



Les principaux apports des ordonnances du 22 septembre 2017 pour les TPE ET PME

**Jean-François COPPERE : avocat et organisme de formation
Formation en collaboration avec le Cabinet ANC²**

SOMMAIRE

- I – Les nouvelles modalités de négociation dans les entreprises dont l'effectif habituel est inférieur à 11 ou compris entre 11 et 20 salariés
- II – La motivation du licenciement p.22
- III – L'encadrement du montant de la réparation financière en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse p.30

PROPOS PRELIMINAIRES

- Les ordonnances, publiées le 22 septembre 2017, font l'objet d'une loi de ratification discutée devant le Parlement.
- En conséquence, nous ne pouvons pas exclure certaines modifications à la marge.
- La CFDT a saisi le Conseil d'Etat dans le cadre du contrôle de légalité de l'article 8 de l'ordonnance relative au renforcement de la négociation collective (*l'article 8 introduit les nouvelles modalités de la négociation collective*)

I. LES NOUVELLES MODALITES DE NEGOCIATION DANS LES ENTREPRISES DONT L'EFFECTIF HABITUEL EST INFERIEUR A 11 SALARIES OU COMPRIS ENTRE 11 ET 20 SALARIES

☐ Les origines des nouvelles modalités de négociation simplifiée des accords collectifs

- Le DS est le partenaire historique pour la négociation et la conclusion d'accords collectifs d'entreprise
- Les lois du 4 mai 2004 et du 20 août 2008 ont introduit la négociation dérogatoire afin de permettre aux entreprises, comptant un effectif inférieur à 200 salariés, de négocier et conclure un accord d'entreprise, malgré l'absence de DS.
- Les représentants du personnel et les salariés, sous mandat syndical, devenaient les nouveaux acteurs de la négociation collective.

- Le gouvernement actuel a constaté que la quasi-totalité des accords conclus dans le cadre de la négociation dérogatoire portait sur le thème de l'épargne salariale. **En cause, le recours quasi-obligatoire au mandatement syndical.**
- Conséquence : Simplification de la négociation dérogatoire

- Les grands principes de la nouvelle architecture définie par l'ordonnance
 - Nouvelles modalités en fonction de l'effectif de l'entreprise
 - Exit le mandatement obligatoire mais reste prioritaire dans les entreprises dont l'effectif est habituellement supérieur à 50 salariés
 - La négociation porte sur l'ensemble des thèmes ouverts à la négociation collective d'entreprise prévus par le code du travail.
 - Maintien et simplification de la négociation collective dans les entreprises dont l'effectif habituel est inférieur à 11 salariés

L'ouverture de tous les thèmes à la négociation au niveau de l'entreprise devient la règle dans les entreprises dépourvues de DS et comptant un effectif habituel inférieur à 50 salariés.

- Parmi ceux-ci, on retrouve logiquement ceux sur la durée du travail, les congés payés et la rémunération :
- Concernant la durée de travail, on pense notamment à:
 - ✓ La détermination de la contrepartie lorsque le temps de déplacement professionnel excède le temps normal de trajet,
 - ✓ La contrepartie aux temps d'habillage et de déshabillage
 - ✓ Taux de majoration des heures supplémentaires (pas heures complémentaires) et contingent annuel d'heures supplémentaires,
 - ✓ Aménagement du temps de travail sur une période de référence supérieure à la semaine et au plus égale à une année (*anciennement cycle, modulation...*)
 - ✓ Conventions de forfait en jours ou en heures sur l'année

Une réelle simplification dans les entreprises dont l'effectif habituel est inférieur à 11 salariés

- Plus d'obligation d'inviter une OS à mandater spécialement un salarié de l'entreprise pour négocier un accord d'entreprise.
- Projet d'accord soumis directement à la consultation des salariés
- Accord valable à la majorité des 2/3 du personnel
- La consultation a lieu par tout moyen

