

12-14 rue Charles Fourier
75013 PARIS
Tel 01 48 05 47 88
Fax 01 47 00 16 05
Mail : contact@syndicat-magistrature.org
Site : www.syndicat-magistrature.org

Paris, le 10 juin 2016

**Observations du Syndicat de la magistrature sur le
projet de loi « *visant à instituer de nouvelles libertés et
de nouvelles protections pour les entreprises et les
actif-ve-s.* »**

La ministre du travail a présenté le 18 février 2016 un «*projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs*». Le débat national ouvert par ce texte, très au-delà de la seule enceinte parlementaire, révèle l'ampleur des bouleversements qu'il imprime à une branche du droit fondatrice de l'ordre public social. Le gouvernement a annoncé sa volonté de « refonder » un droit du travail qui ne jouerait pas « son rôle », à savoir « concilier efficacité économique et protection des travailleurs ». Ce texte appelle, de la part des juristes et praticiens du droit, un décryptage rigoureux de son contenu qui permette d'en mesurer l'exacte portée.

Le Syndicat de la magistrature présente ici ses observations détaillées sur le projet de loi, en sa qualité de représentant de magistrats, chargés de mettre en œuvre le droit du travail. En effet, la législation encadrant les relations de travail, individuelles ou collectives, nées de la conclusion d'un contrat actant un lien de subordination est appliquée au quotidien par les juges départiteurs, conseillers des chambres sociales des cours d'appel ou encore les juges des tribunaux de grande instance pour les conflits collectifs.

La vocation d'un syndicat de magistrats à commenter ce texte est d'autant plus forte qu'il réduit drastiquement le contrôle du juge sur les décisions des employeurs et opère un retrait du champ de l'ordre public social au profit du droit négocié. La défiance à l'égard du juge - qui imprégnait déjà fortement de nombreuses dispositions de la loi du 14 juin 2013, dite « de sécurisation de l'emploi » - marque à nouveau ce texte en profondeur.

A titre d'exemple, les dispositions enserrant la définition du motif économique de licenciement dans des critères purement comptables excluent toute appréciation de la portée des chiffres avancés. Le contrôle du juge est également écarté lorsque la loi définit comme intrinsèquement réel et sérieux le motif de licenciement du salarié qui a refusé la modification de son contrat de travail en application d'un accord d'entreprise. Le plafonnement des dommages-intérêts fixés par le juge après qu'il a constaté l'absence de motif réel et sérieux d'un licenciement, quoi qu'abandonné à ce stade, constituait l'illustration paroxystique d'un droit du travail qui, au nom de « l'efficacité économique », impliquerait que les employeurs soient, par avance et par privilège, mis à l'abri de l'aléa judiciaire, y compris lorsqu'il s'agit de sanctionner un comportement fautif.

Ce dépérissement de l'office du juge dans le traitement des litiges est lourd d'implications dans un domaine où la relation entre les parties est par principe inégale, traversée par des tensions et un *conflit des logiques*.

OBSERVATIONS LIMINAIRES

1. Sur la méthode qui a présidé à l'élaboration du projet de loi

Alors que le projet de loi se donne pour objet, selon l'exposé des motifs, de « *parachever les fondements d'un nouveau modèle social* » en « *favorisant une culture du dialogue et de la négociation* », il n'a été précédé, avant une tardive séance de rattrapage, d'aucune consultation des interlocuteurs sociaux. A elle seule, la réforme du temps de travail, qui en constitue une part substantielle, relevait pourtant bel et bien du champ de la négociation nationale et interprofessionnelle qui le rendait éligible à cette consultation par application des dispositions de l'article L 1 du code du travail.¹

Cette méthode qui ignore la loi et contredit les valeurs et principes que le texte est censé porter, s'est poursuivie par l'usage de l'article 49-3 de la Constitution, asphyxiant le débat parlementaire après que les organisations syndicales ont été contournées au profit d'une éphémère commission d'experts.

2. Sur l'intitulé du projet de loi

L'intitulé du projet de loi et les discours qui l'accompagnent sont trompeurs.

Ainsi le droit du travail n'aurait-il plus, désormais, pour fonction de régir la relation de subordination induite par la conclusion du contrat de travail, mais de réguler l'entrée, la sortie et la circulation des actifs sur le marché de l'emploi.

1 - « Tout projet de réforme envisagé par le Gouvernement qui porte sur les relations individuelles et collectives du travail, l'emploi et la formation professionnelle et qui relève du champ de la négociation nationale et interprofessionnelle fait l'objet d'une concertation préalable avec les organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel en vue de l'ouverture éventuelle d'une telle négociation ».

En suggérant que tant les entreprises que les salariés devraient attendre de ce texte, tout à la fois, des libertés et des protections nouvelles, cet intitulé appelle les uns et les autres à souscrire, dans un même élan, aux attraits d'une démarche « gagnant-gagnant. Il ne s'agirait même plus seulement de faire en sorte que les entreprises gagnent des libertés tandis que les salariés gagneraient des protections en contrepartie - comme le propose le modèle de la flex-sécurité - mais d'aller jusqu'à prétendre que tous pourraient réaliser des gains dans les deux domaines. Cette logique gomme l'objectif du droit du travail : la protection des salariés contre le pouvoir de direction et de contrôle que l'employeur exerce, au nom de la liberté d'entreprendre, sur ceux dont il loue la force de travail.

Ce texte prétend ainsi faire des salariés et des employeurs des alliés dans la bataille pour l'emploi. Au nom de cette « cause commune » de l'emploi, ils devraient dès lors en partager la charge, assumer les conséquences des revers que la concurrence inflige à l'entreprise et supporter les sacrifices qu'imposeraient ses choix stratégiques. Ainsi l'employeur se verra finalement autorisé par la loi à reporter sur les salariés les effets d'aléas ou de choix économiques que le contrat de travail n'a jamais eu pour objet de leur faire supporter mais qui pèsent au contraire légitimement sur lui.

OBSERVATIONS SUR LE TEXTE ARTICLE PAR ARTICLE

Titre 1^{er} : Vers une « refondation » du code du travail accordant une place centrale à la négociation collective.

L'article 1^{er} du projet de loi confie à « une commission d'experts et de praticiens » le soin d'élaborer, dans un délai de deux ans, la « refondation de la partie législative du code du travail ». Traduisant l'une des orientations principales proposées par le rapport Combrexelle cette disposition ajoute que « cette refondation attribue une place centrale à la négociation collective, en élargissant ses domaines de compétence et son champ d'action ».

Cette orientation, déterminante, consiste en réalité à prolonger et transposer dans les autres domaines du droit du travail le réaménagement déjà engagé par les **articles 2 à 6** du projet de loi pour l'ensemble des dispositions régissant le temps de travail et les congés : leur complète ré-écriture consacre déjà, en effet, un déplacement des sources du droit donnant la primauté au droit négocié sur le droit légiféré.

Elle appelle plusieurs critiques ou réserves.

Si l'article 1^{er} ne dit rien des modalités selon lesquelles cette « place centrale » doit être accordée à la négociation collective dans la « refondation » du droit du travail,

le titre II du projet de loi (**articles 7 à 20**) énonce en revanche un certain nombre de règles qui, sous couvert de « favoriser une culture du dialogue et de la négociation », ensèrent les procédures d'élaboration du droit négocié dans un dispositif extrêmement contestable, notamment en ce qu'il ménage une place centrale au référendum d'entreprise (**cf. infra**). A ce titre, la « carte blanche » apparemment confiée à cette commission d'experts apparaît en réalité pour partie « pré-remplie » et ce, sur des points qui appellent les plus extrêmes réserves quant aux propositions susceptibles d'être présentées.

De même, si l'abandon du principe de faveur que consacre l'**article 2** en matière de temps de travail n'est pas théoriquement ou mécaniquement lié à la promotion de la « négociation légiférante », il paraît ne faire aucun doute que c'est bien dans le cadre d'une ré-articulation des sources du droit autorisant les dérogations « *in pejus* » aux normes supérieures que le gouvernement entend voir élaborer le futur droit du travail « refondé », qu'annonce l'article 1^{er}. Bien entendu, aucun obstacle de principe ne saurait être opposé au développement, a priori bénéfique, d'une négociation collective soumise au principe de faveur. En revanche, il ne saurait être question d'approuver par avance un dispositif qui, tournant le dos à la négociation d'acquisitions sur laquelle s'est édifié le droit conventionnel du travail, tend à faire de la négociation collective – et notamment de la négociation d'entreprise – l'instrument de toutes les régressions des droits de salariés.

On remarquera par ailleurs qu'aucune limite n'est assignée à cette commission d'experts ni quant au champ que ses travaux pourraient ouvrir à la négociation collective ni quant à son contenu, admettant ainsi que l'ensemble du droit du travail pourrait relever du droit négocié. Pourtant si la négociation peut, sous les réserves ci-dessus, se révéler un procédé stimulant d'élaboration du droit du travail dans certains domaines – y compris le temps de travail – il ne saurait être question, en revanche, d'ouvrir à la négociation les champs dans lesquels l'ordre public de protection joue un rôle nécessairement central. Ainsi, par exemple, l'ensemble des dispositions relatives à l'hygiène et à la sécurité au travail doivent-elles être sanctuarisées dans une législation non dérogeable. A défaut de prévoir de telles limites, l'article 1^{er} consacre une vision de la négociation collective hégémonique et, à ce titre, inacceptable.

Enfin, si l'article 1^{er} reste silencieux quant aux procédés normatifs par lesquels « une place centrale » devrait être assurée à la négociation collective dans l'ordonnancement juridique, il laisse néanmoins planer peu de doutes sur la volonté du gouvernement de voir reproduite et adoptée – comme le préconisait d'ailleurs le rapport Combrexelle – l'architecture nouvelle mise en œuvre dans les articles 2 à 6 du projet de loi. Ainsi la refondation annoncée du droit du travail promet-elle de faire émerger une architecture à trois niveaux distinguant les dispositions d'ordre public, d'une part, les dispositions relevant du champ de la négociation collective d'autre part et, enfin, les dispositions supplétives, applicables à défaut d'accord.

Au demeurant, la commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale a confirmé que telle était bien l'orientation à suivre en prévoyant que « les

dispositions supplétives applicables en l'absence d'accord collectif doivent correspondre à des règles légales en vigueur à la date de la promulgation de la présente loi ». Validant ainsi implicitement le principe d'un dispositif à trois étages, elle visait en outre à garantir que les négociations à venir n'encouragent « *ab initio* » des régressions des droits des salariés en incitant les employeurs à proposer des accords régressifs sans risque pour eux en cas d'échec des négociations. Pourtant, le gouvernement a cru nécessaire d'ajouter, dans le texte sur lequel il a ensuite engagé sa responsabilité, que les règles supplétives devront bien « *reprendre des règles de droit positif* » mais « *sauf à des fins de simplification* ». Ainsi doit-on comprendre qu'il entend bien se réserver la possibilité de faire adopter un droit supplétif permettant d'ouvrir des négociations dans des conditions qui privilégieraient *a priori* des accords régressifs. Quant à l'objectif de simplification qui justifierait l'abaissement des garanties minimales procurées, à défaut d'accord, par le droit supplétif, il ne saurait faire illusion. Le prétexte de la nécessaire simplification du droit du travail a en effet été surabondamment exploité pour annoncer la réforme en cours et ce, au prix d'arguments sommaires et d'approximations qui empruntent l'image d'un impénétrable maquis de règles contenues dans un code obèse pour mieux vider le droit du travail de son contenu protecteur sous prétexte de le simplifier.

