

FIL D'ACTUALITE

Conformément aux annonces faites lors de la campagne présidentielle, le nouveau gouvernement lance la réforme du code du travail par le biais de cinq ordonnances datées du 22 septembre 2017 et publiées le 23 septembre 2017. Deux idées force s'en dégagent : d'une part, la transformation du dialogue social, d'autre part, une plus grande sécurisation des relations de travail.

Dans cette newsletter, LSC revient sur les points clés d'application immédiate concernant les relations individuelles de travail.

LICENCIEMENT

Les mesures suivantes sont applicables aux licenciements prononcés postérieurement à la publication de l'ordonnance, soit aux licenciements prononcés depuis le 24 septembre 2017.

Motivation du licenciement

Désormais, si le salarié à qui le licenciement a été notifié n'a pas demandé à l'employeur de préciser les motifs invoqués dans la lettre de licenciement et que le juge caractérise par la suite une insuffisance de motivation, celle-ci ne privera plus à elle seule le licenciement de cause réelle et sérieuse. Cette irrégularité ouvrira droit à une indemnité qui ne pourra pas excéder un mois de salaire (C. trav., art. L. 1235-2 mod.).

Par ailleurs, si le licenciement est insuffisamment motivé et est également dépourvu de cause réelle et sérieuse, le salarié sera indemnisé en fonction du barème obligatoire reproduit à l'article L. 1235-3 du code du travail (C. trav., art. L. 1235-2). En d'autres termes, les deux indemnités ne se cumuleront pas. L'indemnité versée au salarié pour réparer le licenciement abusif inclura l'indemnité prévue pour insuffisance de motivation.

Enfin, selon la Cour de cassation, en cas de pluralité de motifs de licenciement, si l'un des griefs invoqués par l'employeur porte atteinte à une liberté ou à un droit fondamental, le licenciement est automatiquement entaché de nullité (Cass. soc., 3 févr. 2016). L'ordonnance précise que la nullité encourue de la rupture ne dispense pas le juge d'examiner l'ensemble des griefs, pour en tenir compte, le cas échéant, dans l'évaluation de l'indemnité qu'il allouera au salarié (C. trav., art. L. 1235-2-1 nouv.).

Autrement dit, en présence de plusieurs motifs de licenciement dont l'un est illicite, le juge peut

désormais, si les autres motifs de licenciement lui paraissent justifiés, minorer le montant de l'indemnité pour licenciement nul. Concrètement, il pourra se contenter d'octroyer au salarié l'indemnité minimale de 6 mois de salaire.

Indemnité légale de licenciement

L'indemnité légale de licenciement (économique ou non économique) est désormais allouée à tout salarié en contrat à durée indéterminée ayant au moins 8 mois d'ancienneté ininterrompus au service du même employeur (contre 12 mois auparavant) (C. trav., art. L. 1234-9 mod.).

Elle est aussi revalorisée par décret applicable à compter du 27 septembre 2017 (R. 1234-1, R. 1234-2 et R. 1234-4 du code du travail) :

- le calcul de l'indemnité tient compte des années de service et des mois de travail accomplis au-delà des années complètes. En cas d'année incomplète, l'indemnité est calculée proportionnellement au nombre de mois complets ;
- le taux de l'indemnité correspond à : 1/4 de mois de salaire par année d'ancienneté pour les années jusqu'à 10 ans ; 1/3 de mois pour les années à partir de 10 ans ;
- la rémunération constituant la base de calcul de l'indemnité légale est, selon la formule la plus avantageuse pour le salarié : soit la moyenne mensuelle des 12 derniers mois précédant le licenciement, ou lorsque la durée de service du salarié est inférieure à 12 mois, la moyenne mensuelle de la rémunération de l'ensemble des mois précédant le licenciement, soit le tiers des 3 derniers mois.

Les primes ou gratifications de caractère annuel ou exceptionnel versées au salarié pendant cette période ne sont prises en compte que dans la limite du prorata. (C. trav. art. R. 1234-2 mod.)

