



S'ENGAGER POUR CHACUN
AGIR POUR TOUS

LES ORDONNANCES COMMENTÉES PAR LA CFDT

SEPTEMBRE 2017

ORDONNANCE 3

PRÉVISIBILITÉ ET SÉCURISATION DES RELATIONS DE TRAVAIL

ARTICLE 1

CODE DU TRAVAIL NUMÉRIQUE

CONTENU DE L'ARTICLE

L'ordonnance met en place un code du travail numérique au plus tard au 1^{er} janvier 2020, qui contiendra les dispositions légales, réglementaires et conventionnelles. Son accès sera gratuit.

Les employeurs et les salariés pourront s'appuyer sur ce code. En cas de litige, l'un ou l'autre pourra dire qu'il s'est appuyé sur ce code pour appliquer une règle et sera alors présumé de bonne foi. Ils pourront également s'en prévaloir dans leur relation avec l'administration.

CE QU'EN PENSE LA CFDT

La mise en place d'un code réunissant l'ensemble des textes applicables à la relation de travail est positive car elle favorise l'accès à l'information pour les salariés comme pour les employeurs. Cette forme de « rescrit social » pose néanmoins plusieurs questions, notamment celle du degré de précision des informations disponibles sur ce site et de l'interprétation des textes, ainsi que l'identification de ceux qui s'appliquent à chaque situation. Plusieurs questions se posent :

- les accords d'entreprise et accords locaux seront-ils intégrés pour permettre une parfaite information ?
- les salariés et employeurs auront-ils la possibilité de poser des questions via ce code numérique ?

Un risque important pèse désormais en cas de contentieux sur l'application du code et l'effectivité des droits car le salarié pourrait avoir à démontrer que l'employeur était de mauvaise foi dans l'application d'une règle. On peut aussi se demander dans quelle mesure le juge sera « lié » par la réponse trouvée sur le site, la preuve contraire à cette présomption de bonne foi devrait toujours être possible.

PRATIQUES SYNDICALES

Les équipes et les salariés devront être alertés sur le fait que ce code numérique ne sera pas l'unique réponse à leurs difficultés. Avant un éventuel contentieux, nos pratiques d'accompagnement des salariés devront toujours primer.

ENTRÉE EN VIGUEUR: 1^{er} JANVIER 2020

ARTICLE 2

PLAFONNEMENT DES DOMMAGES ET INTÉRÊTS AUX PRUD'HOMMES

CONTENU DE L'ARTICLE

Cet article instaure des minima (planchers) et maxima (plafonds) d'indemnisation en réparation du préjudice d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, selon l'ancienneté.

Selon l'ancienneté, les minima vont de 1 à 3 mois de salaire, et les maxima de 1 à 20 mois de salaire. Les minima sont moins élevés pour les salariés des entreprises de moins de 11 salariés.

L'article prévoit également que le juge pourra tenir compte des indemnités légales de licenciement versées pour « évaluer » le montant d'indemnité versée en réparation du préjudice subi.

Le cumul possible entre les indemnités dues en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse et d'autres indemnités (ex : non-respect de la priorité de réembauchage en cas de licenciement économique) est limité au montant maximum prévu par le barème.

Ce barème s'applique en cas de résiliation judiciaire ou de prise d'acte de la rupture du contrat de travail par le salarié.

En revanche, ce barème n'est pas applicable en cas de licenciement nul. Il s'agit des licenciements d'une particulière gravité, en violation d'une liberté fondamentale, suite à un harcèlement moral ou sexuel, ou discriminatoire. Le plancher d'indemnisation reste dans ce cas fixé à 6 mois de salaire, sans montant maximum.

CE QU'EN PENSE LA CFDT

Nous sommes clairement opposés à cette barémisation, comme nous l'étions déjà au moment de la loi Macron et de la loi El Khomri. Cela porte atteinte au principe de réparation intégrale du préjudice. En pratique, cela supprime la garantie des 6 mois de salaire minimum qui était octroyée au salarié licencié sans cause réelle et sérieuse. La mission même des juges est remise en cause aux prud'hommes comme devant les cours d'appel puisqu'ils sont limités dans leur capacité d'évaluation réelle du préjudice.

Un problème majeur, c'est que seule l'ancienneté est prise en compte pour évaluer le préjudice, sans qu'il soit possible de prendre en compte la situation professionnelle, familiale, ou encore l'âge du salarié.

Au cours des concertations, nous avons (entre autres critères) proposé de pénaliser davantage les employeurs qui n'auraient pas respecté leur obligation de formation vis-à-vis de leur salarié injustement licencié. Nous n'avons pas été entendus.

Pour les salariés qui ont peu d'ancienneté et des petits salaires, les dommages et intérêts seront sans doute moins élevés que les coûts induits par la démarche judiciaire.

La possibilité de prendre en compte les indemnités légales ou conventionnelles de licenciement versées à l'occasion de la rupture pour « évaluer » (on imagine à la baisse) l'indemnité due en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse est choquante : ces deux indemnités n'ont pas le même objet (l'une répare un préjudice anormalement subi ; l'autre a pour objectif de sécuriser le salarié suite à la perte de son emploi) et cela pourra avoir pour conséquence une réduction importante des dommages et intérêts qui subissent déjà un plafonnement.

Nous sommes en revanche satisfaits de constater que la loi exclut l'application du barème dans des cas de licenciements nuls.

PRATIQUES SYNDICALES

Il faut que les conseillers prud'hommes CFDT soient vigilants sur d'éventuelles tentatives des conseillers employeurs d'appliquer les seuls minima.

RÉDUCTION D'UN CERTAIN NOMBRE D'AUTRES INDEMNITÉS

L'article 2 réduit également un certain nombre d'indemnités, notamment en cas de nullité du licenciement économique qui passe de 12 à 6 mois et de celle de la mise à mal de la priorité de réembauchage qui passe de 2 mois à 1 mois.