Une simplification mais encadrée

- ❑ Le décret du 26 décembre 2017 vient encadrer les modalités de consultation des salariés
 - La consultation a lieu pendant le temps de travail
 - Son organisation matérielle incombe à l'employeur, étant observé que :
 - La consultation se déroule en l'absence de l'employeur
 - Le caractère personnel et secret de la consultation est exigé : Consultation à main levée impossible.
 - Communication par l'employeur aux salariés du projet et des modalités d'organisation de la consultation 15 jours au moins avant la date de celles-ci

- Le dispositif applicable aux entreprises dont l'effectif habituel est inférieur à 11 salariés est étendu, sous condition, aux entreprises dont l'effectif habituel est compris entre 11 et 20 salariés.
- Condition : Logiquement, absence de membre élu de la délégation du personnel au comité social économique (*anciennement DP*).
- Recommandation : Rappeler dans l'accord les raisons de l'absence d'élu (soit PV de carence aux dernières élections professionnelles, soit n'atteint pas le seuil d'effectifs désormais fixé à 11 salariés atteints sur 12 mois consécutifs)

La condition tenant à l'effectif

- ❑ Sans surprise, le calcul des effectifs se réalise, d'après l'ordonnance rectificative du 20 décembre 2017, d'après la règle habituelle prévue à l'article 1111-2 du CT
 - Même règle de calcul que pour l'organisation des élections professionnelles
 - Une Entreprise qui n'a pas organisé les élections professionnelles alors qu'elle aurait dû le faire, devra d'abord s'y conformer avant d'envisager de consulter les salariés pour l'approbation d'un projet d'accord collectif.

Une vraie opportunité à saisir : La règle devient la primauté de l'accord d'entreprise sur l'accord de branche

- L'entreprise doit devenir le niveau prioritaire de la négociation collective et donc, de l'adaptation de la norme aux besoins de l'entreprise
- En conséquence, la nouvelle définition de la hiérarchie des normes est la suivante:
 - Le Bloc 1 regroupe tous les domaines qui relèvent légalement de la primauté de l'accord de Branche et pour lesquels un accord d'entreprise ne peut y déroger que s'il assure des garanties au moins équivalentes
 - Le bloc 2 regroupe 4 domaines dans lesquels la Branche peut décider que sa norme sera prioritaire, l'accord d'entreprise pouvant toutefois y déroger s'il assure des garanties au moins équivalentes
 - Le bloc 3 regroupe tous les autres domaines : Priorité de l'accord d'entreprise sur les stipulations de l'accord de branche ayant le même objet, conclu antérieurement ou postérieurement à l'accord de Branche. Principe de subsidiarité de l'accord de branche : Ce n'est qu'en l'absence d'accord d'entreprise que l'accord de branche trouvera à s'appliquer à compter du 1 janvier 2018

Les principaux domaines échappant à la primauté de l'accord d'entreprise

En matière de contrat de travail

- ✓ Fixation de la durée minimale de travail à temps partiel, taux de majoration des heures complémentaires d'au moins 10%, régime des compléments d'heures par avenant
- ✓ Durée maximale de CDD, délai de transmission du CDD, succession de CDD sur le même poste, durée minimale du contrat de mission, conditions de renouvellement du contrat de mission, succession de contrats de mission sur le même poste. Même règles pour les contrats de travail temporaires. *(NB Transfert de compétence de la loi vers la branche)*
- ✓ Mesures relatives au CDI de chantier *(NB Nouvel encadrement)*
- ✓ Durée et conditions de renouvellement de la période d'essai *(NB CDI)*

- En matière de rémunération
 - ✓ Salaire minimum conventionnel
 - ✓ Primes pour travaux dangereux et insalubres

❑ En matière de durée du travail

- ✓ L'institution d'un régime d'équivalence
- ✓ La fixation de la période de référence au-delà d'un an et jusqu'à trois ans pour l'aménagement du temps de travail
- ✓ La fixation d'un seuil horaire pour la qualification de travailleur de nuit sur une période de référence

- Remarques :
 - Dans tous les domaines où l'accord d'entreprise n'a pas la priorité, les dispositions de l'accord de branche continueront à être un référent.
 - Dans tous les autres domaines non référencés dans les bloc 1 et 2 (*ne relève pas du périmètre de la branche*), l'accord d'entreprise pourra déroger aux dispositions de la branche, y compris dans un sens moins favorable, dans le respect toutefois des dispositions d'ordre public.