Indemnisation du licenciement : barème obligatoire

Le référentiel indicatif d'indemnisation institué par la loi « Macron » du 6 août 2015 en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse est aujourd'hui remplacé par un barème obligatoire, qui comprend des montants minimaux et maximaux d'indemnisation par année d'ancienneté (C. trav., art. L. 1235-3 mod.).

Ainsi, les salariés bénéficiant d'au moins 2 ans d'ancienneté et travaillant dans une entreprise d'au moins 11 salariés ne pourront plus, en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, tabler sur un minimum de 6 mois de salaire brut. Ce minimum est à leur égard réduit à 3 mois à compter de 2 ans d'ancienneté et n'augmente plus par la suite, quelle que soit l'ancienneté.

A titre d'exemple, le plafond d'indemnisation est fixé à :

- 3,5 mois pour une ancienneté de 2 ans ;
- 10 mois pour une ancienneté de 10 ans ;
- 20 mois pour une ancienneté d'au moins 29 ans.

Un barème spécifique est prévu pour les entreprises de moins de 11 salariés.

Ces barèmes s'appliquent aussi en cas de résiliation judiciaire du contrat aux torts de l'employeur, ou en cas de prise d'acte justifiée, puisque le salarié bénéficie, notamment dans ces cas, de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse (C. trav., art. L. 1235-3-2 nouv.).

Contentieux du licenciement

Si le juge constate une irrégularité de forme dans la procédure de licenciement (sont notamment visées les irrégularités afférentes à l'entretien préalable : lettre de convocation, assistance du salarié, exposition des motifs lors de l'entretien), il accordera au salarié une indemnité qui ne pourra être supérieure à un mois de salaire.

Cette sanction est applicable aussi bien (C. trav., art. L. 1235-2 mod.):

- aux irrégularités de forme commises au cours de la procédure d'un licenciement pour motif personnel ;
- qu'à celles commises au cours d'un licenciement individuel pour motif économique ou au cours d'un petit licenciement collectif (licenciement de moins de 10 salariés dans une même période de 30 jours).

Elle est désormais également applicable aux entreprises de moins de 11 salariés et aux salariés ayant moins de 2 ans d'ancienneté dans l'entreprise (C. trav., art. L. 1235-5 mod.).

Par ailleurs, le délai de prescription pour saisir le Conseil de Prud'hommes est désormais différencié : le délai d'une action en justice portant sur l'exécution du contrat de travail se prescrit toujours par 24 mois alors que celui d'une action portant sur la rupture du contrat de travail se prescrit désormais par 12 mois à compter de la notification de cette dernière (C. trav., art. L. 14711, al. 2).

LICENCIEMENT ECONOMIQUE

Périmètre d'appréciation du motif économique

Lorsqu'une entreprise n'appartient pas à un groupe, la réalité du motif économique à l'origine de sa décision de licencier s'apprécie au niveau de l'entreprise uniquement. Cette restriction du périmètre d'appréciation des difficultés économiques remet en cause la jurisprudence de la Cour de cassation depuis l'arrêt Vidéocolor (Cass. soc., 5 avr. 1995).

La notion de groupe est précisée pour l'adapter à la limitation du périmètre d'appréciation du motif économique au niveau national. Lorsque le siège social de l'entreprise dominante est situé sur le territoire français, le groupe est constitué de cette entreprise dominante et des entreprises qu'elle contrôle, conformément au I de l'article L.2331-1 du code du travail relatif au comité de groupe. Si le siège social est à l'étranger, le groupe est constitué par l'ensemble des entreprises implantées sur le territoire français (C. trav., art. L.1233-3 nouv.).

Le gouvernement reprend, en l'adaptant, la définition « capitalistique » donnée par la Cour de cassation dans son arrêt du 16 novembre 2016

(Cass. soc., 16 nov. 2016), selon laquelle : « la cause économique d'un licenciement s'apprécie au niveau de l'entreprise ou, si celle-ci fait partie d'un groupe, au niveau du secteur d'activité du groupe dans lequel elle intervient. Le périmètre du groupe à prendre en considération à cet effet est l'ensemble des entreprises unies par le contrôle ou l'influence d'une entreprise dominante dans les conditions définies à l'article L. 2331-1 du code du travail, sans qu'il y ait lieu de réduire le groupe aux entreprises situées sur le territoire national ».