De même, l'article 3 prévoit qu'en cas de licenciement d'un salarié victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle en violation des règles protectrices ou relatives à l'inaptitude, l'indemnité est réduite de 12 à 6 mois de salaire minimum.

CE QU'EN PENSE LA CFDT

La CFDT désapprouve cette baisse indemnitaire qui touche à des atteintes manifestes aux droits sanctionnées par des nullités de licenciement. Cela est d'autant plus regrettable, dans le cas d'un salarié inapte, qui a plus de difficulté à retrouver un emploi. Son préjudice est donc d'autant plus élevé.

ENTRÉE EN VIGUEUR: APPLICATION AUX LICENCIEMENTS NOTIFIÉS POSTÉRIEUREMENT À LA PUBLICATION DE L'ORDONNANCE.

ARTICLE 42

AUGMENTATION DU NIVEAU DES INDEMNITÉS LÉGALES DE LICENCIEMENT

CONTENU DE L'ARTICLE

Cet article prévoit que désormais, un salarié licencié (hors faute grave ou lourde) bénéficiera d'une indemnité de licenciement dès lors qu'il comptera 8 mois d'ancienneté (contre 1 an précédemment).

Un décret devrait venir relever le niveau de l'indemnisation en cas de licenciement, qui passerait de 1/5 de mois de salaire par année d'ancienneté à **un quart de mois de salaire en dessous de 10 ans d'ancienneté et un tiers au-delà de 10 ans.**

ENTRÉE EN VIGUEUR : APPLICATION AUX LICENCIEMENTS NOTIFIÉS POSTÉRIEUREMENT À LA PUBLICATION DE L'ORDONNANCE.

CE QU'EN PENSE LA CFDT

Nous saluons cette augmentation du niveau des indemnités légales de licenciement, bien que la CFDT réclamait un demi mois de salaire par année d'ancienneté.

ARTICLE 4

LICENCIEMENT : LES VICES DE FORME ET LEUR IMPACT SUR LE FOND

LA LETTRE DE LICENCIEMENT ET SES MOTIFS

CONTENU DE L'ARTICLE

Cet article introduit un modèle CERFA de lettre de licenciement, dont le contenu sera déterminé par décret. Il prévoit que l'employeur a la possibilité de préciser ou compléter les motifs retenus pour licencier le salarié après l'envoi de la lettre de licenciement (a priori pas d'en retirer). Il peut notamment le faire à la demande du salarié qui souhaiterait obtenir des précisions quant au motif de licenciement. Les motifs dans la lettre initiale, ou ceux qui sont ajoutés par la suite à cette demande de précision, fixent les limites du litige, c'est-à-dire que c'est sur ces motifs que le juge va rendre sa décision en cas de contentieux sur les motifs.

Si le salarié n'a pas saisi cette possibilité de demander à l'employeur de rectifier et n'a pas fait la demande, et qu'il conteste son licenciement devant le conseil de prud'hommes, l'insuffisance de motivation ne suffira plus, à elle seule, pour que le licenciement soit reconnu comme étant sans cause réelle et sérieuse. Dans ce cas, l'insuffisance de motivation sera sanctionnée par le versement d'une indemnité maximale d'un mois de salaire. Cela n'empêchera néanmoins pas le juge de reconnaître l'absence de cause réelle et sérieuse au licenciement si cette cause est absente et de réparer le préjudice subi sur la base du barème impératif. Cela signifie que la seule insuffisance ne sera pas automatiquement considérée comme une absence de cause réelle et sérieuse, et sanctionnée comme tel.

Lorsqu'un employeur s'est appuyé sur plusieurs motifs, dont l'un d'entre eux conduit à rendre le licenciement nul, les juges devront néanmoins examiner les autres motifs contenus dans la lettre. L'article précise que l'objectif est de prendre en compte, dans l'évaluation du préjudice et de l'indemnité, l'existence de motifs reposant sur une cause réelle et sérieuse, malgré la nullité du licenciement.

CE QU'EN PENSE LA CFDT

Le recours à un CERFA faisant clairement apparaître les droits et les obligations de chacun est sécurisant pour les deux parties.

La possibilité donnée à l'employeur de **préciser**, potentiellement à la demande du salarié lui-même, permet également de clarifier les motifs de licenciement pour le salarié. La faculté de l'employeur de **compléter** le motif de licenciement pose plus de questions, on ne sait pas jusqu'où ces compléments peuvent aller, ni même s'il est possible de retirer un motif invoqué initialement. Cela porte atteinte aux droits de la défense du salarié qui n'aura pas pu se défendre ou s'expliquer sur ces nouveaux motifs lors d'un entretien préalable.

PRATIQUES SYNDICALES

Qu'il s'agisse de représentants du personnel ou de conseillers du salarié dans les plus petites entreprises, les militants qui accompagnent les salariés dans leur entretien préalable devront être vigilants à la lettre et aux motifs qu'elle contient. Ils devront également avoir en tête qu'en cas de lettre de licenciement imprécise, faute d'avoir demandé à l'employeur de préciser les choses, l'indemnisation spécifique pour motif insuffisant sera limitée à 1 mois de salaire (sauf à démontrer une absence de cause réelle et sérieuse). Elle s'ajoute éventuellement à l'indemnisation pour absence de cause réelle et sérieuse si celle-ci venait à être démontrée.

TRANSMISSION DU CONTRAT ÉCRIT CDD/CTT

CONTENU DE L'ARTICLE

Désormais, lorsque l'employeur ne transmet pas le contrat de travail CDD/CTT écrit dans les 48 heures (ou dans le délai fixé par l'accord de branche qui a désormais la faculté de le définir, cf. article 1 de l'ordonnance 1), la sanction n'est plus la requalification en CDI mais une indemnité maximale de 1 mois de salaire.