Illustrations en matière de rémunération

- En matière de rémunération :
 - En théorie, rien n'interdit à l'employeur d'envisager la suppression des primes prévues dans la convention collective, telles que la prime d'ancienneté, sauf si celle-ci est incluse dans le minimum conventionnel fixé par la Branche.
 - Concernant les heures supplémentaires, possibilité de fixer, par accord d'entreprise, un taux de majoration inférieur à celui fixé par l'accord de Branche mais sans que le taux de majoration ainsi fixé ne puisse être inférieur à 10% (*plancher visé dans les règles d'ordre public*)

Articulation accord collectif et contrat de travail

- Hypothèse : le contrat de travail contient des dispositions contraires aux dispositions de l'accord collectif conclu postérieurement (par exemple, élément de la rémunération, heures supplémentaires contractualisées)
- Principe : le refus du salarié d'appliquer la disposition de l'accord collectif ne constitue pas un motif de licenciement si cette disposition implique une modification du contrat de travail

- Exceptions (les accords d'entreprise primant sur le contrat de travail) :
 - Accord d'aménagement du temps de travail sur une période supérieure à la semaine (*ancien accord de modulation, cycle....*). Dans ce cas, la loi précise que cet accord ne constitue pas une modification du contrat de travail. En conséquence, les clauses de l'accord se substitue de plein droit aux dispositions contraires et incompatibles du contrat de travail et le refus du salarié constitue un motif de licenciement.

- Accord de préservation et de maintien de l'emploi, pris sur le fondement de l'article 2254-2 du CT, et qui opère la fusion des accords de maintien de l'emploi, des accords de mobilité interne, des anciens accords de préservation et de maintien de l'emploi et des accords collectifs d'aménagement du temps de travail.
 - ✓ Thèmes ouverts : aménagement de la durée de travail, modalités d'organisation et répartition; aménagement de la rémunération; mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise
 - ✓ Doit répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou en vue de préserver ou bien développer l'emploi
 - ✓ Conditions à respecter dans l'accord
 - ✓ Les stipulations de l'accord se substitue de plein droit aux clauses contraires ou incompatibles du contrat de travail. Procédure de licenciement spécifique en cas de refus d'un salarié d'appliquer l'accord collectif

Illustration

- Les 2/3 du personnel approuvent l'accord sur la fixation d'un taux de majoration uniforme à 20% ou sur la mobilité géographique entre les différents établissements de l'entreprise.
- Si cet accord a été conclu en conformité avec l'article 2254-2 du CT, le refus du salarié pourra engendrer son licenciement et ses chances de succès, en cas de litige prud'hommal, seront quasi-nulles, à condition de respecter la procédure de licenciement requise à cet effet.

III. La motivation du licenciement

❑ Les raisons ayant conduit le gouvernement à intervenir (*état du droit antérieur*) :

- La lettre de licenciement fixe l'objet juridique du litige
- La lettre de licenciement doit énoncer des motifs précis, c'est-à-dire matériellement vérifiables (*pour fautes, pour motif économique, insuffisance professionnelle, inaptitude et impossibilité de reclassement.....*)
- Le ou les motifs précisés dans la lettre de licenciement s'imposent à l'employeur qui ne peut ni les modifier, ni les compléter en aval de la notification de la lettre de licenciement
- L'absence de motifs précis équivaut à une absence de motifs, donc à un licenciement sans cause réelle et sérieuse