Par ailleurs, l'article L. 1233-3, modifié par l'ordonnance précitée, apporte une définition du secteur d'activité permettant d'apprécier la cause économique du licenciement. Ainsi, le secteur d'activité retenu pour apprécier les difficultés économiques d'une entreprise est caractérisé « notamment par la nature des produits des biens ou services délivrés, la clientèle ciblée, les réseaux et modes de distribution se rapportant à un même marché ».

Il ne s'agit pas d'une véritable définition légale. Le gouvernement n'a fait que reprendre les éléments que la jurisprudence a identifiés comme pouvant constituer un faisceau d'indices pour déterminer le secteur d'activité (Cass. soc., 19 mars 2002).

Obligation de reclassement précisée

Dans un souci d'harmonisation et de sécurisation, l'article 16 de l'ordonnance reprend la même définition du groupe que celle retenue pour apprécier le motif économique du licenciement: il s'agit de la notion de groupe au sens du comité de groupe (C. trav. art. L.2331-1, I) (v. ci-avant). Reprenant la jurisprudence de la Cour de cassation, il est précisé qu'au sein du groupe il convient d'étendre la recherche parmi les entreprises «dont l'organisation, les activités ou le lieu d'exploitation assurent la permutation de tout ou partie du personnel».

Les modalités de proposition de l'offre de reclassement sont assouplies. L'article L. 1233-4 du code du travail dans sa nouvelle rédaction crée une option au bénéfice de l'employeur qui pourra : – soit adresser de manière personnalisée les offres de reclassement à chaque salarié ; – soit diffuser par tout moyen une liste des postes disponibles à l'ensemble des salariés. En d'autres termes, l'employeur peut satisfaire à son obligation en diffusant une liste de postes disponibles sur l'intranet de l'entreprise ou en l'envoyant à tous les salariés concernés.

Enfin, la faculté offerte au salarié de demander à l'employeur de recevoir des offres de reclassement dans les établissements de l'entreprise ou du groupe qui sont situés hors du territoire national est supprimée. La recherche d'un reclassement à l'étranger disparaît en tant qu'obligation légale sanctionnée par une absence de cause réelle et sérieuse du licenciement en cas de défaillance de l'employeur.

Harmonisation du périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements

L'article 18 de l'ordonnance précitée étend aux entreprises de plus de 50 salariés qui licencient moins de 10 salariés, et qui ne sont donc pas soumises à l'obligation d'élaborer un PSE, la possibilité de limiter le périmètre d'application des critères d'ordre de licenciement à minima à celui de la zone d'emploi et non à celui de l'entreprise comme c'est actuellement le cas. L'objectif poursuivi par le gouvernement « est d'éviter que des licenciements programmés sur une zone d'emploi ne viennent concerner par application des critères d'ordre des licenciements, des salariés de la même entreprise qui seraient employés dans d'autres zones d'emplois ».

Les règles applicables sont les suivantes (C. trav., art. L. 1233-5 mod.) :

– licenciement collectif d'au moins 10 salariés dans une même période de 30 jours : possibilité pour l'entreprise, quelle que soit sa taille, de définir par accord collectif un périmètre géographique inférieur à la zone d'emploi (C. trav., art. L. 1233-5 mod.) (cette possibilité n'était jusqu'à présent ouverte qu'aux entreprises de plus de 50 salariés.)

– licenciement collectif de moins de 10 salariés sur une même période de 30 jours : le périmètre d'application des critères d'ordre peut aussi être restreint en l'absence d'accord mais de manière encadrée. Le périmètre défini ne peut en effet être inférieur à celui de chaque zone d'emploi.