Ainsi l'article premier du projet de loi annonce-t-il finalement l'avènement d'un droit du travail négocié conçu comme l'instrument privilégié d'une politique du moins disant social et de la course à la dégradation « compétitive » des conditions de travail et de salaire.

Articles 2 à 6 : inversion de la hiérarchie des normes en matière de temps de travail et de congés.

C'est à une inversion de la hiérarchie des normes et à l'abandon complet du principe de faveur qu'obéit la nouvelle architecture des dispositions du projet de loi relatives à la durée du travail, à la répartition et à l'aménagement des horaires, aux congés et au compte épargne-temps : dans l'ensemble de ces domaines, les règles applicables pourront être déterminées par « *une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, une convention ou un accord de branche étendu* ». Les accords d'entreprise deviennent ainsi la norme de droit commun, l'accord de branche n'étant plus applicable que subsidiairement, à défaut d'accord d'entreprise ou d'établissement.

Ces accords permettront donc d'instaurer des règles propres à chaque entreprise, qui pourront être plus favorables mais aussi moins favorables aux salariés que les accords de niveau supérieur ou que les dispositions supplétives destinées à s'appliquer à défaut d'accord. Ainsi le droit du temps de travail se trouvera-t-il totalement balkanisé – contredisant l'objectif de simplification pourtant sur-exploité pour justifier la réforme – et, surtout, profondément dégradé par des accords

négociés et conclus dans des conditions faisant la part belle aux objectifs de l'employeur.

Les dispositions du projet de loi précisant le champ et le contenu respectifs de la législation d'ordre public, de la négociation collective et du droit supplétif en matière de temps de travail et de congés confirment ces dérives. On relèvera notamment les dispositions suivantes, à titre d'exemples :

1- En ce qui concerne les *jours fériés*, la liste des fêtes légales (article L.3133-1) relève de l'ordre public, mais l'article L.3133-3-1 renvoie à la négociation collective la définition des jours fériés chômés et, à défaut d'accord, l'employeur fixe seul les jours chômés (L.3133-3-2). Seul le 1^{er} mai restant en toute hypothèse férié et chômé, le nombre de jours chômés sera donc laissé, à défaut d'accord, à la seule appréciation patronale.

2- Le délai minimum de 15 jours dans lequel les salariés concernés par une période d'*astreinte* devaient en être avertis « *sauf circonstances exceptionnelles* » est supprimé. Suivant le nouvel article L.3121-8 du code du travail, « *Les salariés concernés par des périodes d'astreinte sont informés de leur programmation individuelle dans un délai raisonnable* », les modalités d'information et les délais de prévenance étant renvoyés à la négociation d'entreprise, ainsi que la compensation financière ou sous forme de repos à laquelle elles donnent lieu.

3- Alors qu'antérieurement un employeur ne pouvait déroger à la *durée maximale hebdomadaire* de 44 heures en moyenne sur 12 semaines (dérogation à hauteur de 46 heures) que si un décret pris après conclusion d'une convention ou d'un accord collectif de branche le permettait (article L.3121-36), le nouvel article L.3121-22 permet d'autoriser ce dépassement par simple accord d'entreprise ou d'établissement. Les dépassements ainsi facilités ont pourtant un effet négatif certain en termes de protection de la santé, (outre qu'ils diffèrent de potentielles embauches que l'activité justifierait). Encore la mobilisation a-t-elle fait reculer le gouvernement par rapport au projet initial, qui étendait à 16 semaines la période de sur-travail.

4- « *Lorsqu'est mis en place un dispositif d'aménagement du temps de travail sur une période de référence supérieure à la semaine, les heures supplémentaires sont décomptées à l'issue de cette période de référence* » (article L.3121-39). La modulation du temps de travail permet de faire varier la durée hebdomadaire de travail en périodes basses ou hautes, les 35 heures n'étant plus qu'une moyenne. Leur dépassement sur certaines périodes ne déclenche pas immédiatement le paiement d'heures supplémentaires : le salarié doit attendre le terme de la période aménagée pour que les heures supplémentaires effectuées soient décomptées et payées. Alors qu'actuellement le temps de travail ne peut être aménagé, par accord, que sur une période maximale d'un an (L.3122-2), le projet permet désormais un aménagement du temps de travail sur une période de 3 ans, par simple accord collectif d'entreprise si un accord de branche l'autorise. Un tel aménagement « *ne constitue pas une modification du contrat de travail pour les salariés à temps*

complet ». Cette disposition n'est pas seulement défavorable au salarié, dont elle diminue le salaire en supprimant le déclenchement du paiement des heures supplémentaires : elle risque en outre de mettre certaines entreprises en difficultés quand, à l'issue des trois ans, elles devront payer les heures supplémentaires, et elle n'incite pas les employeurs à embaucher pour faire face à la charge de travail existante.

5- Jusqu'ici les **horaires individualisés**, permettant de reporter des heures d'une semaine sur l'autre sans qu'elles soient payées en heures supplémentaires (article L.3122-25), pouvaient être mis en place par l'employeur à deux conditions : que les représentants du personnel ne s'y opposent pas et que l'inspecteur du travail ait été préalablement informé ; et, en cas d'absence de représentant du personnel, par autorisation de l'inspecteur du travail après constat de l'accord du personnel. L'article L.3121-47 issu de l'avant-projet permettait à l'employeur de passer outre l'opposition des représentants du personnel (en se bornant à demander leur « avis ») et l'inspecteur du travail n'était plus informé, sauf en l'absence de représentants du personnel. La commission des affaires sociales a rétabli l'avis conforme du comité d'entreprise et, à défaut de représentants du personnel, l'autorisation de l'inspecteur du travail (article L.3121-46). Toutefois les modalités de report d'heures d'une semaine sur l'autre en cas d'horaires individualisés, ainsi que la récupération des heures perdues, ne sont plus fixées par décret.

6- Les **conventions individuelles de forfait sur l'année**, en heures ou en jours, peuvent être conclues par un cadre ou un salarié disposant d'une réelle autonomie, suivant les modalités déterminées par accord collectif (article L.3121-61). Selon l'actuel article L.3121-45, « *le nombre maximal annuel de jours travaillés doit être compatible avec les dispositions du titre III relatives au repos quotidien, au repos hebdomadaire et aux jours fériés chômés dans l'entreprise, et du titre IV relatives aux congés payés* ». Ces restrictions étaient remplacées dans l'article L.3121-59 de l'avant-projet par les dispositions suivantes: « *L'employeur s'assure que la charge de travail du salarié est raisonnable et permet une bonne répartition dans le temps de son travail. Lorsque l'employeur a fixé des échéances et une charge de travail compatibles avec le respect des repos quotidien et hebdomadaire et des congés du salarié, sa responsabilité ne peut être engagée au seul motif que le salarié n'a, de sa propre initiative, pas bénéficié de ces repos ou congés* ». La deuxième phrase a disparu du projet définitif. Il n'en reste pas moins que mesurer la « charge de travail » sans compter les heures n'a aucun sens et n'a d'autre conséquence que de... ne pas compter les heures, évitant ainsi d'en constater le dépassement.

L'accord d'entreprise sur le forfait jours détermine les modalités selon lesquelles l'employeur « assure l'évaluation et le suivi régulier de la charge de travail du salarié », selon lesquelles ils « échangent périodiquement sur la charge de travail du salarié, l'articulation entre son activité professionnelle et sa vie personnelle, sa rémunération... » et selon lesquelles « le salarié peut exercer son droit à la

déconnexion ». En clair, ces dispositions fournissent une base pour une pression exercée en permanence sur les salariés, alors qu'actuellement elle est limitée à un entretien annuel.

L'accord collectif pourra aussi fixer le nombre maximal de jours de repos auquel le salarié en forfait jours peut « librement » renoncer, sous réserve de respecter le repos hebdomadaire, les jours fériés dans l'entreprise et les congés payés, soit 365 jours – 52 dimanches – 8 (nombre moyen de jours fériés tombant un autre jour que le dimanche) – 30 jours de congés payés = 275 jours travaillés dans l'année. A défaut de précision dans l'accord collectif, le maximum est de 235 jours.

Si l'accord collectif n'a pas prévu de dispositions pour évaluer la « *charge de travail* », les dispositions supplétives prévoient que l'employeur pourra se contenter de noter sur un document les journées et demi-journées travaillées, document qui peut être rempli par le salarié « *sous la responsabilité de l'employeur* ». Une fois par an, l'employeur organise un entretien avec le salarié pour « *évoquer sa charge de travail qui doit être raisonnable* ».

D'une manière générale, pour tous les accords concernant la durée du travail, la dernière version du projet de loi a rétabli la consultation du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel, remplacée dans l'avant-projet par une simple information. Il en est de même de la demande adressée par l'employeur à l'autorité administrative pour être autorisé à dépasser la durée hebdomadaire maximum de travail (articles L.3121-20, L.3121-23 à -25). La possibilité de dépassement temporaire de la durée hebdomadaire de travail a été ramenée d'une période de 16 semaines à 12 semaines (articles L.3121-21 et -22). Une disposition particulièrement critiquable qui permettait, dans le cadre d'un forfait-jours, de renoncer soit au repos hebdomadaire, soit au repos quotidien de 11 heures consécutives en les fractionnant, à condition que le salarié soit « *en dehors de son lieu de travail* » et muni d'« *outils numériques* », a été également supprimée du texte définitif.

Ces aménagements cosmétiques, invoqués par le gouvernement comme gage de son esprit de concertation, ne changent rien à la philosophie du texte qui assure à l'employeur une flexibilité « optimale » dans la gestion de la force de travail et conduit corrélativement à un affaiblissement des droits des salariés.

Ce déséquilibre se trouve encore accentué par les dispositions du projet de loi ménageant une large place à la décision unilatérale de l'employeur, singulièrement dans les entreprises de moins de cinquante salariés.