CE QU'EN PENSE LA CFDT

Nous déplorons la disparition de la requalification en CDI si le CDD/CTT est transmis tardivement. la connaissance tardive par le salarié de la nature de son contrat pourrait l'empêcher de faire valoir ses droits en cas d'abus par l'employeur.

ENTRÉE EN VIGUEUR : APPLICATION AUX LICENCIEMENTS NOTIFIÉS POSTÉRIEUREMENT À LA PUBLICATION DE L'ORDONNANCE.

ARTICLES 5 - 6

RÉDUCTION DES DÉLAIS DE RECOURS EN JUSTICE

CONTENU DE L'ARTICLE

Cet article réduit de 24 à 12 mois le délai de recours pour contester la rupture du contrat de travail, qu'il s'agisse d'un licenciement personnel ou économique.

À noter que :

- les recours portant sur l'exécution du contrat de travail reste à 2 ans (ce qui est rare, car la grande majorité des salariés qui saisissent les prudhommes ne sont plus en emploi) ;
- le délai de prescription pour rappel des salaires reste à 3 ans ;
- les cas de harcèlement et de discrimination demeurent à 5 ans, les contentieux en cas de dommages corporels à 10 ans.

CE QU'EN PENSE LA CFDT

Il a été envisagé, jusque très tard dans les concertations, de faire passer le délai de saisine des CPH à six mois. Cela aurait été un véritable scandale. Nous savons que le délai moyen de recours des adhérents CFDT, lesquels sont plus informés et particulièrement accompagnés, est de 17 mois. Sous la pression de la CFDT, le délai a été, in fine, ramené à 12 mois.

PRATIQUES SYNDICALES

Les militants devront alerter les salariés dont le contrat est rompu sur ce délai court, au risque pour ces derniers de ne plus pouvoir agir en cas de réaction tardive.

ENTRÉE EN VIGUEUR : CES NOUVEAUX DÉLAIS DE PRESCRIPTION S'APPLIQUENT AUX AFFAIRES EN COURS DÈS LA PROMULGATION DE L'ORDONNANCE. C'EST-À-DIRE MÊME SI LE LICENCIEMENT A ÉTÉ PRONONCÉ AVANT SEPTEMBRE 2017.

ARTICLES 7 - 8 **INAPTITUDE**

CONTENU DES ARTICLES

ARTICLE 7

L'article 7 précise le périmètre de l'obligation de licenciement en cas d'inaptitude.

ARTICLE 8

L'article 8 porte sur la voie de recours pour contester les éléments de nature médicale justifiant les avis du médecin du travail. Il confirme que le conseil de prud'hommes est compétent. Celui-ci aura la possibilité de demander une mesure d'instruction au médecin inspecteur du travail. La décision que prendra le conseil de prud'hommes remplacera la décision du médecin du travail.

CE QU'EN PENSE LA CFDT

La CFDT est satisfaite de voir que ces dispositions sont une réponse aux alertes de notre réseau prud'hommes.

Nous regrettons néanmoins le fait que la compétence des prud'hommes ait été maintenue. Pour éviter que les éléments de nature médicale soient évoqués à l'audience et, de ce fait, portés à la connaissance de l'employeur, nous avons suggéré de confier ce contentieux à une commission ad hoc composée de médecins du travail.

Nous regrettons également que le dispositif maintienne la création d'un conflit artificiel entre l'employeur et le salarié alors même que c'est la décision d'un tiers (le médecin du travail) qui est contestée.

Par ailleurs, la CFDT regrette que cette procédure, en cas de mesure d'instruction, soit payante. Cette procédure pose la question du respect du secret médical dès lors que les éléments médicaux ayant fondé la décision contestée du médecin du travail pourront être notifiés à un médecin que l'employeur mandaterait à cet effet.

ARTICLES 9 ET 10

FIN DU CONTRAT DE GÉNÉRATION

CONTENU DE L'ARTICLE

Le contrat de génération est supprimé, mais les aides versées à ce titre et les demandes effectuées par l'entreprise avant la publication des ordonnances sont versées dans leur intégralité.

L'obligation triennale de négocier sur le contrat de génération est en conséquence supprimée.

CE QU'EN PENSE LA CFDT

Le recours au contrat de génération n'a malheureusement pas fait l'objet de nombreux accords collectifs. Sa suppression aura une portée limitée. La sécurisation des contrats en cours est salubre.

ARTICLE 11

PLANS DE DÉPART VOLONTAIRE (PDV) ET CONGÉ DE MOBILITÉ

L'article 11 instaure la rupture du contrat de travail d'un commun accord dans le cadre d'accords collectifs. Deux dispositifs sont mobilisés : le congé de mobilité jusqu'à présent mis en œuvre dans les entreprises de plus de 1000 salariés qui procèdent à des licenciements économiques, et les plans de départs volontaires, souvent utilisés en amont ou en complément d'un PSE.

CONTENU DE L'ARTICLE

EXTENSION DU CONGÉ DE MOBILITÉ

Dans le cadre d'un accord de GPEC uniquement, il est possible de proposer un congé de mobilité au salarié. Son objectif est de favoriser le retour à un emploi stable par un accompagnement, des formations et des périodes de travail. L'accord collectif doit obligatoirement prévoir certaines dispositions :

- la durée du congé ;
- les conditions pour en bénéficier ;
- les modalités d'adhésion du salarié au dispositif proposé par l'employeur et les engagements réciproques ;
- l'organisation des périodes de travail, les conditions auxquelles il est mis fin au congé, les modalités d'accompagnement des actions de formations envisagées ;
- le niveau de la rémunération versée pendant le congé ;
- les conditions d'information des IRP ;
- les indemnités de rupture du contrat à l'issue du congé, qui ne peuvent être inférieures aux indemnités légales en cas de licenciement économique.

Le salarié qui accepte un congé de mobilité voit son contrat de travail rompu à l'issue du congé. Cette rupture n'étant assimilable ni à un licenciement, ni à une démission.