Mise en place du Comité Social et Economique (CSE) et conséquences en matière de licenciement économique

L'article 20 de l'ordonnance envisage les conséquences de la mise en place du CSE sur les dispositions relatives au licenciement pour motif économique. Ainsi :

- pour tout licenciement collectif, l'employeur adresse aux représentants du personnel, avec la convocation à la réunion sur le projet de licenciement économique, tous renseignements utiles sur ce projet dont, «le cas échéant, les conséquences des licenciements projetés en matière de santé, de sécurité ou de conditions de travail» (C. trav., art.L.1233-10, L.1233-24-2 et L.123331 mod.);
- en cas de licenciement collectif de moins de 10 salariés sur une même période de 30 jours, il est précisé que le CSE rend « son avis dans un délai qui ne peut être supérieur, à compter de la date de sa première réunion au cours de laquelle il est consulté, à un mois. En l'absence d'avis dans ce délai, le CSE est réputé avoir été consulté » (C. trav., art. L. 1233-8 mod.) ;
- en cas de licenciement d'au moins 10 salariés dans une entreprise d'au moins 50 salariés, le CSE peut, le cas échéant sur proposition des commissions constituées en son sein, décider, lors de la première réunion, de recourir à une expertise pouvant porter sur les domaines économique et comptable ainsi que sur les effets potentiels du projet sur les conditions de travail. Les modalités et conditions de réalisation de l'expertise, lorsqu'elle porte sur un ou plusieurs des domaines, sont déterminées par un décret en Conseil d'État (C. trav., art. L. 1233-34 mod.).

INAPTITUDE AU TRAVAIL

Obligation de reclassement restreinte

La clarification de l'obligation de reclassement d'un salarié déclaré inapte, prévue par la loi d'habilitation du 15 septembre 2017, se traduit par la restriction du périmètre de la recherche de reclassement (C. trav., art. L. 1226-2 et L. 1226-10 mod.) :

- la recherche de reclassement se limite désormais au territoire national ;
- la notion de groupe déterminant le périmètre du reclassement est définie de manière plus restrictive qu'avant le 24 septembre 2017 : il est désormais fait référence au groupe tel qu'il est défini pour

le comité de groupe à l'article L. 2331-1, c'est-à-dire un groupe avec des liens capitalistiques.

Il est désormais inscrit dans le code du travail que la recherche de reclassement s'effectue dans les entreprises du groupe « dont l'organisation, les activités ou le lieu d'exploitation assurent la permutation de tout ou partie du personnel » (C. trav., art. L. 1226-2 et L. 1226-10 mod.).

Indemnité de licenciement majorée

Lorsque le licenciement est prononcé pour inaptitude non professionnelle, le salarié a droit à l'indemnité légale de licenciement de droit commun ou, si elle est plus favorable, à l'indemnité conventionnelle (Cass. soc., 24 avr. 2001). L'indemnité légale est égale, depuis le 27 septembre 2017, à 1/4 de mois de salaire par année d'ancienneté les 10 premières années et, comme auparavant à 1/3 de mois de salaire par année d'ancienneté à partir de 10 ans d'ancienneté (C. trav., art. R. 1234-2 mod. par D. no 2017-1398, 25 sept. 2017 : JO, 26 sept.).

Lorsque le licenciement est prononcé pour inaptitude professionnelle, l'indemnité de licenciement est égale au double de l'indemnité légale de droit commun, ou si elle est plus favorable à l'indemnité conventionnelle, sauf si le salarié a refusé sans motif légitime un poste de reclassement (C. trav., art. L.1226-14). L'augmentation de l'indemnité légale de droit commun (en deçà de 10 ans d'ancienneté) entraîne automatiquement une augmentation de l'indemnité légale de licenciement pour inaptitude d'origine professionnelle. L'indemnité doublée est égale à 1/2 mois de salaire par année d'ancienneté les 10 premières années et reste à 2/3 de mois de salaire par année d'ancienneté à partir de 10 ans d'ancienneté.

