

Ordonnances: le contrat de travail n'est plus une protection

 mediapart.fr/journal/france/220917/ordonnances-le-contrat-de-travail-n-est-plus-une-protection

22 septembre 2017 Dan Israel

Et fatalement, la signature. Après plusieurs mois d'annonces et de débats, Emmanuel Macron a paraphé, devant les caméras ce vendredi 22 septembre, les ordonnances réformant le droit du travail, juste après qu'elles ont été présentées en conseil des ministres. Elles ont été publiées au *Journal officiel* dans la foulée. Certaines mesures seront applicables immédiatement, d'autres attendront la publication, dans les semaines ou mois à venir, des décrets qui préciseront leur portée ou leurs modalités d'application.

Depuis [la présentation officielle](#) des mesures par le premier ministre, le 31 août, elles n'ont pas évolué. Mais les trois semaines qui se sont écoulées ont permis d'affiner l'analyse sur l'impact – majeur – qu'elles auront sur le droit du travail français. À commencer par les changements importants qui vont toucher les relations entre les salariés et leurs employeurs, et l'affaiblissement réel du rôle protecteur du contrat de travail.

Une fois les ordonnances en place, on peut s'attendre à une montée en puissance progressive de contrats plus précaires et garantissant moins de droits et à des licenciements largement simplifiés pour l'employeur, même lorsqu'ils seront illégaux. Pour compenser cette hausse de la précarité des salariés, le gouvernement annonce depuis des semaines qu'il va revaloriser de 25 % les indemnités légales de licenciements, qui sont obligatoirement versées à tous les salariés licenciés (sauf en cas de faute grave ou lourde). Or, selon la version du décret [révélée par l'AEF](#), cette promesse ne vaudra en fait que pour des salariés ayant 10 ans d'ancienneté maximum. Pour les autres, rien ne bougera, comme [a dû le reconnaître](#) la ministre du travail Muriel Pénicaud, plaidant un « *manque de communication* ».

Pas de malentendu en revanche sur l'esprit général de la réforme impulsée par Emmanuel Macron, et sur laquelle s'est penché avec attention le syndicat des avocats de France (SAF). Le syndicat, qui regroupe un grand nombre de spécialistes du droit du travail travaillant exclusivement pour défendre les salariés, a livré ces derniers jours une analyse détaillée et sans concession des ordonnances. « *En additionnant toutes les mesures nouvelles, on aboutit à un retour en arrière en matière de contrat de travail et à une remise en cause de la finalité même du code du travail* », juge Judith Krivine, avocate membre du SAF. L'analyse du syndicat est à retrouver intégralement [sous l'onglet Prolonger](#) de cet article, mais aussi en grande partie [dans les mots d'Isabelle Teraud](#), membre du syndicat et invitée du dernier « Live » de Mediapart, qui alerte elle aussi sur la régression en germe.

- **CDD à répétition et pseudo CDI**

Mesure la plus symbolique de ce nouvel état d'esprit, où le droit du travail n'est plus pensé pour défendre prioritairement les travailleurs, mais pour « *sécuriser* » les pratiques des entreprises ? La porte ouverte à **une multiplication et à un allongement des contrats à durée déterminée**, ainsi que la légitimation d'un contrat à durée indéterminée au rabais, le CDI de chantier ou de mission. Jusqu'à aujourd'hui, les motifs de recours aux contrats à durée déterminée, ainsi que la façon de les utiliser pour les entreprises, étaient régis par une règle nationale unique. Selon [la loi actuelle](#), la durée totale d'un CDD sur le même poste ne peut pas dépasser 18 mois, et il ne peut pas être renouvelé plus d'une fois.

Une tradition intangible que le gouvernement fait voler en éclats. Chaque branche professionnelle peut désormais définir, dans le cadre des négociations qui s'y déroulent entre syndicats et patronat, la façon dont elle entend réguler l'emploi des contrats courts, notamment sur leur durée, leur renouvellement ou leur nombre total pour un même salarié. La seule règle qui s'applique désormais est fixée par la jurisprudence européenne : un CDD ne peut pas durer plus de 5 ans. Et dans cette période extrêmement longue, il pourra en théorie être renouvelé aussi souvent que l'employeur le jugera nécessaire, pour peu que les négociations au sein de la branche professionnelle l'autorisent.