L'employeur informe l'administration des ruptures prononcées dans le cadre du congé de mobilité dans des conditions qui feront l'objet d'un décret.

RUPTURE D'UN COMMUN ACCORD DANS LE CADRE D'UN PDV

Le texte autorise, par accord collectif majoritaire, la possibilité de prévoir un plan de départs volontaires, en dehors de tout licenciement, mais avec pour objectif de supprimer des emplois.

L'administration est informée sans délai de l'ouverture d'une négociation d'un PDV.

Le plan devra prévoir certaines dispositions obligatoires :

- le nombre maximal de départs envisagés ;
- les conditions à remplir pour en bénéficier ;
- les critères de départage entre les potentiels candidats au départ ;
- les modalités de candidature au départ des salariés, et les conditions de leur changement d'avis ;
- les modalités de calcul des indemnités de rupture qui ne peuvent être inférieures aux indemnités légales en cas de licenciement économique ;
- des mesures visant à faciliter le reclassement externe des salariés ;
- les modalités de suivi de la mise en œuvre du PDV ;
- les modalités d'information du CSE.

L'accord est soumis à validation par l'autorité administrative, laquelle doit motiver sa décision et la faire connaître à l'employeur, au CSE et aux OS représentatives signataires. Après validation par l'administration, l'acceptation par l'employeur d'une demande d'un salarié de bénéficier du PDV entraîne la rupture du contrat d'un commun accord.

Le CSE est consulté sur le suivi de la mise en œuvre du plan.

Lorsque le PDV a des conséquences économiques sur le bassin d'emploi, elle doit contribuer, par une convention de revitalisation conclue avec l'administration, à la création d'activités nouvelles.

Congé de mobilité ou départ volontaire dans le cadre d'un accord collectif, ces ruptures ne sont ni un licenciement, ni une démission mais des ruptures d'un commun accord qui ouvrent droit à l'assurance chômage.

CE QU'EN PENSE LA CFDT

Aux côtés des accords emploi qui priment sur le contrat de travail (article 3 de l'ordonnance 1), ces dispositions sont au cœur d'un des axes de la réforme voulue par le gouvernement : franchir une étape supplémentaire vers un système de flexisécurité sur le modèle des pays nord-européens. Les congés de mobilité et les PDV sont des classiques du PSE. A la différence du droit actuel, ils reposent ici à la fois sur l'accord amiable entre les partenaires sociaux de l'entreprise et sur le strict volontariat des salariés.

Côté flexibilité, la gestion des effectifs tend à devenir un acte banal de la gestion de l'entreprise, qui peut s'affranchir de certaines obligations relatives à la mise en place d'un PSE :

- **procéder à des licenciements collectifs pour un motif économique qu'il n'est plus besoin de justifier ;**
- **prévoir des actions favorisant la reprise de tout ou partie des activités en vue d'éviter la fermeture d'un ou de plusieurs établissements ;**
- **prévoir des actions de soutien à la création d'activités nouvelles ;**
- **obligation de reclassement.**

Côté sécurité, les accords devront définir les mesures de mise en œuvre des dispositifs, d'accompagnement au reclassement externe des salariés. Et par ailleurs, la rupture du contrat consécutive à un congé de mobilité ou un départ volontaire ne privera pas le salarié du droit à l'indemnisation chômage.

Dans le cadre d'un accord de PDV, l'administration dispose d'un pouvoir de contrôle important, notamment pour veiller au caractère non discriminatoire des critères de départage entre les volontaires au départ.

La CFDT prend acte d'une évolution qui renforce la négociation d'entreprise. Mais nous formulons plusieurs remarques :

- **l'entreprise qui entend proposer une rupture conventionnelle collective se sera fixée des objectifs en termes de nombre d'emplois à supprimer. Si la voie négociée de la rupture conventionnelle collective s'avérait insuffisante, il est fort probable qu'elle sera suivie d'un PSE, entretenant ainsi la confusion entre les différentes voies ;**
- **la fin de l'obligation pour l'employeur d'accepter le recours à l'expertise va réduire la capacité de la représentation salariée à analyser la pertinence et le contenu du projet proposé par l'employeur ;**
- **malgré un contrôle par l'administration des critères de départage entre les volontaires au départ, le risque est fort d'une utilisation des PDV hors PSE au service d'une gestion des âges, ou des qualifications : un moyen de rajeunir la population salariée ou de modifier son niveau de qualification sans s'embarrasser de développer une politique des compétences ;**
- **plutôt qu'une anticipation/prévision de l'évolution des emplois et des compétences, la GPEC se colore fortement d'un accompagnement des suppressions d'emplois. C'est une vision de la GPEC contraire**

à celle de la CFDT : on reste dans une logique de postes (à supprimer en l'occurrence) et non dans une démarche compétences (les compétences individuelles et collectives considérées comme une richesse à entretenir et développer) et de préservation de l'emploi. C'est un contresens dommageable.

PRATIQUES SYNDICALES

Les accords prévoyant des « ruptures d'un commun accord » correspondent à une logique qui peut entrer en contradiction avec la démarche des accords emplois redéfinis par l'article 3 de l'ordonnance 1. Ces derniers sont orientés vers la préservation et le maintien de l'emploi et c'est cette voie que la CFDT entend privilégier.

La GPEC ne doit pas être détournée de son objet premier : partager un diagnostic, anticiper les évolutions, définir une politique des compétences tournée vers la préservation de l'emploi, investir dans la compétence collective au service du développement de l'entreprise.