Les articles L.3121-1 à L.3121-7, consacrés à la définition du temps de travail effectif, prévoient toujours, en dehors du socle d'ordre public, la possibilité de rémunérer les temps de pause et de restauration, d'accorder des contreparties aux temps d'habillage et de déshabillage, même s'ils ne sont pas considérés comme temps de travail effectif, ainsi qu'aux temps de déplacement professionnel excédant le simple temps de trajet. Toutefois cette possibilité relève exclusivement de la négociation collective (accord collectif d'entreprise ou d'établissement, même moins

favorable que l'accord de branche). Et si la possibilité de prévoir dans le contrat de travail la rémunération des temps de pause et de restauration et/ou des contreparties aux temps d'habillage et de déshabillage, supprimée par l'article L.3121-7 de l'avant-projet, a été rétablie par la commission, l'usage disparaît définitivement en tant que source de ces améliorations possibles. En tout état de cause les « dispositions supplétives » ne fixent pas de minimum à ces contreparties, ainsi laissées à la discrétion de l'employeur.

Lorsqu'est mis en place dans l'entreprise un dispositif d'aménagement du temps de travail sur une période supérieure à la semaine (cf § I), selon l'article L.3121-39 (disposition d'ordre public), la période de référence à l'issue de laquelle sont décomptées les heures supplémentaires « ne peut dépasser trois ans en cas d'accord collectif et neuf semaines en cas de décision unilatérale de l'employeur » (16 semaines dans le projet initial).

Dans l'avant-projet il était prévu, dans les entreprises de moins de 50 salariés (où il ne peut y avoir d'accord collectif) d'autoriser les employeurs à instaurer, par décision unilatérale, un système de forfait-jours pouvant aller jusqu'à 235 jours sur l'année. Le texte voté par l'Assemblée nationale revient sur cette dérogation à l'obligation d'un accord collectif pour la mise en place de conventions de forfait, mais en étendant le système du mandatement syndical (cf supra II-A).

De manière générale, dans les entreprises de moins de 50 salariés, l'employeur peut décider unilatéralement d'appliquer des accords-types rédigés au niveau de la branche, et dont les stipulations couvrent tout le champ du droit du travail (article 29). Où est la revalorisation annoncée du dialogue social ?

Comment se dérouleront les négociations locales alors que pèsera sur elles l'épée de Damoclès d'une fixation unilatérale ? Quel sera le poids, à ce niveau, des organisations syndicales ? Et celui d'un salarié mandaté, face à l'employeur dont il dépend pour la suite de sa carrière et la pérennité de son emploi et ne bénéficiant d'une protection que pendant la durée restreinte prévue par l'article L.2411-4 du code du travail ?

Mais la déconstruction des garanties collectives ne s'arrête pas à cette inversion de la hiérarchie des normes : elle passe également par une révision en profondeur des règles régissant la négociation collective et la portée des accords qui en seront issus.

Titre II : La négociation collective.

A- Modalités de conclusion et conditions de validité des accords

En l'état actuel du droit, les conditions de négociation et de signature des accords collectifs sont identiques quel que soit leur champ territorial et professionnel : la validité d'un accord est subordonnée à sa signature par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives recueillant au moins 30 % des voix et à l'absence d'opposition d'organisations recueillant la majorité des voix (L.2232-12).

L'article 10 du projet de loi amendé par la commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale introduit une dichotomie entre les accords de branche et interprofessionnels d'une part, les accords d'entreprise ou d'établissement de l'autre, et fixe, pour la conclusion des uns et des autres, des règles extrêmement contestables.

Selon l'actuel article L.2232-12, un accord d'entreprise ou d'établissement peut être valablement signé par des organisations syndicales représentatives n'ayant recueilli que 30 % des voix aux élections professionnelles, mais sa validité est subordonnée à l'absence d'opposition d'un ou plusieurs syndicats représentatifs ayant obtenu la majorité des suffrages exprimés. Pour les conventions de branche ou interprofessionnelles, le projet de loi ne touche pas aux conditions de validité (règle des 30%, sauf opposition des 50%). Affirmant vouloir « renforcer la légitimité des accords d'entreprise », il modifie en revanche la règle de validité en généralisant, à ce niveau, les accords majoritaires (50 % au moins), et supprime du même coup la faculté d'opposition. Mais si un ou des syndicats représentatifs ne totalisant que 30 % des voix aux élections professionnelles sont disposés à signer un accord proposé par l'employeur, ils peuvent demander que celui-ci soit validé par l'organisation d'un référendum dans l'entreprise, contournant ainsi l'opposition des syndicats majoritaires. Les conditions et modalités de cette consultation ne relèvent pas de la loi, qui se contente d'appeler au respect des principes généraux du droit électoral, mais d'un protocole conclu entre l'employeur et les organisations signataires du projet d'accord. Les syndicats majoritaires non signataires de l'accord minoritaire sont donc ainsi inexplicablement exclus de l'organisation de cette consultation, qui a pourtant clairement pour objet de tenter de les désavouer.

Les salariés sont donc instrumentalisés pour affaiblir les syndicats dont ils ont pourtant déterminé eux-mêmes la représentativité aux dernières élections. Ainsi se dilue la cohérence d'un projet de loi qui prétend renforcer le dialogue social, mais qui exclut totalement les organisations syndicales non représentatives et affaiblit les organisations syndicales majoritaires en permettant aux organisations syndicales minoritaires de passer outre les règles actuelles de la représentativité.

Comme l'ont dit et répété les opposants au projet, la négociation d'entreprise, devenue ainsi la source principale des normes en droit du travail, se déroule au niveau où les rapports de force sont les plus prégnants, surtout en période de chômage massif. On a moins souligné que, compte tenu du faible taux de

syndicalisation en France (8 % des salariés en moyenne), particulièrement dans les petites et moyennes entreprises, on y trouvera peu de militants syndicaux formés et aguerris, capables de négocier un acte aussi complexe qu'un accord collectif se substituant à la loi pour tout ce qui concerne la durée du travail et les congés, dans un premier temps, et à terme pour tous les domaines touchant à la vie dans l'entreprise et aux droits des salariés. Que dire des salariés, appelés à se prononcer par « oui » ou « non » sur un texte complexe, sans information technique et objective sur les enjeux de ses diverses clauses, mais sous la menace directe de suppression d'emplois, voire de fermeture de l'entreprise ? Les employeurs eux-mêmes, ne pouvant s'entourer, comme dans les grandes entreprises, de spécialistes du droit du travail et des ressources humaines, risquent de soumettre à la négociation collective des projets d'accords contrevenant aux normes internationales ou à l'ordre public interne, au risque de provoquer une inflation du contentieux devant des juridictions sociales déjà surchargées. Intituler « Renforcement de la légitimité des accords collectifs » le chapitre modifié par ces nouvelles dispositions relève de la « novlangue » imaginée par Georges Orwell dans son roman « 1984 », où le ministère de la Paix s'occupe de la guerre tandis que le ministère de l'Amour veille au respect de la loi et de l'ordre...

Pour pallier cette difficulté, « un accord de branche étendu peut comporter, le cas échéant sous forme d'accord type indiquant les différents choix laissés à l'employeur, des stipulations spécifiques pour les entreprises de moins de cinquante salariés. Ces stipulations spécifiques peuvent porter sur l'ensemble des négociations prévues par le présent code » (article 29). Il apparaît dès lors contradictoire de faire prévaloir l'accord d'entreprise sur l'accord de branche, ainsi identifié comme la source légitime et naturelle du droit négocié.

Pis encore, en l'absence de délégué syndical (ce qui est notamment le cas dans toutes les entreprises de moins de 50 salariés) et d'élu du personnel, mandaté ou non par une organisation syndicale, prêt à conclure un accord avec l'employeur, celui-ci peut également négocier un accord d'entreprise ou d'établissement avec un ou plusieurs salariés mandaté(s) par une/des organisation(s) syndicale(s) représentative(s) dans la branche ou au niveau national ou interprofessionnel (article L.2232-24). Un accord signé par un salarié mandaté doit être approuvé dans un référendum d'entreprise à la majorité des suffrages exprimés.

A l'heure actuelle, cette procédure n'est applicable qu'à la conclusion des accords « portant sur des mesures dont la mise en œuvre est subordonnée par la loi à un accord collectif », telles que la mise en place de forfaits-jours. L'article 8 du projet étend cette possibilité à « toutes les mesures qui peuvent être négociées par accord d'entreprise ou d'établissement sur le fondement du » code du travail, pour la révision des accords comme pour leur conclusion.

Sans même parler de la tentation, pour l'employeur, de choisir son interlocuteur en proposant à l'un de ses salariés de se faire mandater par un syndicat pour être habilité à négocier et signer son projet d'accord, il est douteux qu'un salarié d'une petite entreprise, sans formation ni expérience de la négociation collective, et ne

bénéficiant que d'une protection de 12 mois, soit en mesure de jouer pleinement son rôle de partenaire social dans une négociation portant sur tous les aspects du droit du travail.

B- Durée des accords

Actuellement, la convention ou l'accord sont conclus soit pour une durée indéterminée, soit pour une durée déterminée qui ne peut être supérieure à cinq ans (article L.2222-4). Le code du travail fixe les modalités de leur renouvellement ou de leur révision (L.2222-5 et L.2222-6), y compris dans le cadre d'une mise en cause consécutive à une cession, une scission ou un regroupement d'entreprises (article L.2222-14) ou après dénonciation par une majorité d'organisations signataires (L.2261-7 à L.2261-13) : préavis de dénonciation, délai de négociation d'un an minimum et, à défaut de signature d'un nouvel accord dans ce délai, maintien des avantages individuels acquis (L.2261-13).

Les articles 7 et 8 du projet de loi mettent fin à cette construction homogène. Lorsque l'accord ne mentionne pas sa durée, celle-ci n'est plus indéterminée, mais fixée à cinq ans. A son expiration, il cesse de produire ses effets. Après dénonciation, si un nouvel accord n'est pas conclu dans l'année qui suit l'expiration du préavis, le seul acquis que conservent les salariés est le maintien d'une rémunération au moins égale à la moyenne des douze derniers mois, à l'exclusion de toutes autres dispositions du précédent accord.

Par le jeu combiné de toutes ces dispositions, le projet de loi crée donc des accords à durée déterminée, dont la plupart des dispositions deviennent caduques dans l'attente d'un nouvel accord, soumis à une pseudo-règle majoritaire qui peut être contournée par des syndicats réunissant la minorité antérieure de 30 %, mais sans possibilité d'opposition des syndicats majoritaires, par ailleurs exclus de l'organisation du référendum d'entreprise.

Ainsi le projet de loi annonce-t-il des effets corrosifs sur la légitimité et l'audience de ces syndicats "majoritaires" de même que sur la qualité ultérieure des relations sociales au sein de l'entreprise, entre syndicats, entre représentants syndicaux et salariés, voire entre les salariés eux-mêmes.

Alors que la caducité des anciens acquis est inscrite dans la loi, comment prétendre que les salariés consultés par référendum choisiront librement entre la perte totale de leurs droits et un accord a minima ?

Au demeurant, il est permis de s'interroger sur la conformité de l'article 10 du projet de loi à l'article 8 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, intégré au bloc de constitutionnalité et fondant le principe de la représentativité syndicale : « Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises ».