- ❑ Première réforme : la mise en place d'une procédure de précision des motifs figurant dans la lettre de licenciement visant à faire échec à l'application automatique de la jurisprudence sur l'imprécision des motifs.
 - L'employeur peut, à son initiative, préciser les motifs du licenciement (*dans un délai de 15 jours suivant la notification du licenciement*)
 - Dans un délai de 15 jours suivant la notification du licenciement, le salarié peut par LRAR demander à l'employeur des précisions sur les motifs énoncés dans la lettre de licenciement, l'employeur disposant, selon le même délai et la même forme, de la faculté d'apporter des précisions

- Les conséquences juridiques :
 - La lettre de licenciement ainsi précisée le cas échéant par l'employeur fixe les limites du litige en ce qui concerne les motifs de licenciement
 - Mais si le salarié n'a pas formé auprès de l'employeur une demande de précision des motifs de son licenciement, l'irrégularité que constitue une insuffisance de motivation de la lettre de licenciement ne prive pas, à elle seule, le licenciement de cause réelle et sérieuse et ouvre droit à une indemnité qui ne peut excéder un mois de salaire

- Les limites à la procédure de précision des motifs de licenciement :
 - En toute hypothèse, moins la lettre de licenciement sera précise et circonstanciée et plus il sera difficile de convaincre les juges
 - Maintien de la règle selon laquelle au cours de l'entretien préalable, l'employeur indique les motifs de la décision envisagée et recueille les explications du salarié (*les faits reprochés doivent être débattus à l'occasion de l'entretien préalable*).
 - D'après les travaux de la Commission des affaires sociales de l'Assemblée Nationale, cette procédure ne vise pas à compléter le ou les motifs de licenciement, autrement dit ne peut amener l'employeur à ajouter un ou plusieurs autres motifs de licenciement, il s'agit seulement de lui permettre de les préciser.
 - Les mentions ne sont pas, en l'état du droit, des mentions obligatoires devant figurer dans la lettre de licenciement, à peine d'inopposabilité au salarié

- Deuxième réforme : Dans l'optique de parachever la réforme sur la motivation du licenciement, le décret du 29 décembre 2017 propose des « modèles » de lettre de licenciement établis chacune en fonction du motif du licenciement envisagé.
- Les mentions figurant dans chaque modèle :
 - Les droits et obligations consécutifs à la notification du licenciement (*l'exécution ou la dispense du préavis, les modalités d'utilisation des heures de recherche d'emploi, les documents à remettre par l'employeur.....*)
 - La nouvelle possibilité de demander à l'employeur de préciser le ou les motifs de licenciement

■ Remarques :

➤ Aucun modèle n'est obligatoire

➤ **L'utilisation du modèle ne dispense pas l'employeur d'énoncer les éléments à l'appui du motif du licenciement**

➤ Cette présentation rend impossible la double motivation (*Par exemple, insuffisance professionnelle au coté de faits de nature disciplinaire*)

Illustration d'un modèle de licenciement: Annexe 1/Licenciement pour motif personnel disciplinaire

- « Suite à notre entretien qui s'est tenu le ... (date à compléter), nous vous informons de notre décision de vous licencier pour les motifs suivants : ... **(énoncer les éléments fautifs de façon précise et objective. Ils doivent être matériellement vérifiables, si possible en précisant les dates, les lieux, le contexte plus général de l'attitude fautive du salarié et être imputables personnellement au salarié. S'il est reproché une faute lourde, mentionner l'intention de nuire à l'entreprise).**
- [Ou]
- Si le salarié ne s'est pas présenté à l'entretien préalable, indiquer : « Nous vous avons convoqué à un entretien préalable en date du ... auquel vous ne vous êtes pas présenté. Nous vous informons, par la présente, de notre décision de vous licencier pour les motifs suivants : ... » **(énoncé des éléments fautifs comme ci-dessus)**