Indemnité minimale en cas de licenciement abusif

Avant l'ordonnance no 2017-1387 du 22 septembre 2017, lorsque le licenciement pour inaptitude d'origine professionnelle était prononcé en méconnaissance des dispositions relatives au reclassement, le salarié avait droit, lorsqu'il refusait sa réintégration, à une indemnité qui ne pouvait pas être inférieure à 12 mois de salaires (C. trav. anc., art.L.1226-15). Cette précision ayant été supprimée, il a droit désormais au montant minimal de l'indemnité octroyée par le

juge en cas de nullité du licenciement, soit 6 mois de salaire (C. trav., art. L. 1226-15 mod.).

TÉLÉTRAVAIL

Jusqu'à maintenant, l'employeur pouvait mettre en place le télétravail sans avoir à conclure un accord collectif ou à établir une charte au préalable. Un simple accord entre le salarié et l'employeur suffisait. Si les deux parties étaient d'accord, un avenant au contrat devait être signé et cet avenant était soumis aux dispositions du code du travail sur le télétravail. Depuis le 24 septembre 2017, le télétravail régulier « est mis en place dans le cadre d'un accord collectif, ou à défaut, dans le cadre d'une charte élaborée par l'employeur. » (C. trav., art. L. 1222-9 mod.).

Il en résulte qu'en l'absence d'accord collectif ou de charte sur le télétravail dans l'entreprise, il n'est pas possible de recourir au télétravail (à l'exception du télétravail occasionnel).

L'accord collectif ou, à défaut, la charte élaborée par l'employeur précise :

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

Lorsque le salarié demande à bénéficier du télétravail en application de l'accord collectif ou de la charte sur le télétravail applicable dans l'entreprise, l'employeur qui oppose un refus, alors que le salarié occupe un poste éligible au télétravail dans les conditions prévues par l'accord ou la charte, doit motiver sa réponse (C. trav., art. L. 1222-9 mod.).

Si l'employeur peut refuser d'octroyer le télétravail à un salarié pour des raisons objectives, il ne peut pas imposer à un salarié de télétravailler : même s'il est prévu par accord collectif ou une charte, le

télétravail repose sur le volontariat (C. trav., art. L. 1222-9) et nécessite l'accord du salarié.

En l'absence de charte ou d'accord collectif sur le télétravail, il est possible de recourir au télétravail de manière occasionnelle sur un simple accord entre le salarié et l'employeur. Cet accord est formalisé par tout moyen (C. trav., art.L.1222-9 mod.). Il peut s'agir d'un avenant au contrat sur papier mais aussi d'un courriel. En tout état de cause, il est important d'établir un moyen de preuve. Hormis les conditions de mise en place, le télétravail occasionnel rentre désormais dans le cadre juridique du télétravail «régulier ». Le télétravailleur, même occasionnel, a les mêmes droits que le télétravailleur régulier.

Notamment, il est désormais clairement précisé dans le code du travail que « l'accident survenu sur le lieu où est exercé le télétravail pendant l'exercice de l'activité professionnelle du télétravailleur est présumé être un accident de travail au sens des dispositions de l'article L. 411-1 du code de sécurité sociale ».

Enfin, jusqu'à maintenant, l'article L. 1222-10 du code du travail précisait : « l'employeur prend en charge les coûts découlant directement de l'exercice du télétravail, en particulier ceux liés aux matériels, logiciels, abonnements, communications et outils ainsi que les coûts liés à la maintenance de ceux-ci ». Cette obligation pour l'employeur de prendre en charge les coûts liés au télétravail a été supprimée de l'article L. 1222-10 du code du travail par l'article 21 de l'ordonnance no 2017-1387 du 22 septembre 2017. Cette suppression ne signifie pas pour autant que les coûts liés au télétravail sont transférés au télétravailleur.

Enfin, l'ordonnance ne règle pas le sort de la prise en charge de coûts au regard de la Sécurité sociale. A ce jour, ce sont les règles de droit commun d'assujettissement qui s'appliquent : pour être exonéré de cotisations, le remboursement des frais liés au télétravail nécessite en principe que l'employeur justifie qu'il s'agit de dépenses réelles, ce qui demande une gestion des factures laborieuse. L'employeur peut préférer verser une indemnité forfaitaire mensuelle au salarié. Mais si la valeur du remboursement ne peut être justifiée, l'indemnité sera considérée comme un complément de salaire soumis à cotisations sociales.