Face à la levée de boucliers qui a accueilli la présentation de son avant-projet, le gouvernement a cherché à désamorcer la contestation et à diviser les opposants en y insérant des mesures spécifiques en faveur des jeunes, en abandonnant certaines dispositions sur lesquelles s'était focalisée la critique, tel le plafonnement de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse suivant un barème impératif en fonction de l'ancienneté (article 30). Mais ni le travail de la commission des lois, ni l'adoption surprise, dans le texte soumis à la procédure de l'article 49-3, de certains amendements « de gauche » comme « de droite », n'ont modifié le sens de la réforme voulue par le Président de la République et son Premier ministre : le niveau privilégié d'élaboration des normes en droit du travail sera désormais l'accord d'entreprise, la loi aussi bien que les conventions et accords ayant un champ territorial ou professionnel plus large étant relégués à un rôle supplétif.

Loin de fluidifier le marché du travail, la déréglementation et la décentralisation du droit du travail au niveau des entreprises va rendre plus complexe la mobilité professionnelle, le changement d'employeur s'accompagnant pour le salarié d'un changement du droit applicable. La substitution, à une norme commune, d'un droit propre à chaque entreprise ne bouscule pas seulement le principe d'égalité des citoyens devant la loi ; elle va en outre favoriser le dumping social. Ainsi, tous les employeurs d'un secteur professionnel déterminé vont se prévaloir de l'accord d'entreprise le moins disant signé chez un de leurs concurrents pour obtenir la signature d'un accord similaire dans leur entreprise et ce, sous la menace d'une perte de compétitivité et de compressions de personnel, voire d'une fermeture de l'entreprise.

L'obligation de contrôler l'application d'un droit différent dans chaque entreprise va également compliquer la mission de contrôle des inspecteurs du travail (au moment même où l'administration du travail se voit confier, à moyens constants, une mission nouvelle de conseil aux petites et moyennes entreprises: voir § 5). Quant aux juges prud'homaux, déjà surchargés, ils devront, avant de pouvoir statuer sur les demandes, prendre connaissance de l'accord d'entreprise applicable - voire des accords d'entreprise successifs - les assimiler et le cas échéant les interpréter.

C- Publicité des accords

Il est indispensable que les accords collectifs d'entreprise soient rendus publics dans une base de données nationale consultable en ligne. Il n'est pas acceptable que des signataires puissent s'y opposer, d'autant que le texte n'exige aucun motif autre que l'appréciation, souveraine et non contrôlable, de l'un des signataires (le texte initial du projet de loi mentionnait même l'employeur seul) qui estimerait que la diffusion de l'accord serait "préjudiciable à l'entreprise" sans critère ni justification (nouvel article L.2231-5-1).

La confidentialité n'est pas justifiable s'agissant des accords collectifs, qui ont valeur normative, y compris à l'égard de non signataires, les salariés, et dont l'application se poursuit dans le temps. S'agissant des accords de branche, la restriction est

d'autant moins compréhensible qu'ils sont depuis longtemps accessibles sur le site public Légifrance. Alors qu'au sein des sources du droit du travail, le poids donné aux accords collectifs d'entreprise (et de groupe et d'établissement) est sans cesse croissant et envisagé comme prédominant, une telle évolution ne peut s'envisager sans une publicité effective et renforcée.

Au demeurant, la publicité des normes est une exigence constitutionnelle inhérente à l'état de droit. Les salariés (y compris après la rupture de leur contrat de travail), leurs conseils (avocats ou défenseurs syndicaux), les juges, les syndicats non représentatifs ... doivent pouvoir accéder le plus librement et simplement possible à ces accords. Il en est de même des chercheurs, juristes, professeurs de droit, etc.

Il n'est pas précisé d'ailleurs si la disposition qui crée une base de données nationale, dispensera des formalités de dépôt jusqu'ici prévues par l'article L.2231-6 du code du travail, dès lors que les conditions d'application de ce nouvel article seront fixées par voie réglementaire. Il serait impensable que, dans cette hypothèse, des accords et conventions puissent échapper à toute publicité par la seule volonté de l'un des signataires, voire de l'ensemble des signataires. Si la loi commune n'a plus qu'un caractère supplétif et que les accords collectifs deviennent la norme propre à chaque entreprise, il importe à tout le moins qu'il ne s'agisse pas d'une norme officieuse et inaccessible, s'apparentant seulement, ainsi, à un cadre transactionnel.

D - Négociations obligatoires

Alors que les nouvelles règles de la négociation annuelle ou triennale dans l'entreprise, issues de la loi « relative au dialogue social et à l'emploi » du 17 août 2015, viennent d'entrer en vigueur au 1er janvier 2016, l'article 7 du projet prévoit qu'une convention ou un accord collectif « peut définir le calendrier des négociations, y compris en adaptant les périodicités des négociations obligatoires prévues aux deux premiers chapitres du titre quatrième du présent livre pour tout ou partie des thèmes, dans la limite de trois ans pour les négociations annuelles, de cinq ans pour les négociations triennales et de sept ans pour les négociations quinquennales ».

Il est vrai que l'entreprise était déjà dispensée, par la loi Rebsamen, de négociations annuelles sur la conciliation de la vie personnelle et de la vie professionnelle, l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes, la lutte contre les discriminations, l'emploi des travailleurs handicapés si, au 1er janvier 2016, elle était couverte par un accord sur ces thèmes, jusqu'au terme de la durée de l'accord ou au plus tard jusqu'au 31 décembre 2018.

Ainsi par accord d'entreprise, la négociation annuelle sur la rémunération, le temps de travail et le partage de la valeur ajoutée dans l'entreprise (intéressement) de même que la négociation annuelle sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et sur la qualité de vie au travail (articulation entre la vie personnelle et la vie professionnelle, objectifs et mesures permettant d'atteindre l'égalité

professionnelle entre les femmes et les hommes, mesures permettant de lutter contre la discrimination, mesures relatives à l'insertion professionnelle et au maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés, modalités de définition d'une mutuelle d'entreprise, exercice du droit d'expression directe et collective des salariés) pourront n'avoir lieu que tous les 3 ans.

Dans les entreprises employant au moins 300 salariés, la périodicité de la négociation triennale sur la gestion des emplois et des parcours professionnels et sur la mixité des métiers (gestion prévisionnelle des emplois, mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise en cas de réorganisation sans réduction des effectifs, grandes orientations à trois ans de la formation professionnelle dans l'entreprise et objectifs du plan de formation, perspectives de recours aux différents contrats de travail, au travail à temps partiel et aux stages, moyens mis en oeuvre pour diminuer le recours aux emplois précaires au profit des CDI, information donnée aux entreprises sous-traitantes sur les orientations stratégiques de l'entreprise ayant un effet sur leurs métiers, l'emploi et les compétences, déroulement de carrière des salariés exerçant des responsabilités syndicales et l'exercice de leurs fonctions) pourra être distendue jusqu'à 5 ans.

Domage pour les femmes, qui voient ainsi disparaître une possibilité de « rattraper » annuellement des écarts de rémunération avec leurs collègues masculins.

E – Articulation avec les clauses du contrat de travail : les accords « offensifs ».

Depuis la loi « sécurisation de l'emploi » du 14 juin 2013 créant les articles L.5125-1 et suivants, les entreprises pouvaient, en cas de difficultés conjoncturelles, conclure avec les organisations syndicales un accord dit « de maintien de l'emploi » (« accord défensif ») leur permettant de modifier temporairement le temps de travail et la rémunération des salariés, contre l'engagement de ne procéder à aucun licenciement économique pendant la durée de l'accord, soit 2 ans maximum. Cette durée a été portée à 5 ans par la loi Macron pour les accords conclus à compter du 7 août 2015.

Par cinq mots ajoutés à l'article L.2254-2 du code du travail, l'article 11 du projet crée une nouvelle catégorie d'accords (« offensifs ») permettant aux employeurs de bénéficier des mêmes prérogatives, non pour sauver des emplois menacés, mais dans un but « de développement de l'emploi », par exemple pour conquérir de nouveaux marchés.

Ainsi est-il prévu que les clauses d'un accord d'entreprise conclu « en vue de la préservation ou du maintien de l'emploi ... se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail, y compris en matière de rémunération et de durée du travail ». C'était déjà le cas pour les accords « défensifs » de maintien de l'emploi, mais lorsqu'un salarié refusait cette

modification de son salaire ou de sa durée de travail, son licenciement était prononcé pour motif économique. Selon l'article L.2254-2 modifié par l'avant-projet, dans cette hypothèse le licenciement est justifié par une cause réelle et sérieuse, et soumis aux règles du licenciement pour motif personnel et non plus pour motif économique. Face au tollé soulevé par cette disposition, la commission est revenue sur la qualification de motif personnel, mais seulement pour faire du motif du licenciement prononcé dans cette hypothèse « un motif spécifique... soumis aux seules modalités et conditions définies aux articles L.1233-11 à L.1233-16 et L.2254-3 applicables au licenciement individuel pour motif économique », mais qui en toute hypothèse « constitue une cause réelle et sérieuse », affirmation de principe qui le soustrait au pouvoir d'appréciation du juge.

En l'état du texte, il suffira donc d'inscrire dans le préambule d'un accord collectif qu'il a été conclu « en vue de maintenir ou de développer l'emploi » pour qu'il permette de revoir à la baisse tout le champ de la négociation d'entreprise, sans contrepartie en termes de maintien d'emplois et de licencier les salariés qui refuseraient la modification de leur contrat de travail et ce, sans subir les contraintes procédurales et le coût d'un plan de sauvegarde de l'emploi, quel que soit le nombre des salariés impactés.

F- Représentativité syndicale

« Lorsque le périmètre des entreprises ou établissements compris dans le champ d'un accord de groupe est identique à celui d'un accord conclu au cours du cycle électoral précédant l'engagement des négociations, la représentativité des organisations syndicales est appréciée par addition de l'ensemble des suffrages obtenus dans ces entreprises ou établissements au cours du cycle précédant le cycle en cours » (article 12 du projet modifiant l'article L.2122-4) : toute négociation intervenant dans le même périmètre qu'un précédent accord de groupe est soumise à la représentativité découlant du cycle électoral précédent, et non du cycle en cours. Lorsque le groupe est arrivé à obtenir la signature d'organisations syndicales sur un accord, l'employeur est assuré de pouvoir s'adresser aux mêmes interlocuteurs pour un nouvel accord, même si ces syndicats ont subi la sanction des urnes pour avoir signé un mauvais accord et ne sont plus majoritaires.

« Lorsqu'un accord conclu dans tout ou partie d'un groupe le prévoit expressément, ses stipulations se substituent aux stipulations ayant le même objet des conventions ou accords conclus antérieurement ou postérieurement dans les entreprises ou les établissements compris dans le périmètre de cet accord » (article L.2253-5).