« *En pratique, cela permettra aux employeurs d'embaucher un salarié pour un CDD d'un mois, et de le renouveler de mois en mois, si le salarié le satisfait* », avertit le SAF, qui s'interroge : « *Qu'en sera-t-il des*

dossiers de location d'appartement, des éventuelles demandes de crédits bancaires, ou encore de formation professionnelle en cours de carrière ? »

Question pertinente, d'autant plus si on intègre au paysage **la montée en puissance du CDI de chantier**, qui selon le syndicat des avocats « *est en réalité un CDD déguisé* », mais dépourvu de « *la protection légale du CDD* ». Les branches auront en effet la possibilité d'activer ce nouveau dispositif, dont nous avons [déjà détaillé les risques](#). Ce type de CDI n'est à durée indéterminée que sur le papier, puisqu'il permet de se séparer d'un salarié dès que le chantier ou le dossier qui lui aura été confié sera achevé.

Et il est d'autant plus intéressant pour l'employeur qu'il lui permet d'économiser la prime de précarité, obligatoirement versée en fin de CDD, qui équivaut à 10 % du montant de tous les salaires versés pendant le contrat. Le SAF donne l'exemple d'un salarié qui perdrait son emploi après un an dans l'entreprise, et dont le salaire brut serait de 2 000 euros brut par mois. Si le salarié quitte un CDD, l'entreprise devra lui verser 2 400 euros brut (environ 1 800 euros net). Mais si son contrat était un CDI de chantier, l'entreprise n'aurait à lui verser que les indemnités légales de licenciement, c'est-à-dire un quart de mois de salaire par année d'ancienneté... soit 500 euros net. Le calcul risque d'être vite fait.

- **La règle la moins favorable devient prééminente**

Autre remise en cause profonde du contrat de travail : les ordonnances entérinent le fait que **des mesures changeant complètement la nature de la rémunération ou des tâches d'un salarié pourront lui être facilement imposées**, même si elles sont moins favorables que ce qui est défini par son contrat ou par la convention collective dont il dépend. Ainsi, il est désormais possible pour une entreprise de négocier avec ses représentants syndicaux une baisse ou une disparition de toutes les primes (sauf celles concernant les travaux dangereux) ou de tous les avantages liés au travail, comme les congés spéciaux. Et ce, même s'ils sont prévus dans la convention collective.

« *C'est la norme la moins favorable qui va s'appliquer, c'est délirant !* », tempête Judith Krivine. Le professeur de droit du travail Pascal Lokiec, [interviewé ici par Mediapart](#), s'inquiète lui aussi que « *désormais, un accord d'entreprise peut prévoir une prime inférieure à celle prévue par l'accord de branche* ». Pour beaucoup d'entreprises, PME notamment, c'est la porte ouverte à des pressions venues de leurs donneurs d'ordre : on imagine aisément une grande entreprise exigeant de son sous-traitant une baisse de ses coûts salariaux. Un dumping social que Pascal Lokiec qualifie de « *phénomène Walmart* ».

Une autre manière de rogner sur les garanties accordées aux salariés devrait passer par **la généralisation des « accords de maintien de l'emploi »**. La loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 permettait déjà à l'employeur de signer avec les syndicats de l'entreprise des accords modifiant la durée du travail et la rémunération des salariés, en cas de « *graves difficultés conjoncturelles* ». La loi El Khomri de 2016 étendait ces accords dans le cas de la « *préservation de l'emploi* ». Les ordonnances étendent très largement ce cadre, puisque de tels accords pourront désormais être signés simplement pour « *répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise* », c'est-à-dire potentiellement dans n'importe quel cas. L'employeur pourra alors proposer un accord visant à modifier la durée du travail ou ses modalités d'organisation, la rémunération, où la mobilité professionnelle ou géographique. Soit presque tous les champs couverts normalement par un contrat de travail.

Pour le SAF, « *il faut également souligner aujourd'hui le recul considérable en matière de droits des salariés de disposer d'informations justifiant la mise en œuvre d'accords de cette nature* ». L'employeur n'aura plus l'obligation de transmettre aux syndicats « *toutes les informations nécessaires à l'établissement d'un diagnostic partagé* »...

De leur côté, plusieurs associations et porte-parole féministes [tirent l'alarme](#) : les remises en cause d'avantages, qui ne devraient pas tarder, risquent de **coûter particulièrement cher aux femmes**. Ces dernières sont déjà surreprésentées parmi les travailleurs à temps partiel contraint et dans les professions les plus précaires. Les renégociations à venir de certains avantages inscrits dans les conventions collectives, par exemple ceux entourant les congés maternité, devraient les concerner tout particulièrement. Quant à la mise en place de

clauses de mobilité ou de renégociations horaires, elles risquent aussi de mettre un peu plus en péril l'équilibre fragile entre leur emploi et les tâches domestiques qu'elles assument très largement.