-Vous pouvez faire une demande de précision des motifs du licenciement énoncés dans la présente lettre, dans les quinze jours suivant sa notification par lettre recommandée avec avis de réception ou remise contre récépissé. Nous avons la faculté d'y donner suite dans un délai de quinze jours après réception de votre demande, par lettre recommandée avec avis de réception ou remise contre récépissé. Nous pouvons également, le cas échéant et dans les mêmes formes, prendre l'initiative d'apporter des précisions à ces motifs dans un délai de quinze jours suivant la notification du licenciement. »

III. L'encadrement du montant de la réparation financière en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse (applicable au licenciement notifié après le 22 septembre 2017)

□ **Innovation majeure** : un barème d'indemnisation qui s'impose au juge pour fixer le montant des dommages et intérêts, exprimé en mois de salaire brut, en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse

■ Ce barème d'indemnisation se traduit par la mise en place de planchers et de plafonds et, par la suppression du Barème indicatif instauré par la loi du 6 août 2015 :

➤ Plancher dérogatoire dans les entreprises de moins de 11 salariés

➤ Les plafonds applicables s'appliquent sans distinction des effectifs de l'entreprise

Illustrations du Barème d'indemnisation

Ancienneté du salarié (en année complète)	Indemnité minimale (plancher)	Plancher dérogatoire pour entreprise de moins de 11 salariés	Indemnité maximale (plafond)
0	Sans objet	Sans objet	1
1	1	0,5	2
2	3	0,5	3,5
.....
10	3	2,5	10
.....
20	3	3	15,5
30 et au-delà	3	3	20

Remarques

- L'indemnisation maximale s'échelonne de un mois à 20 mois
- Suppression de l'indemnisation minimum égale aux 6 derniers mois pour une ancienneté au moins égale à 2 ans et travaillant dans une entreprise comptant un effectif au moins égale à 11 salariés
- Plus l'ancienneté sera importante et plus sera faible la progressivité de l'indemnisation. Exemple : Droit antérieur : usage: 1 mois de salaire brut/années d'ancienneté = 20 ans = 20 mois de DI; Droit applicable : 20 ans d'ancienneté = 15,5 mois de salaire au maximum.

- Champ d'application du barème obligatoire :
 - Tous les licenciements jugés sans cause réelle et sérieuse, y compris par assimilation juridique (*résiliation judiciaire du contrat de travail aux torts exclusifs de l'employeur, prise d'acte fondée*)
 - Le barème obligatoire est exclu chaque fois que le licenciement (ou assimilation juridique) encourt la nullité (Pas de nullité sans texte de loi).

Illustration du risque financier en cas de nullité

En cas de nullité du licenciement intervenu pendant l'arrêt de travail consécutif à un AT ou une déclaration de MP, l'indemnisation sera au moins égale à (si le salarié ne demande pas sa réintégration :

- Indemnisation plancher 6 mois DI, contre 3 mois en application du barème
- Indemnité compensatrice de préavis
- Indemnité spéciale de licenciement

- Le maintien des dispositions spécifiques au bénéfice du POLE EMPLOI
 - Lorsque le salarié justifie d'une ancienneté au moins égale à 2 années et travaille dans une entreprise d'au moins 11 salariés, le juge peut encore ordonner le remboursement par l'employeur fautif à POLE EMPLOI de tout ou partie des indemnités de chômage versées au salarié licencié, dans la limite de six mois d'indemnités chômage.

❑ Le cumul des indemnités

- Sans surprise, les dommages et intérêts versés sont cumulables avec l'indemnité pour irrégularité, l'indemnité de licenciement et l'indemnité compensatrice de préavis
- Si le juge peut, en vertu de la loi, tenir compte des indemnités de licenciement versées à l'occasion de la rupture, il n'empêche qu'un amendement, adopté dans le cadre du projet de loi de ratification des ordonnances, a précisé logiquement que l'indemnité légale de licenciement ne pouvait pas être prise en compte pour fixer le montant des dommages et intérêts.