« Lorsqu'un accord conclu au niveau de l'entreprise le prévoit expressément, ses stipulations se substituent aux stipulations ayant le même objet des conventions ou accords conclus antérieurement ou postérieurement dans les établissements compris dans le périmètre de cet accord » (article L.2253-6).

« Lorsqu'un accord conclu au niveau de plusieurs entreprises le prévoit expressément, ses stipulations se substituent aux stipulations ayant le même objet des conventions ou accords conclus antérieurement ou postérieurement dans les entreprises ou les établissements compris dans le périmètre de cet accord » (article L.2253-7).

Ainsi la signature d'accords de groupe ou interentreprises peut avoir le même effet qu'une révision ou une dénonciation d'accords d'entreprise ou d'établissement, permettant d'éviter un niveau de négociation où les syndicats représentatifs n'accepteraient pas les projets de l'employeur. Pis encore, la négociation de groupe ou interentreprises peut aboutir, à terme, à une stérilisation pure et simple de la négociation d'entreprise ou d'établissement, puisque les accords de groupe ou interentreprises peuvent se substituer même aux accords d'entreprise postérieurs. Si, pour des raisons stratégiques, l'employeur choisit systématiquement ce niveau de négociation, il s'ensuivra une véritable confiscation du pouvoir de négociation des délégués syndicaux d'entreprise.

L'article 19 modifie les règles de la représentativité patronale en arbitrante au profit du MEDEF, auquel s'est ralliée la CGPME, le conflit qui l'oppose à l'UPA (entreprises artisanales), à l'UNAPL (professions libérales) et à l'UDES (économie sociale). La loi Sapin du 5 mars 2014, faisant suite à l'accord national interprofessionnel du 14 décembre 2013, a fixé la mesure de la représentativité des organisations patronales en fonction du nombre d'entreprises adhérentes, suivant le principe « une entreprise égale une voix ». Un amendement gouvernemental à la loi Rebsamen sur le dialogue social a donné satisfaction au MEDEF en introduisant dans la mesure de la représentativité une pondération en fonction du nombre de salariés mais, la CGPME partageant à l'époque la position de l'UPA et de l'UNAPL, il a été repoussé. Un recours du MEDEF devant le Conseil constitutionnel vient d'être également rejeté.

L'article 19 du projet de loi introduit dans l'article L.2152-1 le principe de la pondération du nombre d'entreprises adhérentes par leur nombre de salariés. Dans l'avant-projet, « le nombre d'entreprises adhérentes et le nombre de leurs salariés sont pris en compte respectivement à hauteur de 20% et de 80% », proportion retenue dans un accord MEDEF-CGPME. Cette disposition a été purement et simplement supprimée par la commission des affaires sociales. Mais dans la version finale sur laquelle le gouvernement a engagé sa responsabilité, « pour l'appréciation de cette audience, sont pris en compte, chacun à hauteur de 50%, d'une part, le nombre des entreprises adhérentes à des organisations professionnelles d'employeurs représentatives qui emploient au moins un salarié et, d'autre part, le nombre de salariés employés par ces mêmes entreprises ».

G - « Renforcement » du rôle des acteurs du dialogue social

1 – L'expertise demandée par le CHSCT : article 17 du projet.

Le Conseil constitutionnel a annulé, à compter du 1^{er} janvier 2017, la disposition de l'article L4614-13 suivant laquelle les frais d'expertise sont à la charge de l'employeur, sauf pour celui-ci à contester la nécessité d'une expertise ou son coût devant le juge judiciaire.

Dans sa version initiale, le projet de loi ne fixait à l'employeur aucun délai pour saisir le juge (l'expert risquant, pendant 5 ans, de voir contester ses honoraires ou la nécessité de sa mission), mais imposait à celui-ci un délai très court de 10 jours pour rendre sa décision, sans possibilité d'appel. La commission des affaires sociales a heureusement fixé à l'employeur un délai de 15 jours à compter de la décision du CHSCT pour contester la nécessité de l'expertise, le choix de l'expert ou son devis, puis à nouveau de 15 jours pour contester ses honoraires, à compter de la date à laquelle il en a eu connaissance. Le recours de l'employeur suspend, jusqu'à l'expiration du délai de pourvoi en cassation, la décision du CHSCT et par conséquent la mise en œuvre de l'expertise. Du fait de sa durée cette suspension risque fort d'aboutir à une paralysie de l'expertise, notamment en cas de pourvoi, aucun délai n'étant imparti à la Cour de cassation pour statuer. Ainsi cette suspension sine die met-elle potentiellement en danger la santé des salariés, d'autant qu'il n'est prévu aucune dérogation en cas d'expertise pour risque grave.

De plus l'annulation par le juge de la décision du CHSCT oblige désormais l'expert à rembourser à l'employeur les sommes versées, à moins que le comité d'entreprise ne décide de les prendre en charge. L'expert aura donc le choix, soit d'accomplir sa mission en prenant le risque de n'être jamais payé ou de devoir rembourser l'employeur, soit d'attendre que toutes les voies de recours soient épuisées, alors même que le projet ne permet pas d'éliminer les stratégies dilatoires de certains employeurs.

2 – L'utilisation dévoyée du budget de fonctionnement du comité d'entreprise

En cas d'annulation de la décision du CHSCT ordonnant une mesure d'expertise (article L.4614-13), le comité d'entreprise peut, à tout moment, décider de prendre en charge les honoraires de l'expert (cf. 1 supra).

Par ailleurs, « Le comité d'entreprise peut décider, par une délibération, de consacrer une partie de son budget de fonctionnement au financement de la formation des délégués du personnel et des délégués syndicaux de l'entreprise » (article 18 du projet modifiant l'article L.2325-43).

Le budget de fonctionnement du comité d'entreprise (distinct de la contribution que lui verse chaque année l'employeur pour financer les activités sociales et culturelles dont il assure la gestion), est fixé par l'article 2325-43 à 0,2 % de la masse salariale

brute. Il est, par définition, destiné au fonctionnement du comité d'entreprise et il était jusqu'à présent interdit d'en utiliser une partie au profit d'autres institutions représentatives du personnel. En revenant sur cette interdiction le projet de loi contribue à créer une confusion entre les attributions de ces différentes instances. Surtout, à moyens constants, le comité d'entreprise a vu ces dernières années des coûts supplémentaires s'imputer sur son budget (obligation de faire appel à un commissaire aux comptes, de prendre à sa charge une partie du coût de l'expertise sur les orientations stratégiques...). Si des coûts sont générés par l'activité d'autres institutions représentatives, il n'incombe pas au comité d'entreprise de les supporter, mais au législateur de leur trouver un financement.

En outre, l'article 17 du projet risque de favoriser une disparité de situations entre les CHSCT, ceux d'une grande entreprise, adossés à un comité d'entreprise « riche », pouvant facilement ordonner des expertises, tandis que celles-ci ne seraient jamais prises en charge par le CE des petites entreprises.

3 - Formation des acteurs de la négociation collective

« Les salariés et les employeurs ou leurs représentants peuvent bénéficier de formations communes visant à améliorer les pratiques du dialogue social dans les entreprises, dispensées par les centres, instituts ou organismes de formation. L'Institut national du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle apporte son concours à la création et à la mise en œuvre de ces formations. Ces formations peuvent être suivies par des magistrats judiciaires ou administratifs et par d'autres agents de la fonction publique » (article L.2212-1)

Les organisations syndicales souhaitent légitimement maîtriser la formation de leurs militants sur le fond du droit du travail, dont la compréhension et la maîtrise sont des enjeux stratégiques. Chaque texte peut en effet être interprété de manières différentes et ces interprétations font partie intégrante des stratégies syndicales visant à instaurer un rapport de force, notamment dans la perspective de négociations.

Il serait en revanche très bénéfique d'organiser des formations communes, sous forme de sessions thématiques interdisciplinaires comme en proposait l'ENM il y a une quinzaine d'années, sur des thèmes (tels que la durée du travail, la discrimination, le travail illégal...) pouvant intéresser à la fois magistrats du siège et du parquet, conseillers prud'hommes, avocats, inspecteurs du travail, délégués du Défenseur des Droits, militants syndicaux, personnel des ressources humaines... qui n'ont en l'état aucun espace de rencontre ni d'échanges.

H - Appui aux entreprises (article 28)

Comme cela a déjà été souligné à propos de la négociation collective, les petites et moyennes entreprises, premières bénéficiaires de la « simplification » revendiquée dans l'exposé des motifs du projet de loi, sont plus exposées que les grandes à enfreindre les dispositions du code du travail, par manque de moyens, de temps ou d'attention, mais également par méconnaissance de la loi et de la jurisprudence.

L'article 28 du projet de loi veut pallier cette difficulté en ouvrant aux entreprises de moins de 300 salariés « le droit d'obtenir une information précise et délivrée dans un délai raisonnable lorsqu'il sollicite l'administration sur une question relative à l'application d'une disposition du droit du travail ou des stipulations des accords et conventions collectives qui lui sont applicables ».

La mission principale des inspecteurs du travail est de veiller à l'application des dispositions du code du travail et des autres dispositions légales relatives au régime du travail, ainsi qu'aux stipulations des conventions et accords collectifs de travail (article L.8112-1) en contribuant, notamment, à la prévention des risques professionnels ainsi qu'à l'amélioration des conditions de travail et des relations sociales (article R.8112-1). Ils sont également chargés, concurremment avec les officiers et agents de police judiciaire, de constater les infractions à ces dispositions et stipulations, ainsi qu'aux diverses infractions visées à l'article L.8112-2.

L'inspecteur du travail accomplit en outre les diverses missions déclinées aux articles R.8112-2 à R.8112-6 du code du travail : participation à l'exécution des missions de la direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (DIRECCTE) en ce qui concerne les politiques du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle ; rôle de conseil et de conciliation en vue de la prévention et du règlement des conflits; participation à l'élaboration des statistiques relatives aux conditions du travail dans le secteur qu'il est chargé de surveiller. Il établit des rapports circonstanciés sur l'application, dans sa circonscription, des dispositions dont il est chargé d'assurer le contrôle de l'exécution, en mentionnent les accidents dont les salariés ont été victimes et leurs causes, et en émettant des propositions relatives aux prescriptions nouvelles qui seraient de nature à mieux assurer la santé et la sécurité au travail. Il informe la caisse compétente, chargée de la prévention et de la tarification des accidents du travail et des maladies professionnelles, des mesures qu'il a prises à l'encontre d'une entreprise dans laquelle il a constaté une situation particulièrement grave de risque exceptionnel.

D'après le site service-public.fr, l'inspecteur du travail « conseille, contrôle, concilie, renseigne. L'employeur, les salariés et les représentants du personnel dans l'entreprise peuvent le contacter ».