Si des équipes CFDT acceptent de négocier des accords incluant des « ruptures d'un commun accord », il faudra préalablement analyser précisément le projet présenté par la direction de l'entreprise. L'accord de méthode devra prévoir le recours à l'expertise, si possible en privilégiant un cabinet qui n'a pas par ailleurs une activité d'aide au reclassement. Les critères de départage des candidats au départ dans le cas d'un PDV devront être examinés à la loupe. Le rôle important de l'administration en matière de contrôle de ces PDV invite à se rapprocher de l'inspection du travail pour s'assurer qu'elle dispose de toutes les informations en temps voulu. Les mesures d'accompagnement au reclassement externe, la durée de ces mesures, tout ce qui vise à la sécurisation du retour à l'emploi devra être à la hauteur des besoins des partants et de la réalité du marché de l'emploi local. Il conviendra de veiller à ce que l'entreprise assume pleinement ses responsabilités, sans se reposer sur l'assurance chômage.

ENTRÉE EN VIGUEUR : APPLICATION AU LENDEMAIN DE LA PUBLICATION DE L'ORDONNANCE.

ARTICLE 18

RÉDUCTION DU PÉRIMÈTRE D'APPRÉCIATION DES JUSTIFICATIONS ÉCONOMIQUES

CONTENU DE L'ARTICLE

Le cadre d'appréciation des difficultés économiques, mutations technologiques ou nécessité de sauvegarder la compétitivité (les justifications du licenciement économique) est considérablement réduit si l'entreprise appartient à un groupe. Alors qu'auparavant ces difficultés étaient appréciées à l'échelle des autres entreprises du groupe tout entier (potentiellement l'échelle mondiale) ces difficultés seront désormais comparées à la situation des entreprises appartenant au même secteur d'activité et établies sur le territoire national et qui se trouvent dans le même secteur d'activité qu'elle. Exception faite des cas de « fraudes » précise la loi.

CE QU'EN PENSE LA CFDT

La définition du secteur d'activité par la loi n'est pas forcément une mauvaise chose. Cela guiderait les juges et leur permettrait d'en faire une application uniforme.

Si l'appartenance au même secteur d'activité est un élément de comparaison pertinent, c'est en revanche dangereux d'apprécier les difficultés économiques d'une multinationale sur le seul périmètre français, dans une économie mondialisée, alors même que l'on défend une Europe sociale (risque de mise en concurrence des filiales européennes).

Cette conception ne va pas dans le sens de la conception CFDT de la notion d'entreprise dont un des axes est de penser notre action et celle de nos élus en dépassant les frontières juridiques posées par le droit des sociétés.

La précaution finale d'exclure les cas de fraude ne rajoute aucune protection, dans la mesure où les groupes peuvent, en toute légalité et sans frauder, organiser les difficultés d'une entreprise en distinguant centre de coût et centre de profit.

Au minimum, il aurait fallu conditionner le droit de limiter le périmètre d'appréciation des difficultés économiques au territoire national à la preuve d'un dialogue économique et social de qualité dans l'entreprise (BDES négociée depuis au moins 2 ans, ainsi qu'au niveau du groupe, tendances prospectives, négociation d'une GPEC, respect des informations-consultations sur les perspectives de l'entreprise...). Une fois de plus, c'est une occasion manquée de promouvoir un dialogue économique et social de qualité reconnu comme un facteur de performance de l'entreprise.

PRATIQUES SYNDICALES

Il faut s'assurer que l'ensemble des informations économiques sont bien dans la BDES, et surtout négocier une BDES de groupe. Plusieurs indicateurs économiques et sociaux peuvent être regardés par les équipes pour vérifier si l'entreprise a tenté de contourner les règles (et faire échec à la réduction du périmètre d'appréciation), notamment :

- **Absence d'actualisation de la BDES** dans les 6 derniers mois et absence de tendances prospectives ;
- **Avis négatif ou absence de consultation sur les orientations stratégiques** et/ou la situation économique et financière au cours des 2 dernières années ;
- **Refus de communiquer les documents demandés par l'expert** dans le cadre de ses missions relatives à l'analyse de la situation économique et financière ou des orientations stratégiques ou du projet ;
- **Cession de brevets ou de marques** à une autre société du groupe, hors du périmètre national, dans les 2 années précédentes.

ENTRÉE EN VIGUEUR : APPLICATION AUX PROCÉDURES DE LICENCIEMENTS ÉCONOMIQUES ENGAGÉES APRÈS LA PUBLICATION DE L'ORDONNANCE.

ARTICLE 19

OFFRES DE RECLASSEMENT : EN FRANCE ET À L'ÉTRANGER

CONTENU DE L'ARTICLE

Cet article traite des obligations en matière d'offres de reclassement en cas de licenciement économique. Alors qu'auparavant il fallait une information écrite et individuelle au salarié, l'employeur a désormais la faculté de communiquer les offres de reclassement « par tout moyen, via une liste ». Cet article supprime également la possibilité pour le salarié de demander à connaître d'éventuelles offres de reclassement hors du territoire français.

CE QU'EN PENSE LA CFDT

Pour la CFDT, la communication des offres de reclassement par une liste, qu'elle soit diffusée sur internet ou affichée sur un panneau, représente un risque pour le salarié de ne pas bénéficier de l'information nécessaire pour pouvoir se positionner sur ces offres en temps utile.

PRATIQUES SYNDICALES

La CFDT sera vigilante à ce que le décret d'application précise clairement quels seront les moyens de communications des offres, et les équipes sur place devront au maximum essayer d'en négocier les modalités dans l'entreprise pour s'assurer que l'ensemble des salariés aient une réelle connaissance de ces informations.

ARTICLE 21

PÉRIMÈTRE D'APPRÉCIATION DES CRITÈRES D'ORDRE DES LICENCIEMENTS

CONTENU DE L'ARTICLE

En cas de « petits licenciements économiques collectifs » (moins de 10 salariés sur une période de 30 jours), le périmètre d'appréciation des critères d'ordre des licenciements est la zone d'emploi où se situent un ou plusieurs établissements de l'entreprise.