Et que se passe-t-il si le salarié refuse les modifications de fait de son contrat de travail ? Sans surprise, il n'aura pas d'autre choix que d'être licencié, comme c'était déjà le cas auparavant. Mais **ses droits seront réduits encore davantage** : « *Jusqu'à présent, les modifications essentielles du contrat de travail devaient être signalées à chaque salarié par courrier recommandé, rappelle Judith Krivine. À partir d'aujourd'hui, l'entreprise aura le loisir d'informer "par tout moyen", donc par exemple par voie d'affichage. Et le salarié n'aura qu'un mois à partir de ce délai pour signaler son refus. Même s'il était en vacances, il n'aura plus le droit de refuser plus tard.* »

Par ailleurs, en cas de licenciement suite à ce refus, l'employeur devait jusque-là respecter une « *obligation de reclassement* », notamment en adressant au salarié des offres d'emploi personnalisées au sein de son entreprise ou de son groupe. Cette obligation est très largement allégée : « *L'affichage d'une liste de tous les postes vacants sera suffisante* », critique Judith Krivine.

- **Les prud'hommes vidés de leur substance**

Lorsqu'un salarié estime qu'il n'a pas été licencié dans les règles, il ne lui reste plus qu'à saisir un conseil des prud'hommes. Mais avec les ordonnances, cette possibilité se réduit singulièrement, et devient brutalement beaucoup moins pertinente. **La mesure phare de la réforme consiste en un barème obligatoire**, précisant le montant des indemnités que les prud'hommes pourront accorder à un salarié licencié de manière illégale. Jusqu'à présent, pour un salarié justifiant d'au moins deux ans d'ancienneté, la somme allouée ne pouvait pas représenter moins de six mois de salaire. Ce plancher est désormais divisé par deux : trois mois minimum à partir de deux ans d'ancienneté, et un mois entre un an et deux ans.

Mais la grande nouveauté réside du côté du plafond : désormais, les tribunaux ne pourront pas allouer plus d'un certain montant, faible. Le maximum autorisé ne dépasse pas l'équivalent de 20 mois de salaire, à partir de 29 ans d'ancienneté. Ce barème ne s'appliquera toutefois pas en cas de licenciement qui violerait « *les libertés fondamentales* », notamment dans les cas de harcèlement ou de discrimination.

« *Il est à craindre que cette réforme ne conduise à des manifestations de violences au sein de l'entreprise et dans la société plus généralement* », pronostique carrément le SAF. Les avocats rappellent que jusqu'à aujourd'hui, les indemnités accordées par les prud'hommes dépendaient très largement de la situation personnelle du salarié viré illégalement : âge, situation familiale, état de santé, ancienneté, capacité à retrouver un emploi, etc. : « *Autant de situations qui nécessitent que le juge apprécie au cas par cas l'étendue du préjudice sans se contenter d'appliquer un barème qui n'a aucun sens sauf celui de sécuriser l'employeur !* »

Le SAF signale aussi un point passé trop inaperçu. Jusqu'à présent, le salarié pouvait cumuler plusieurs indemnités, sanctionnant diverses infractions portant sur le même licenciement. « *Tel ne sera plus le cas demain*, indique le syndicat. *Cela signifie que l'employeur peut commettre, non pas une, mais des violations de la loi, aussi nombreuses soient-elles et se verra pour autant sanctionné dans la limite du nouveau barème.* »

Cette baisse drastique des indemnités prud'homales s'accompagne **d'une réduction de la durée pour saisir les prud'hommes**. Pour rappel, avant 2008, le délai était de 30 ans. Il est passé à 5 ans en 2008, puis à 2 ans en 2013. Il est désormais d'un an.

- **La lettre de licenciement n'est plus l'ultime protection**

Les ordonnances modifient aussi **les règles gouvernant la rédaction de la lettre de licenciement**, que l'employeur doit adresser à son salarié. Il est fréquent que les prud'hommes condamnent une entreprise pour avoir mal rédigé ou motivé cette lettre. Le gouvernement, toujours dans une logique de « *sécurisation* », revient largement sur ces règles. Jusqu'à présent, l'employeur devait impérativement préciser pour quels motifs il licenciait, et ne pouvait plus avancer d'autres motifs ensuite. C'est terminé. L'employeur pourra désormais « *préciser ou compléter* » les griefs mentionnés dans la lettre, après qu'elle a été reçue. Étonnant... « *Les griefs de licenciement pourraient relever d'une litanie sans fin, au fur et à mesure que le salarié se défendrait et ferait*

tomber, comme dans un jeu de dominos, les reproches qui lui sont imputés », s'inquiète le SAF.