Les inspecteurs du travail ne parviennent pas à remplir leurs nombreuses missions, notamment celle de conseil, contrôle, conciliation, renseignement à l'égard des

divers publics cités. Leur nombre n'a cessé de diminuer depuis 2010. La réforme Sapin a créé de nouveaux échelons hiérarchiques qui ont conduit à réduire les effectifs d'agents de contrôle en contact direct avec le public (environ 2200 pour toute la France). Il n'est pas envisageable, à moins d'un renforcement exponentiel de leurs effectifs, de leur confier une mission prioritaire de conseil à l'usage exclusif d'une catégorie d'employeurs, dans des délais contraints, rompant l'égalité avec les salariés et leurs représentants et empêchant pratiquement ceux-ci d'obtenir le même service dans un délai raisonnable.

Pour assurer la mise en œuvre de ce droit à l'information des employeurs de moins de 300 salariés, « un service public territorial de l'accès au droit est mis en place par l'autorité administrative compétente, qui y associe des représentants des organisations syndicales et professionnelles, les chambres consulaires..., les commissions paritaires interprofessionnelles..., les conseils départementaux de l'accès au droit... et toute autre personne compétente ». Pourquoi ce service dédié - dont le mode de financement n'est pas précisé - ne serait-il pas mis également à la disposition des salariés ?

Si la demande de l'employeur « est suffisamment précise et complète, le document formalisant la prise de position de l'administration peut être produit par l'entreprise en cas de contentieux pour attester de sa bonne foi » : par cet alinéa ajouté à l'article L.5143-1, la commission des affaires sociales démontre, une fois de plus, qu'il s'agit moins d'informer que de sécuriser les employeurs.

Titre IV : Pour « favoriser l'emploi », contourner le juge.

Les articles 30 et 30 bis de l'avant-projet se trouvent dans le titre IV intitulé: « Favoriser l'emploi ». Ainsi se perpétue la « novlangue » adaptée au droit du travail, dont un des plus beaux exemples est la transformation, par la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002, du « plan social » visant à limiter les conséquences individuelles des licenciements économiques collectifs, en « plan de sauvegarde de l'emploi ». Dans l'avant-projet de loi El Khomri, « favoriser l'emploi » signifie faciliter la rupture des contrats de travail par les employeurs :

- en plafonnant les dommages et intérêts que l'employeur peut être condamné à verser à un salarié qu'il a licencié sans motif légitime, ce qui lui permet de provisionner dans son budget le coût de l'élimination d'un ou plusieurs membres du personnel de l'entreprise (article 30)

- en précisant la définition du « motif économique » de licenciement et son périmètre d'appréciation, ces « précisions » permettant en réalité d'élargir les cas de

licenciements pour motifs économiques à des situations dans lesquelles la jurisprudence écartait ce motif.

La même logique est à l'oeuvre dans les deux cas (comme le rappelle l'exposé des motifs) :

- la complexité du code du travail et la difficulté de licencier constituent un « frein à l'embauche »,
- pour réduire le chômage et, en particulier, faciliter l'accès des jeunes à un premier emploi, il faut donc faciliter et banaliser les licenciements,
- et à cette fin, limiter et en encadrer le pouvoir d'appréciation du juge, comme ne cesse de le réclamer le MEDEF.

Or s'il est évident que la facilitation des licenciements, notamment économiques, est susceptible d'entraîner des destructions d'emplois, il n'est en rien démontré qu'elle ait pu favoriser des créations d'emplois, et surtout d'emploi pérennes, contrairement à ce que martèle le discours patronal relayé par les médias. L'avis des « économistes atterrés » diffère radicalement sur ce point de celui des économistes officiels, les statistiques concernant les pays voisins pouvant être interprétées dans des sens radicalement opposés (selon qu'on compare les taux de chômage actuel ou leur évolution, la place que l'on donne aux « petits jobs » à l'allemande qui font sortir leurs titulaires des statistiques du chômage mais ne leur permettent pas de mener une vie normale...)

A - Indemnisation du licenciement sans cause réelle et sérieuse

Jusqu'en 2013, aucune limitation n'était apportée dans l'article L.1235-1 au principe de réparation intégrale (issu de l'article 1382 du code civil) en vertu duquel le responsable du préjudice doit indemniser tout le dommage (et uniquement le dommage) causé à la victime. La loi « sécurisation de l'emploi » du 14 juin 2013 a introduit au niveau du bureau de conciliation la possibilité, pour les parties, de passer un accord avec versement d'une indemnité forfaitaire sur la base d'un barème réglementaire prenant en compte l'ancienneté du salarié. Ce barème ne s'impose pas au juge qui, à défaut d'accord, « justifie dans le jugement qu'il prononce le montant des indemnités qu'il octroie », la décision judiciaire devant être motivée sur ce point comme sur les autres.

Par ailleurs, l'article L.1235-3 fixe à un minimum de 6 mois de salaire l'indemnité due au salarié victime d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse dès lors qu'il a au moins deux ans d'ancienneté dans une entreprise employant au moins 11 salariés. Il ne s'agit pas d'un forfait, puisque le juge peut évaluer le préjudice réellement causé par le licenciement à un montant bien supérieur à 6 mois de salaire (cadre âgé de plus de 50 ans, mère de famille monoparentale...). Cet aléa judiciaire, pourtant

inhérent à la mission du juge, est insupportable au MEDEF, qui a tenté à plusieurs reprises de le faire disparaître.

La loi Macron prévoyait le plafonnement des dommages intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse à des niveaux bien inférieurs aux 6 mois de salaire prévus par l'article L.1235-3, selon le double critère de l'ancienneté du salarié et de la taille de l'entreprise. Ainsi, dans une entreprise de moins de 20 salariés, il en coûtait 3 mois de salaire au maximum pour se débarrasser d'un salarié ayant moins de 2 ans d'ancienneté, 2 mois à 1 an de salaire s'il avait plus de 10 ans de maison. Une entreprise employant de 21 à 299 salariés était encore assurée de ne pas déboursier plus de 10 mois de salaire pour licencier abusivement un salarié n'atteignant pas 10 ans d'ancienneté, mais la note pouvait doubler dans le cas contraire. Enfin, au-dessus de 300 salariés, l'employeur devait provisionner 6 à 27 mois de salaire pour licencier sans cause réelle et sérieuse un salarié ayant plus de 10 ans d'ancienneté.

Cette disposition de la loi du 5 août 2015 a été censurée le par le Conseil constitutionnel, non sur le constat qu'elle était contraire à la règle d'indemnisation intégrale du préjudice, mais parce que, sur les deux critères retenus, seul celui de l'ancienneté dans l'entreprise présentait un lien avec le préjudice subi par le salarié. Le Conseil constitutionnel, validant sans broncher le postulat selon lequel il faut faciliter aux employeurs la destruction d'emplois si l'on veut les voir en créer d'autres, a jugé que le législateur pouvait, afin de favoriser l'emploi en levant les freins à l'embauche, plafonner l'indemnité due au salarié licencié sans cause réelle et sérieuse. Toutefois, les critères retenus pour plafonner l'indemnisation de son préjudice doivent être en adéquation avec l'objet de la loi. Tel n'étant pas le cas du critère des effectifs de l'entreprise, le Conseil constitutionnel a censuré l'article 266 de la loi Macron pour méconnaissance du principe d'égalité devant la loi.

L'article L.1235-1 modifié par la loi du 6 août 2015 prévoit donc seulement que le juge « peut prendre en compte un référentiel indicatif » qui « fixe le montant de l'indemnité susceptible d'être allouée, en fonction notamment de l'ancienneté, de l'âge et de la situation du demandeur par rapport à l'emploi », et qui ne le lie que « si les parties en font conjointement la demande ».

L'avant-projet de loi El Khomri réintroduit la barémisation de l'indemnité pour licenciement sans cause, cette fois sur le seul critère de l'ancienneté.

- le référentiel visé à l'article L.1235-1 ne tient plus compte que de l'ancienneté du salarié

- le minimum de 6 mois de salaire fixé par l'article L.1235-3 est remplacé par un plafonnement:

. si l'ancienneté du salarié est inférieure à deux ans: 3 mois de salaire

. de 2 ans à 5 ans: 6 mois de salaire

. de 5 à 10 ans: 9 mois de salaire

. d'au moins 20 ans: 15 mois de salaire.

Il est pourtant évident que chaque licenciement est différent et que le préjudice qui en résulte ne peut être uniformisé. Le secteur d'activité, l'emploi occupé, la qualification, l'âge, la situation de famille du salarié : autant de facteurs qui sont susceptibles de faire varier son préjudice en cas de licenciement. Indépendamment du montant des indemnités, tiré vers le bas, leur plafonnement sur la seule base de l'ancienneté aboutit à fondre l'appréciation de la situation du salarié dans une considération totalement réductrice.

Il s'agit de donner satisfaction aux employeurs, qui sont déjà en mesure de prévoir et de provisionner le coût maximum d'un licenciement justifié (indemnités de licenciement, de préavis, de congés payés) mais réclament de longue date les mêmes facilités pour un licenciement abusif.

La commission des lois est revenue sur cette disposition très critiquée en donnant au barème un caractère purement indicatif. Il ne faut pas méconnaître cependant la force d'un tel barème «indicatif» devant le conseil de prud'hommes, juridiction paritaire où seule une négociation entre les juges élus permet d'éviter un recours systématique au juge départiteur.

B - Définition et périmètre du licenciement économique

En l'état actuel des textes, l'article L.1233-3 définit l'élément matériel du licenciement économique (suppression d'emploi, transformation d'emploi ou modification d'un élément essentiel du contrat de travail) et son élément causal (notamment difficultés économiques ou mutations technologiques). Depuis longtemps (arrêt Vidéocolor de 1995) la jurisprudence y a ajouté une 3ème cause possible : la réorganisation de l'entreprise en vue de la sauvegarde de sa compétitivité.

Les juges apprécient au cas par cas si la réorganisation à l'occasion de laquelle l'employeur supprime des postes est ou non nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise.

1 - Critères du motif économique :

Suivant le vœu du MEDEF, qui ne cesse d'exiger la suppression de tout aléa judiciaire, l'avant-projet de loi encadrerait le pouvoir d'appréciation des juges en redéfinissant les

circonstances permettant à l'employeur de licencier pour motif économique, dans un article L.1223-3 classé parmi les dispositions d'ordre public.

L'adverbe «notamment» étant supprimé dans cette première rédaction, devenaient justifiés par un motif économique les licenciements consécutifs à :

1- des difficultés économiques, caractérisées soit par une baisse des commandes ou du chiffre d'affaires pendant plusieurs trimestres consécutifs en comparaison avec la même période de l'année précédente, soit par des pertes d'exploitation pendant plusieurs mois, soit par une importante dégradation de la trésorerie, soit par tout élément de nature à justifier de ces difficultés,

2- des mutations technologiques,

3- une réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité,

4- la cessation d'activité de l'entreprise.