TRANSMISSION DES CDD ET CONTRAT D'INTERIM HORS DÉLAI

Afin de minorer les sanctions applicables aux simples irrégularités de forme, l'ordonnance 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et à la sécurisation des relations de travail modifie celle applicable en cas de transmission tardive, au salarié, du CDD ou du contrat d'intérim.

Jusqu'à présent, la jurisprudence considérait que celle-ci équivalait à une absence d'écrit entraînant la requalification du CDD en CDI (Cass. soc., 17 juin 2005, no 03-42.596 ; Cass. soc., 13 mars 2013, no 11-28.687). La même solution s'appliquait au contrat d'intérim (Cass. soc., 18 oct. 2006, no 05-40.339). S

L'article 4 de ce texte précise expressément que l'absence de transmission du contrat au salarié dans les 2 jours ouvrables suivant l'embauche n'entraîne pas la requalification en contrat à durée indéterminée. Mais désormais, elle ouvre droit, pour celui-ci, à une indemnité maximale d'un mois de salaire (C. trav., art. L.1245-1 et L.1251-40). Ces nouvelles règles sont applicables aux contrats conclus après le 24 septembre 2017.

CDI DE CHANTIER

L'article 30 de l'ordonnance 2017-1387 du 22 septembre 2017 introduit dans le code du travail un nouveau type de contrat à durée indéterminée : le contrat d'opération dit aussi CDI de chantier.

Seule une convention ou un accord de branche étendu (et non d'entreprise) pourra mettre en œuvre des contrats d'opération. Cet accord doit définir les conditions dans lesquelles il est possible de recourir à un contrat conclu pour la durée d'un chantier ou d'une opération. Toutefois, l'article 30 de l'ordonnance 2017-1387 prévoit qu'à défaut d'accord de branche étendu, le contrat de chantier peut être conclu dans les secteurs où son usage est habituel et conforme à l'exercice régulier de la profession qui y recourt au 1^{er} janvier 2017 (C. trav., art. L. 1223-8 créé). Il s'agit de permettre aux secteurs qui recourent déjà au contrat de chantier comme le BTP, la promotion immobilière, les entreprises du paysage, et du transport ferroviaire de continuer à conclure des CDI de chantier en application de leurs dispositions conventionnelles.

Le contrat d'opération est un contrat à durée indéterminée (C. trav., art. L. 1223-8). Par conséquent, les droits individuels et collectifs sont ceux de tous les salariés en CDI (période d'essai, durée du travail, rémunération, congés...).

Lorsque le chantier ou l'opération pour lequel le contrat a été conclu vient à se réaliser, l'employeur a la possibilité de licencier le salarié. La fin du chantier ou la réalisation de l'opération est une cause réelle et sérieuse de licenciement (C. trav., art. L. 1236-8 mod.).

Le licenciement pour fin de chantier est soumis à la procédure de licenciement pour motif personnel.

ABROGATION DES CONTRATS DE GÉNÉRATION

Ce dispositif spécifique d'incitation à l'embauche, centré sur les profils identifiés comme étant les plus fragiles face à l'emploi, est supprimé (Ord. 2017-1387, art. 9).

Ainsi, à compter du 24 septembre 2017, les employeurs ne peuvent plus bénéficier des aides financières y afférant ; les grandes entreprises et les PME n'ont plus l'obligation de négocier sur ce sujet et les grandes entreprises n'encourent plus de pénalité en cas de carence d'accord ou de plan d'action.

PRÉLÈVEMENT À LA SOURCE : REPORT AU 1^{ER} JANVIER 2019

L'ordonnance 2017-1390 du 22 septembre 2017 prévoit de décaler d'un an l'entrée en vigueur du prélèvement à la source de l'impôt sur le revenu afin de permettre au gouvernement d'évaluer et de tester le dispositif.