CE QU'EN PENSE LA CFDT

La zone d'emploi est le seuil en dessous duquel l'employeur ne peut descendre quand il établit un PSE de manière unilatérale. Désormais, cette zone d'emploi est également le seuil en dessous duquel il ne pourra descendre en cas de petits licenciements économiques.

ARTICLE 22

LICENCIEMENTS AVANT TRANSFERT EN CAS D'OFFRE DE REPRISE

CONTENU DE L'ARTICLE

La loi Travail du 8 août 2016 avait permis aux entreprises de plus de 1000 salariés de procéder à des licenciements avant le transfert d'une entité économique autonome, en cas d'offre de reprise présentée au CE. Une exception à l'obligation de transférer les contrats de travail qui visait à faciliter les reprises. L'article élargit cette faculté de licencier préalablement au transfert à toutes les entreprises soumises à l'obligation de négocier un PSE (soit dès 50 salariés) et non plus uniquement aux entreprises de plus de 1000 salariés.

CE QU'EN PENSE LA CFDT

Le seuil de 50 salariés semble très bas. En effet, contrairement aux très grandes entreprises, on peut craindre que les financements pour les mesures d'accompagnement des salariés seront limités dans les PME en difficulté. N'existe-t-il pas également un risque de créer un appel d'air pour certaines entreprises souhaitant revendre au meilleur prix ?

Enfin, cette possibilité de licencier avant le transfert prévu est limitée au regard du droit européen, qui considère, notamment, que le transfert ne peut être un motif de licenciement.

PRATIQUES SYNDICALES

Les équipes devront veiller, dans une telle situation, à l'existence d'une offre de reprise réelle. À défaut, ils devront alerter l'administration avant homologation.

Il conviendra d'être exigeant sur le niveau des mesures d'accompagnement des salariés licenciés. Ne pas brader ces mesures au profit d'un repreneur qui aurait les moyens d'être mieux-disant.

ARTICLE 23

IMPACT DE LA MISE EN PLACE D'UN COMITÉ SOCIAL ET ÉCONOMIQUE (CSE) SUR LES DISPOSITIONS RELATIVES AU LICENCIEMENT ÉCONOMIQUE

CONTENU DE L'ARTICLE

Pour les « *petits licenciements économiques* » (moins de 10 salariés sur une période de 30 jours) cet article fixe à un mois le délai dont dispose le CSE pour rendre son avis sur un projet de licenciement économique.

Pour les « *grands licenciements économiques* » (10 et plus) un article précise que le CSE pourra recourir à une expertise.

L'employeur devra préciser au CSE les conséquences de la réorganisation en matière de santé, de sécurité ou des conditions de travail (petits et grands licenciements)

Pour les grands licenciements, le terme d'expert-comptable est remplacé par celui d'expert. Le CSE pourra recourir à une expertise multi-domaines : économiques, comptable mais aussi juridique ou technique (conditions de travail).

La possibilité pour le CSE de mandater un expert pour aider les OS dans la négociation du PSE est maintenue.

CE QU'EN PENSE LA CFDT

Précédemment, le CE n'avait pas de délai pour rendre son avis en cas de petits licenciements économiques. Désormais ce délai est d'un mois, ce qui peut être contraignant si le CSE souhaite faire appel à un expert.

Il est important que dans la nouvelle instance fusionnée, la consultation comprenne les conséquences sur la santé et les conditions de travail. En revanche, là où précédemment il était possible de recourir à plusieurs expertises (celle du CE, mais aussi celle du CHSCT), il n'y en aura désormais qu'une, regroupant l'ensemble des domaines. Un des risques est de conduire à des expertises plus coûteuses et par conséquent à d'éventuels conflits avec l'employeur.

PRATIQUES SYNDICALES

Il faudra demander systématiquement à ce que l'expertise porte sur l'ensemble des thèmes, y compris ceux liés à la santé et aux conditions de travail.

Les équipes devront s'assurer des compétences de l'expert qu'elles désigneront : s'il n'est pas expert-comptable, il risque d'avoir un accès moins large à certains documents comptables.

ARTICLE 24

FAVORISER LE RECOURS AU TÉLÉTRAVAIL OCCASIONNEL

CONTENU DE L'ARTICLE

La mise en place du télétravail est désormais obligatoirement cadrée par un accord collectif ou une charte élaborée par l'employeur après avis du comité social et économique (et non plus simplement déclinée au niveau individuel par un avenant au contrat).

Le télétravail devient un droit pour le salarié afin de faire face à des contraintes personnelles, dès que son poste est éligible au télétravail dans les conditions fixées par l'accord ou la charte. Le salarié peut, pour faire face à des contraintes personnelles, demander à télétravailler. L'employeur qui refuse devrait alors motiver son refus. A l'inverse, un salarié peut toujours refuser de télétravailler.

L'ACCORD COLLECTIF, OU LA CHARTE, DOIT OBLIGATOIREMENT PRÉCISER :

- les conditions de passage en télétravail et les conditions de retour à une exécution du contrat sans télétravail ;
- les modalités d'acceptation par le salarié des conditions de mise en œuvre du télétravail ;
- les modalités de contrôle du temps de travail ou de régulation de la charge de travail ;
- la détermination des plages horaires durant lesquelles l'employeur peut habituellement contacter le salarié.

Le projet d'ordonnance introduit la notion de « télétravail occasionnel » et lui donne un cadre juridique.

Il doit être mis en œuvre d'un commun accord entre l'employeur et le salarié, cet accord pouvant être formalisé par tous moyens (écrit, mail, accord verbal, etc.) chaque fois que le salarié télétravaille.

Les ordonnances instaurent une présomption légale d'imputabilité d'accident du travail pendant les plages horaires du télétravail.

Les droits collectifs du télétravail sont légalement reconnus, ainsi que le principe d'égalité de traitement avec les autres salariés, notamment le même accès à la formation.