Il revenait à la négociation collective de branche de fixer la durée de la baisse des commandes ou du chiffre d'affaires et la durée des pertes d'exploitation caractérisant les difficultés économiques, avec un minimum de 6 mois consécutifs pour la première, de 3 mois pour les secondes (article L.1233-3-1). A défaut d'accord de branche, l'article L.1233-3-2 fixait ces mêmes durées, à titre supplétif, à un an pour la baisse des commandes ou du chiffre d'affaires, 6 mois pour les pertes d'exploitation.

Ces dispositions ayant été dénoncées de toutes parts comme une incitation à la fraude, les grandes entreprises et les groupes pouvant sans difficulté provoquer un ralentissement de leur activité pendant la durée requise afin de fermer un établissement ou une filiale, la commission des lois y a ajouté un alinéa en forme de vœu pieux: « Ne peuvent constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement pour motif économique les difficultés économiques créées artificiellement à la seule fin de procéder à des suppressions d'emplois ». Comment le juge pourra-t-il détecter la fraude et contrôler la réalité du motif économique de licenciement, alors que sa nouvelle définition inverse la charge de la preuve en n'obligeant l'employeur à fournir que les documents comptables justifiant qu'il remplit les critères formels et bien peu exigeants fixés par la loi ?

Dans la dernière version du projet, adoptée par l'Assemblée nationale suivant la procédure de l'article 49-3, ont un caractère économique les licenciements consécutifs «notamment:

«1° À des difficultés économiques caractérisées, soit par l'évolution significative d'au moins un indicateur économique tel qu'une baisse des commandes ou du chiffre d'affaires, des pertes d'exploitation ou une dégradation de la trésorerie ou de l'excédent brut d'exploitation, soit par tout autre élément de nature à justifier de ces difficultés.

«Une baisse significative des commandes ou du chiffre d'affaires est constituée dès lors que la durée de cette baisse est, en comparaison avec la même période de l'année précédente, au moins égale à :

«a) Un trimestre pour une entreprise de moins de onze salariés;

«b) Deux trimestres consécutifs pour une entreprise d'au moins onze salariés et de moins de cinquante salariés;

«c) Trois trimestres consécutifs pour une entreprise d'au moins cinquante salariés et de moins de trois cents salariés;

«d) Quatre trimestres consécutifs pour une entreprise de trois cents salariés et plus;

«2° À des mutations technologiques;

«3° À une réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité;

«4° À la cessation d'activité de l'entreprise.

Le second critère existait déjà dans l'article L.1233-3. Le troisième ne fait qu'inscrire dans la loi une jurisprudence bien établie. La cessation d'activité de l'entreprise était également reconnue comme justifiant le licenciement des salariés, à condition toutefois qu'elle soit totale et définitive, que l'entreprise n'appartienne pas à un groupe qui a décidé sa fermeture pour des raisons stratégiques et que l'activité ne soit pas transférée à une autre entreprise (auquel cas celle-ci devait, en application de l'article L.1224-1, maintenir les contrats des salariés affectés à cette activité) : toutes restrictions omises dans la nouvelle rédaction de l'article L.1233-3.

En ce qui concerne les difficultés économiques, leur caractérisation, différenciée en fonction de la taille de l'entreprise, relève donc de la loi et non de l'accord de branche. Pour autant, elle ne laisse aucune place à l'appréciation, par le juge, des circonstances propres à chaque litige et de la réalité de ces difficultés dès lors que, dans une entreprise de 49 salariés, « Constitue un licenciement pour motif économique... le licenciement... résultant d'une suppression ou transformation d'emploi... consécutives notamment à des difficultés économiques caractérisées par... une baisse des commandes » et qu'« une baisse significative des commandes... est constituée dès lors que la durée de cette baisse est, en comparaison avec la même période de l'année précédente, au moins égale à... deux trimestres consécutifs pour une entreprise d'au moins onze salariés et de moins de cinquante salariés » : les chiffres présentés au juge s'imposeront à lui sans qu'il puisse rechercher si la baisse ainsi invoquée est réellement de nature caractériser des difficultés économiques justifiant les licenciements prononcés.

Cas particulier du transfert d'une entité économique autonome (article L.1224-1) :

Suivant une jurisprudence bien établie, l'article L.1224-1 s'applique non seulement à la cession d'une entreprise entière, mais à tout transfert d'une entité économique autonome, dont l'activité est poursuivie ou reprise avec maintien de son identité. Le transfert du contrat de travail des salariés affectés à cette activité s'impose à tous : cédant, repreneur et salariés eux-mêmes. Les licenciements prononcés à l'occasion de ce transfert n'ont pas de cause économique réelle et sérieuse ; c'est seulement lorsque le repreneur, après la reprise, est contraint de redimensionner l'activité transférée qu'il peut tenter de justifier des licenciements en invoquant l'une des causes prévues par l'article L.1233-3.

Le projet de loi permet au contraire au cédant, à la demande du repreneur, de licencier des salariés dont le contrat aurait dû être transféré, faisant ainsi échec à la disposition d'ordre public visant à préserver l'emploi énoncée à l'actuel article L.1224-1. L'article 41 du projet prévoit en effet que : « lorsque le plan de sauvegarde de l'emploi comporte, en vue d'éviter la fermeture d'un ou de plusieurs établissements, le transfert d'une ou de plusieurs entités économiques nécessaire à la sauvegarde d'une partie des emplois et lorsque ces entreprises souhaitent accepter une offre de reprise dans les conditions mentionnées à l'article L.1233-57-19, les dispositions de l'article L.1224-1 relatives au transfert des contrats de travail ne s'appliquent que dans la limite du nombre des emplois qui n'ont pas été supprimés à la suite des licenciements, à la date d'effet de ce transfert».

2 - Périmètre d'appréciation des difficultés économiques :

Suivant une jurisprudence constante, le périmètre d'appréciation du motif économique est celui de l'entreprise si cette dernière n'appartient pas à un groupe ; lorsque l'entreprise appartient à un groupe, le bien-fondé de la réorganisation, qu'elle soit justifiée par des difficultés économiques ou par la nécessité de sauvegarder la compétitivité, s'apprécie au niveau du secteur d'activité du groupe auquel elle appartient.

Dans l'avant-projet de loi, il était prévu que « la matérialité de la suppression, de la transformation d'emploi ou de la modification d'un élément essentiel du contrat de travail s'apprécie au niveau de l'entreprise » et que « L'appréciation des difficultés économiques, des mutations technologiques ou de la nécessité d'assurer la sauvegarde de sa compétitivité s'effectue au niveau de l'entreprise si cette dernière n'appartient pas à un groupe et, dans le cas contraire, au niveau du secteur d'activité commun aux entreprises implantées sur le territoire national du groupe auquel elle appartient. »

Cette disposition, écartant du périmètre d'appréciation des difficultés économiques ou de la menace sur la compétitivité, lorsque l'entreprise appartient à un groupe multinational, l'ensemble des filiales relevant du même secteur d'activité mais

situées à l'étranger, a été maintenue par la commission des lois de l'Assemblée nationale, malgré toutes les critiques dont elle faisait l'objet. Elle permettait de justifier les licenciements prononcés pour délocaliser une filiale implantée en France après avoir créé artificiellement ses difficultés - en augmentant les redevances dues au groupe ou en cessant d'alimenter son activité - et ce, alors même que le groupe dégage des profits dans le reste du monde dans le même secteur d'activité.

En supprimant in extremis du projet soumis au vote bloqué de l'Assemblée nationale le dernier alinéa de l'article 30, le gouvernement est revenu à l'état du droit antérieur résultant d'une jurisprudence bien ancrée depuis 1995 : les difficultés économiques doivent être appréciées au niveau du secteur d'activité du groupe auquel appartient l'entreprise.

Titre V : Réforme de la médecine du travail et inaptitude physique

Le gouvernement avait déjà tenté cette réforme dans la loi Macron, mais avait dû reculer face au tollé des médecins du travail.

Par réécriture des articles L.4624-1 et L.4624-2, des missions essentielles du médecin du travail pourront être assurées par des non-médecins ou des médecins non spécialistes. Le médecin du travail reste seul compétent pour la surveillance médicale spéciale (article L.4624-2) et, surtout, pour les avis d'inaptitude, lesquels peuvent être assortis de l'appréciation d'une impossibilité de reclassement (article L.1226-20 alinéa 2, par exemple). Voilà de quoi renforcer l'impression déjà répandue parmi les salariés que le médecin du travail est là pour valider leur licenciement ...

A - Visite médicale d'embauche et suivi médical des salariés

« Tout travailleur bénéficie, au titre de la surveillance de l'état de santé des travailleurs prévue à l'article L.4622-2, d'un suivi individuel de son état de santé assuré par le médecin du travail et, sous l'autorité de celui-ci, par les autres professionnels de santé membres de l'équipe pluridisciplinaire mentionnée à l'article L.4622-8 qu'il anime et coordonne, notamment le collaborateur médecin mentionné à l'article L.4623-1 et l'infirmier. Ce suivi comprend une visite d'information et de prévention effectuée après l'embauche par l'un des professionnels de santé mentionnés au premier alinéa du présent article. Cette visite donne lieu à la délivrance d'une attestation. Un décret en Conseil d'État fixe le délai de cette visite. Le modèle de l'attestation est défini par arrêté. Les modalités et la périodicité de ce suivi prennent en compte les conditions de travail, l'état de santé et l'âge du travailleur, ainsi que les risques professionnels auxquels il est exposé » (L.4624-1).

Ainsi l'examen médical d'embauche n'est plus nécessairement effectué par le médecin du travail, ni même par un médecin. Il se limite à une « visite d'information et de prévention ». La visite médicale biennale obligatoire disparaît au profit d'une périodicité « à la carte », mais le texte ne précise pas qui, et à quel moment, décide de la périodicité que justifient « les conditions de travail, l'état de santé et l'âge du travailleur [la « résistance physique » a disparu] ainsi que les risques professionnels auxquels il est exposé », alors qu'il ne bénéficie plus d'une véritable visite médicale d'embauche...

Cette mise en cause du suivi médical des salariés est particulièrement grave, à une époque où les troubles musculo-squelettiques et les pathologies liées au stress se sont répandus au point qu'aucun salarié n'est à l'abri. La progression d'un « mal de dos », d'abord bénin mais aggravé par les conditions de travail, conduira à une déclaration d'inaptitude définitive, alors qu'un suivi médical régulier aurait permis de le déceler à temps et de proposer des solutions ergonomiques ou un changement de poste.

Cette réforme n'est pas sans conséquences, non plus, en termes de santé publique, les visites médicales ayant un effet préventif en permettant parfois de détecter des maladies contagieuses et de limiter, ainsi, les risques d'épidémie.

Le médecin du travail n'est plus tenu d'établir un rapport annuel d'activité. Ce rapport était pourtant très utile aux institutions représentatives du personnel, notamment les CHSCT, qu'il alertait en cas d'aggravation de certains indicateurs (nombre de visites, nombre d'accidents du travail) et auxquels il fournissait des éléments pour demander à l'employeur de prendre les mesures nécessaires.

