité sociale à l'exception des indemnités versées à l'occasion de la rupture d'un contrat à durée indéterminée, auquel il convenait d'ajouter les sommes distribuées en application d'un accord de participation ou d'intéressement. La loi de ratification ayant supprimé cet ajout, les sommes distribuées au titre de la participation ou de l'intéressement n'ont plus à être intégrées dans l'assiette de calcul.

Un décret fixe les modalités de transfert éventuel de tout ou partie de l'excédent annuel du budget œuvres sociales au budget de fonctionnement ou à des associations.

Ainsi, il limite le transfert à 10% de l'excédent annuel.

La loi de ratification, quant à elle, apporte des limites au transfert du budget de fonctionnement au budget œuvres sociales.

Ainsi, si l'employeur a été appelé à prendre en charge des frais d'expertise incombant au CSE du fait de l'insuffisance du budget de fonctionnement pour couvrir lesdits frais, le CSE ne pourra pas décider de transférer d'excédents de ce budget au financement des activités sociales et culturelles pendant les 3 années suivantes.

4) Autres mesures

- Un décret du 20 décembre 2017 fixe le nombre maximal d'élus au CSE central (25 titulaires et 25 suppléants) et détermine la procédure à suivre en l'absence d'accord sur la constitution dudit comité entre l'employeur et les syndicats (saisine de la DIRECCTE qui prend sa décision dans les 2 mois. Recours possible dans un délai de 15 jours devant le Tribunal d'Instance).
- La loi de ratification supprime l'obligation, inscrite dans l'ordonnance du 22 septembre 2017, par l'employeur d'informer, tous les ans, l'inspection du travail, le médecin du travail et l'agent de l'URSSAF du calendrier des réunions du CSE.
- Le Conseil d'entreprise voit sa compétence étendue par l'ordonnance "balai" puisque, désormais, il voit sa compétence étendue à tous les accords collectifs, y compris celui conclu dans le cadre d'un PSE.

IV- LA PREVENTION DES RISQUES PROFESSIONNELLES

L'ordonnance du 22 septembre 2017 a modifié le périmètre des entreprises devant être couvertes par un accord collectif ou un plan d'action ayant pour objet la prévention des risques professionnels.

Il s'agit des entreprises d'au moins 50 salariés qui emploient au moins 25% de salariés déclarés au titre du Compte professionnel de prévention (C2P) ainsi que celles dont la sinistralité au titre des accidents du travail et des maladies professionnelles est supérieure à un seuil fixé à 0,25. Ce dernier indice est égal au rapport, pour les trois dernières années connues, entre le nombre d'accidents du travail et de maladies professionnelles imputés à l'employeur et l'effectif de l'entreprise.