En revanche la loi supprime l'obligation pour l'employeur de prendre en charge les frais inhérents au télétravail (coût du matériel, logiciels, abonnements, communications, maintenance, etc.).

CE QU'EN PENSE LA CFDT

D'une manière générale les évolutions proposées par le projet d'ordonnance sont plutôt positives et s'inspirent en partie des préconisations émises dans le cadre de la concertation sur le télétravail dans laquelle la CFDT s'est impliquée. Le cadre juridique proposé assouplit les conditions de recours au télétravail et tend à sécuriser tant les salariés que les employeurs, avec pour objectif d'en faire une modalité normale de travail.

LES PLUS PAR RAPPORT AU CADRE ACTUEL :

- **la nécessité d'un cadre collectif au télétravail qui remplace l'exigence formelle d'un contrat de travail ou d'un avenant ;**
- **la possibilité d'élaborer une charte rend le télétravail plus accessible aux entreprises ;**
- **la reconnaissance du télétravail occasionnel, sans exigence de formalisme contractuel, ce qui en assouplit la mise en œuvre ;**
- **un droit au télétravail pour le salarié avec une obligation pour l'employeur de motiver son refus et de démontrer au salarié en quoi le télétravail n'est pas possible ;**
- **une présomption d'accident du travail lorsqu'il survient en cours de télétravail ;**
- **la reconnaissance des droits collectifs des télétravailleurs et de l'égalité de traitement avec les salariés non-télétravailleurs, notamment en terme d'accès à la formation professionnelles.**

LES POINTS QUI POSENT QUESTION :

- **l'ordonnance est imprécise sur ce que recouvre la notion de « télétravail occasionnel ». Le fait que l'accord entre l'employeur et le salarié puisse être formalisé par tous moyens peut présenter des risques (par exemple, en cas d'accident du travail), notamment lorsque l'accord est verbal ;**
- **le texte ne précise pas la procédure de demande de télétravail par le salarié ni, le cas échéant, la procédure de contestation de la décision de l'employeur ;**
- **la suppression de l'obligation de l'employeur de prendre en charge les coûts découlant du télétravail (obligation prévue depuis l'ANI sur le télétravail du 19 juillet 2005).**

PRATIQUES SYNDICALES

Le télétravail doit faire l'objet d'une négociation et d'un accord d'entreprise lorsqu'il n'existe pas, la charte constituant un dernier recours. Le cadre collectif (charte ou accord) qui sera retenu devra, entre autres, tenir compte des points de vigilance suivants :

- **définir les limites du télétravail « occasionnel », préciser les modalités de formalisation, notamment privilégier l'exigence d'un accord écrit ;**
- **sur le droit au télétravail du salarié : préciser la procédure de demande du salarié, de réponse**

de l'employeur et de contestation ; le cas échéant, les motifs objectifs de refus. Afin notamment de limiter les risques d'arbitraire et de discrimination dans l'accès au télétravail ;

- préciser les obligations de l'employeur en termes de prise en charge des moyens matériels et financiers découlant de l'exercice du télétravail ;
- ne pas omettre de faire le lien avec le droit à la déconnexion.

POUR RAPPEL : il existe un guide CFDT Cadres « Négocier le télétravail ».

ARTICLES 25 À 32

DÉTERMINATION DES CONDITIONS DE RECOURS AUX CDD ET AUX CTT PAR LA CONVENTION OU L'ACCORD COLLECTIF DE BRANCHE

Le projet d'ordonnance renvoie à la branche un certain nombre de dispositions relatives aux modalités d'exécution des CDD et des contrats de travail temporaires (CTT), toutefois les cas légaux de recours à ces contrats restent inchangés et relèvent toujours de la loi.

CONTENU DE L'ARTICLE

Qu'il s'agisse des CDD ou des CTT, il appartient désormais à la branche de définir les éléments suivants :

- la durée totale de ces contrats renouvellement inclus n'est plus limitée à 18 mois mais peut être fixée par la branche « librement » (dans la limite des engagements internationaux et européens de la France) ;
- le nombre maximal de renouvellements possibles (aujourd'hui 2) ;
- les modalités de succession de ces contrats sur un même poste de travail : calcul du délai de carence et définition des cas d'exclusion du délai de carence ;
- les motifs de requalification d'un CDD ou d'un CTT en CDI ;
- les modalités de transmission du contrat au salarié.

Dans le cadre des CTT, il appartient à **l'accord de branche de l'entreprise utilisatrice** (et non de l'entreprise de travail temporaire) de déterminer ces éléments.

L'accord d'entreprise ne pourra aller en deçà et devra assurer des garanties « au moins équivalentes » à celles prévues par la branche.

À défaut de stipulations sur ces points dans l'accord de branche, c'est le Code du travail et le droit actuel qui s'applique. Le socle supplétif n'a pas a priori été modifié par l'ordonnance, à une exception toutefois : **le défaut de transmission du CDD ou CTT écrit dans les 2 jours** n'ouvre plus droit à la requalification en CDI mais il ouvre droit à une éventuelle indemnité versée par l'employeur à hauteur d'un mois de salaire maximum (article 4 de l'ordonnance 3).

À noter les cas de recours au CDD/CTT (remplacement d'un salarié absent, surcroît d'activité, etc.), les règles de préavis, des périodes d'essai, la forme du CDD (écrit, mentions obligatoires etc.) les modalités de rupture du CDD et l'indemnité de fin de CDD, restent cadrés par la loi.

CE QU'EN PENSE LA CFDT

Cf. Commentaires de l'article 1 de l'ordonnance 1.

Les ordonnances n'ont pas été aussi loin que l'aurait souhaité la CFDT pour qui les branches devaient également cadrer et définir les secteurs et les postes ouvrant droit à la conclusion de CDD d'usage ou les contrats saisonniers.