Par ailleurs, les ordonnances indiquent que ce sera au salarié de demander, par écrit, à l'entreprise de compléter ou de préciser les motifs de la lettre de licenciement s'il la juge incomplète ! Et même si l'employeur se fait condamner aux prud'hommes pour insuffisance de motivation, le juge ne pourra plus désormais que lui imposer de payer au salarié un mois de salaire supplémentaire. Jusque-là, ce simple motif pouvait conduire à déclarer illicite le licenciement. Pour le SAF, ces changements constituent sans conteste « *une grande régression dans la défense des droits des salariés* ».

- **L'arme du droit européen ?**

Au vu de tels bouleversements, se pose une question. Assurément simple, naïve peut-être, mais pas anodine : les transformations apportées par les ordonnances signées ce vendredi par Emmanuel Macron sont-elles légales ? Pour le Syndicat des avocats de France, la réponse est simple : dans certains cas, non. Son analyse repose sur les textes de l'Organisation internationale du travail, mais aussi et surtout sur un texte méconnu, [la Charte sociale européenne](#), qui dépend du Conseil de l'Europe. Regroupant 47 pays, dont les 28 États membres de l'Union européenne, l'institution de Strasbourg est surtout connue comme le dépositaire de la Convention européenne des droits de l'homme, qu'elle défend par les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, dont les décisions s'imposent aux États membres.

La Charte sociale européenne repose sur le même principe. [Son texte fondateur](#) liste les règles qui doivent protéger les travailleurs des pays signataires. La France l'a ratifiée en 1999. Or, selon le SAF, plusieurs dispositions récentes y contreviennent, et notamment à son article 24, qui s'intéresse au licenciement. D'abord, estime le SAF, il est problématique que (comme c'est le cas depuis la loi Macron de 2015) lorsqu'un salarié refuse la modification de son contrat de travail et est licencié, il le soit automatiquement pour cause réelle et sérieuse. C'est-à-dire sans recours possible devant les prud'hommes. La Charte précise pourtant « *qu'un travailleur qui estime avoir fait l'objet d'une mesure de licenciement sans motif valable* » doit avoir « *un droit de recours contre cette mesure* ».

Un autre point, tout nouveau celui-là, semble particulièrement épineux : le plafonnement des indemnités prud'homales. Le même article 24 de la Charte consacre en effet le « *droit des travailleurs licenciés sans motif valable à une indemnité adéquate* ». Or les ordonnances imposent aux prud'hommes de ne plus attribuer d'indemnités dépassant l'équivalent de 20 mois de salaire. Il se trouve que l'organe de contrôle de la Charte européenne a déjà eu à traiter d'un cas similaire, et qu'il a tranché contre le plafonnement. En septembre 2016, [la Finlande a été condamnée](#) par l'organe de contrôle de la charte pour avoir imposé un barème limitant à 24 mois maximum la réparation du préjudice de salariés licenciés illégalement. Le comité a précisé dans sa décision que « *l'indemnité adéquate* » au sens de l'article 24 correspond à « *des indemnités d'un montant suffisamment élevé pour dissuader l'employeur et pour compenser le préjudice subi par la victime* ». Il a considéré que le plafonnement « *ne suffit pas nécessairement à la réparation du préjudice subi par la victime car dans certaines hypothèses le préjudice sera plus élevé* », rappelle le SAF.

Cette décision et cette charte relativement obscures peuvent-elles être utilisées en droit français ? Absolument, comme l'a déjà jugé le Conseil d'État, la plus haute juridiction administrative hexagonale, dans une décision elle aussi méconnue. Dans [un arrêt du 10 février 2014](#), le Conseil d'État a précisément estimé que l'article 24 de la Charte sociale européenne pouvait « *être utilement* » évoqué devant les tribunaux français et que ses stipulations « *ne requièrent l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers* ». Autrement dit, qu'il pouvait être cité sans contrainte devant un juge, et qu'il devait s'appliquer.

Conclusion du SAF : « *Un recours pour excès de pouvoir (par exemple des organisations syndicales) devant le Conseil d'État sur l'absence de conformité du plafonnement à l'article 24 de la Charte européenne avant la ratification des ordonnances aurait des chances d'aboutir. Par la suite, il sera possible d'invoquer par voie d'exception la non-conformité de ce texte à la Charte européenne devant le juge judiciaire.* » Cette analyse donnera-t-elle trop d'espoirs aux opposants à la réforme ? Les contestations juridiques qui ne manqueront pas de fleurir pourraient-elles aboutir ? Les tribunaux ont de longues années devant eux pour répondre définitivement.