La visite médicale d'embauche demeure pour les salariés affectés à des postes présentant des risques particuliers (article L.4624-2) :

« I.- Tout travailleur affecté à un poste présentant des risques particuliers pour sa santé ou sa sécurité ou pour celles de ses collègues ou des tiers évoluant dans l'environnement immédiat de travail bénéficie d'un suivi individuel renforcé de son état de santé. Ce suivi comprend notamment un examen médical d'aptitude, qui se substitue à la visite d'information et de prévention prévue à l'article L.4624-1.

II.- L'examen médical d'aptitude permet de s'assurer de la compatibilité de l'état de santé du travailleur avec le poste auquel il est affecté, afin de prévenir tout risque grave d'atteinte à sa santé ou sa sécurité ou à celles de ses collègues ou des tiers évoluant dans l'environnement immédiat de travail. Il est réalisé avant l'embauche et renouvelé périodiquement. Il est effectué par le médecin du travail, sauf lorsque des dispositions spécifiques le confient à un autre médecin ».

Un amendement intégré au texte définitif prévoit le même suivi médical « renforcé » pour les travailleurs handicapés ou titulaires d'une pension d'invalidité.

« Le médecin du travail peut proposer, par écrit et après échange avec le salarié et l'employeur, des mesures individuelles d'aménagement, d'adaptation ou de

transformation du poste de travail ou des mesures d'aménagement du temps de travail justifiées par des considérations relatives notamment à l'âge ou à l'état de santé physique et mental du travailleur » (article L.4624-3).

« Après avoir procédé ou fait procéder par un membre de l'équipe pluridisciplinaire à une étude de poste et après avoir échangé avec le salarié et l'employeur, le médecin du travail qui constate qu'aucune mesure d'aménagement, d'adaptation ou de transformation du poste de travail occupé n'est possible et que l'état de santé du travailleur justifie un changement de poste déclare le travailleur inapte à son poste de travail. L'avis d'inaptitude rendu par le médecin du travail est éclairé par des conclusions écrites, assorties d'indications relatives au reclassement du travailleur» (article L.4624-4).

Les mesures que le médecin du travail peut demander à l'employeur de prendre pour préserver à la fois la santé du salarié et son emploi se limitent au poste de travail occupé et ne comportent plus, comme l'ancien article L.4624-1, de mutations pouvant impliquer un échange de poste avec un collègue.

Autre restriction : il n'est plus proposé la transformation de postes (au pluriel), mais seulement celle du poste occupé par le salarié en cause.

Le médecin du travail doit désormais se préoccuper non seulement de la santé du salarié qu'il reçoit et de ses collègues, mais éviter « tout risque manifeste d'atteinte à la sécurité des tiers évoluant dans l'environnement immédiat de travail », ce qui revient à lui demander de faire de la sélection. Le licenciement pour inaptitude, vécu en période de chômage de masse comme une sanction, pourra intervenir en cas de simple « risque » d'atteinte à la sécurité des tiers (fournisseurs, clients, public...) pour des événements dont le médecin du travail estimera, peut-être sur la suggestion de l'employeur, qu'ils risquent de se produire. Les salariés, toujours prêts à soupçonner une collusion entre le médecin du travail et les employeurs qui le paient, directement ou indirectement (service interentreprises), vont être incités à lui délivrer le moins d'informations possible ...

Il est certain que les médecins du travail sont surchargés et le projet de loi commande par ailleurs (article 44 ter) une étude sur les moyens de rendre la profession plus attractive. Mais la solution ne consiste pas à réduire leurs missions, soit en les faisant disparaître, soit en les confiant à des professionnels moins qualifiés et donc moins onéreux, et à instaurer une médecine du travail au rabais.

B - Visite médicale de reprise (article L.1226-2)

La nouvelle rédaction du 1^{er} alinéa de l'article L.1226-2 laisse supposer que la visite médicale de reprise, au cours de laquelle le médecin du travail se prononce sur l'aptitude du salarié à reprendre son emploi, pourrait avoir lieu non plus « à l'issue » d'un arrêt de travail pour maladie ou accident non professionnels, mais pendant cet arrêt de travail, alors que la suspension de son contrat de travail est en cours.

En l'état des textes actuels le licenciement ne peut être prononcé au cours d'une suspension du contrat de travail liée à l'état de santé du salarié que si son absence prolongée ou répétée perturbe le fonctionnement de l'entreprise ou du service au point de rendre nécessaire son remplacement définitif. Avec la réforme, il va au contraire devenir possible de le licencier avant même que son état de santé soit consolidé, au seul motif anticipé d'une inaptitude future et de l'impossibilité prévisible de le reclasser.

L'alinéa 1er de l'actuel article L.1226-8 (« Lorsque, à l'issue des périodes de suspension définies à l'article L.1226-7, le salarié est déclaré apte par le médecin du travail, il retrouve son emploi ou un emploi similaire assorti d'une rémunération au moins équivalente ») est par ailleurs complété par les mots suivants: «...sauf dans les situations mentionnées à l'article L.1226-10 ». Cette nouvelle rédaction paraît impliquer que la visite médicale faisant suite à un arrêt pour accident du travail ou pour maladie professionnelle ne soit plus obligatoire. Le salarié, est-il dit, retrouve son emploi, sauf s'il est inapte. Mais le nouvel article L.1226-10 ne liant plus la déclaration d'inaptitude à la reprise du travail, la conclusion que la visite de reprise ne serait plus obligatoire est ainsi confortée. La nouvelle rédaction du premier alinéa de l'article L.1226-15, qui supprime la référence à la déclaration d'aptitude, va dans le même sens.

C - Inaptitude physique

1- Inaptitude à l'emploi ou inaptitude au poste ?

A l'article L.1226-10, l'inaptitude « à l'emploi » est remplacée par le critère plus restrictif d'inaptitude « au poste ».

A l'époque où ont été construites les qualifications, basées sur des métiers et inscrites dans les grilles de classification, la notion de « poste » correspondait à des caractéristiques précises. Quand le patronat a mis en avant la flexibilité et la polyvalence, les métiers et les grilles ont été délaissés, les « qualifications », collectives, ont été remplacées par des « compétences » individuelles et l'embauche s'est faite sur un « emploi » plutôt que sur un poste, lié à une rémunération conventionnelle.

En réintroduisant la notion de « poste » le projet de loi facilite le licenciement des salariés devenus inaptes, l'inaptitude liée aux caractéristiques spécifiques du poste ne pouvant être compensée par une éventuelle aptitude au même emploi sur un poste différent.

2 - Aptitude ou capacité ?

La nouvelle rédaction de l'article L.1226-10 alinéa 2 abolit la distinction juridique entre l'aptitude, notion médicale confiée à l'inspecteur du travail, et la capacité,

intégrant également l'appréciation des compétences professionnelles du salarié, qui relève de l'employeur sous le contrôle du juge.

L'employeur adresse en effet au salarié une proposition de reclassement prenant en compte les indications que le médecin formule sur sa « capacité » (et non plus sur son « aptitude ») à exercer l'une des tâches existant dans l'entreprise.

« Dans les entreprises d'au moins 50 salariés » (pourquoi cette restriction ?) le médecin du travail formule également des indications sur « les capacités » (et non sur l'aptitude) du salarié à bénéficier d'une formation « le préparant à occuper un poste adapté ».

3 - Reclassement du salarié inapte :

L'article 44 du projet de loi introduit un article L.1226-2-1 nouveau ainsi rédigé : «Lorsqu'il est impossible à l'employeur de proposer un autre emploi au salarié, il lui fait connaître par écrit les motifs qui s'opposent à son reclassement.

L'employeur ne peut rompre le contrat de travail que s'il justifie soit de son impossibilité de proposer un emploi dans les conditions prévues à l'article L. 1226-2, soit du refus par le salarié de l'emploi proposé dans ces conditions, soit de la mention expresse dans l'avis du médecin du travail que tout maintien du salarié dans un emploi serait gravement préjudiciable à sa santé ou que l'état de santé du salarié fait obstacle à tout reclassement dans un emploi.

L'obligation de reclassement est réputée satisfaite lorsque l'employeur a proposé un emploi, dans les conditions prévues à l'article L. 1226-2, en prenant en compte l'avis et les indications du médecin du travail ».

En l'état actuel des textes l'employeur a l'obligation de proposer au salarié devenu inapte tous les postes susceptibles de lui convenir. Avec cette nouvelle disposition il lui suffirait désormais de lui proposer un seul poste, dont le refus justifiera le licenciement du salarié inapte alors même que d'autres postes seraient disponibles. Il ne s'agit plus d'une véritable recherche de reclassement, mais d'une obligation purement formelle de proposer un seul poste.

Par ailleurs, alors que la loi Rebsamen avait déjà étendu la possibilité de rompre le contrat de travail du salarié inapte au cas où le médecin du travail déclare expressément que « tout maintien du salarié dans l'entreprise serait gravement préjudiciable à sa santé (article L.1226-12), il en sera de même lorsque le médecin mentionnera que l'état de santé du salarié fait « obstacle à tout reclassement dans l'entreprise ».

4 - Recours contre la décision d'aptitude ou d'inaptitude

Selon les nouveaux articles L.4624-6 et 7: « L'employeur est tenu de prendre en considération les avis d'aptitude ou d'inaptitude, les propositions, conclusions écrites et indications du médecin du travail. En cas de refus, l'employeur fait connaître au

travailleur et au médecin du travail les motifs qui s'opposent à ce qu'il y soit donné suite.

En cas de difficulté ou de désaccord du salarié ou de l'employeur avec les propositions, les conclusions écrites, les indications et les avis d'aptitude ou inaptitude émis par le médecin du travail en application des articles L. 4624-2 à L. 4624-4, l'employeur ou le salarié peut saisir le conseil de prud'hommes, statuant en la forme des référés, d'une demande de désignation d'un médecin-expert inscrit sur la liste des experts près la cour d'appel. Il en informe l'autre partie. L'avis de l'expert se substitue à l'avis du médecin du travail ».

En l'état actuel du texte, le recours est exercé devant l'inspecteur du travail, qui prend sa décision «après avis du médecin inspecteur du travail » (article L.4624-1, alinéa 3).

Pour qui connaît la pratique des médecins experts auprès des cours d'appel (long délai pour rendre leur rapport, bonne connaissance des pratiques médicales pour les questions de responsabilité médicale, mais méconnaissance totale ou quasi des milieux de travail), il y a tout lieu d'être inquiet de l'éviction du médecin inspecteur du travail (MIRT). Ceux qui occupent ces fonctions ont généralement une expérience antérieure de médecin du travail et se déplacent dans les entreprises (ne serait-ce que pour contrôler l'installation des services de médecine du travail). En cas de désaccord sur l'aptitude ou l'inaptitude d'un salarié, leur avis est rendu dans un délai bref, et gratuitement. Or le projet de loi ne dit rien sur la prise en charge des honoraires de l'expert.