PRATIQUES SYNDICALES

La négociation de ces modalités va constituer un élément essentiel de la négociation de branche. Cela va permettre d'adapter les conditions d'exécution des contrats précaires aux réalités de chaque secteur d'activité, tout en tendant à la réduction de la précarité et à l'amélioration de la qualité de l'emploi.

Une négociation de qualité nécessitera de s'appuyer sur des informations fiables et reflétant la réalité des pratiques des entreprises. Il faut saisir l'opportunité de cette réforme de la négociation de branche pour la doter des moyens et des outils capables de fournir ces informations aux partenaires sociaux.

La CFDT devra exiger que des objectifs soient fixés en matière de réduction de la précarité. La structure de l'emploi dans la branche devient une compétence de la branche.

Plus spécifiquement sur le travail temporaire, il serait très utile que les négociateurs de branche CFDT soient mis en relation avec leurs homologues de la Fédération CFDT des Services en responsabilité de la branche de l'Intérim. Ces derniers ont une connaissance fine, par secteur, des pratiques des entreprises en matière de recours à l'Intérim. La réduction de la précarité ne sera efficace que dans une coresponsabilité des entreprises utilisatrices et des entreprises de travail temporaire. Le réseau CFDT doit montrer sa capacité à peser sur cette coresponsabilité.

ARTICLES 33 - 34

DÉTERMINATION DES CONDITIONS DE RECOURS AU CDI DE CHANTIER OU D'OPÉRATION

CONTENU DES ARTICLES

Le projet d'ordonnance crée un véritable cadre légal du CDI de chantier ou d'opération, jusqu'ici envisagé uniquement par le Code sous l'angle de sa rupture. Le texte permet à tous les secteurs d'activité d'avoir recours au CDI de chantier ou d'opération à condition qu'un accord de branche étendu le prévoie.

L'ordonnance sécurise les entreprises qui y avaient déjà recours, sans accord de branche, dans la mesure où elles se trouvaient dans des secteurs où son usage est habituel et conforme à l'exercice régulier de la profession (essentiellement BTP et Syntec). Cette « souplesse » s'est arrêtée au 1^{er} janvier 2017, ce qui signifie que de nouveaux usages de ce type ne pourront pas émerger dans d'autres secteurs après cette date, et qu'un accord de branche sera exigé.

LE CONTENU DE L'ACCORD DE BRANCHE. L'ACCORD PEUT NOTAMMENT PRÉVOIR (PAS D'OBLIGATION):

- la taille des entreprises concernées
- les activités concernées
- les mesures d'information du salarié sur la nature de son contrat
- les contreparties en termes de rémunération et d'indemnité de licenciement accordées aux salariés
- les garanties en termes de formation pour les salariés concernés.

LES MODALITÉS DE LA RUPTURE

Dans l'hypothèse d'une fin de chantier « classique », comme avant, cette fin de chantier constitue un motif réel et sérieux de licenciement. La procédure de licenciement est celle prévue pour les licenciements pour motif personnel, et non économique. Le licenciement suite à la fin de chantier ou d'opération est présumé reposer sur une cause réelle et sérieuse.

Dans l'hypothèse où le chantier n'aurait pas lieu, ou se terminerait de façon anticipée, l'accord de branche doit prévoir des modalités de rupture spécifique.

CE QU'EN PENSE LA CFDT

La CFDT approuve le renvoi à la branche des conditions de recours et les modalités d'exécution des contrats atypiques, tel que le CDI de chantier ou d'opération. Lors des concertations, la CFDT s'est battue contre la pression de certaines organisations patronales qui demandaient le recours direct aux CDI de chantier par accord d'entreprise.

PRATIQUES SYNDICALES

Dans la mesure où le licenciement pour fin de chantier fait échapper l'employeur aux dispositions relatives au licenciement pour motif économique et où cela reste un contrat précaire, il est nécessaire d'en cadrer strictement le recours. Dans les négociations de branche, il conviendra donc de tenir compte et d'intégrer un maximum de garanties :

- les motifs de recours à ce type de contrat, notamment la notion de chantier ou d'opération dans le secteur concerné ;
- les professions et postes éligibles ;
- les mentions obligatoires des contrats et notamment la mention expresse qu'il est conclu pour la durée d'un chantier ;
- une information/consultation des IRP ;
- au terme du contrat, des garanties procédurales supplémentaires se rapprochant si possible des mesures de licenciement économique (indemnisation, obligation de reclassement, priorité de réembauchage, des mesures d'accompagnement, etc).

L'article prévoit un accord de branche étendu, ce qui signifie que l'accord en question passera obligatoirement dans les instances de concertation où siègent les partenaires sociaux confédéraux (lien entre la fédération concernée et la confédération).

ARTICLE 35

RECOURS AU TRAVAIL DE NUIT

CONTENU DE L'ARTICLE

Le principe est que le recours au travail de nuit doit être exceptionnel et justifié par la nécessité d'assurer la continuité de l'activité économique ou des services d'utilité sociale.

L'accord collectif qui institue le travail de nuit doit prévoir les justifications de son recours.

L'article vient poser une présomption de justification de recours au travail de nuit. En d'autres termes, le motif de recours au travail de nuit mentionné dans l'accord collectif sera désormais présumé conforme à la loi. C'est à celui qui contestera la légalité de l'accord d'en apporter la preuve. Il s'agit là d'un aménagement de la charge de la preuve.

CE QU'EN PENSE LA CFDT

Cette disposition conforte la légitimité de la négociation collective et sécurise ainsi les accords négociés. Cette présomption de légalité de l'accord est une déclinaison générale de la règle selon laquelle les accords collectifs : « sont présumés négociés et conclus conformément à la loi »*.

PRATIQUES SYNDICALES

Dans la mesure où ces nouvelles dispositions durcissent les modalités de contestation d'un accord collectif instituant le travail de nuit, il conviendra de rester vigilant dans la négociation et soigner la justification afin qu'il n'y ait pas de risque de contentieux.

* Art. L.2262-13