

# Les ordonnances travail peinent à produire

Deux ans après leur entrée en vigueur, salariés et entreprises ne se sont toujours pas saisis des nouvelles di-

ANNE-HÉLÈNE POMMIER  
@ahpommier1

**SOCIAL** Le premier bilan publié il y a un an était mitigé. Le comité d'évaluation mis en place dans la foulée de la publication des ordonnances travail estimait alors que, pour la plupart des mesures, il était trop tôt pour constater un impact. À quelques jours du 2<sup>e</sup> anniversaire de l'entrée en vigueur de la réforme de 2017 du code du travail, il semblerait que la situation n'ait guère évolué. N'en déplaise au ministère du Travail qui voit une conséquen-

caud dans le record d'embauches enregistré en 2018 (4 millions de CDI, contre 3,7 un an plus tôt), la plupart des dispositifs phare peinent à trouver leur place. Emmanuel Macron avait promis qu'on verrait les premiers effets au bout de 5 ans: on en est encore loin... La réforme avait pourtant été menée tambour battant. Tout juste, le président souhaitait, avec ce grand chantier social, dépoussiérer des normes mal adaptées à l'ère du numérique et lancer la fameuse «flexisécurité» à la française qui manquait tant à l'Hexagone. Au terme de quatre mois – et d'une centaine de séances de concerta-

tion avec les partenaires sociaux – les 117 mesures contenues dans les cinq ordonnances avaient globalement obtenu l'aval du patronat. Elles avaient en revanche fait descendre les syndicats (CGT, FSU, Solidaires et FO en bout de processus) dans la rue, mais sans les convaincre de s'unir.

## Élan stoppé net mercredi

Promulgué en septembre, l'ensemble des mesures entrait en vigueur fin décembre, avec la publication de 26 décrets d'application. Les entreprises découvraient alors le plafonnement du barème des indemnités prud'homales, la

transformation des instances représentatives du personnel, l'extension du champ de négociation, consultation directe des salariés dans les très petites entreprises, suppression de quatre critères de mesure de la pénibilité...

«Les entreprises ont surtout besoin de se concentrer sur le développement de leur activité et nous avons du mal à leur expliquer qu'elles doivent en plus se plier à un grand nombre de nouvelles obligations», explique Alexandra Sabbe-Ferri, fondatrice du cabinet Sagan Avocats. Si le plafonnement du barème prud'homal a contribué à réduire un peu plus le nombre de conten-

tieux, il a dans le même temps complexifié les cas qui arrivent sur le bureau des juges sans baisser en fine les temps d'instruction des saisines...

Les employeurs et les syndicats commencent en outre à peine à s'emparer des nouveaux outils tels que les accords de performance collective (APC) et les ruptures conventionnelles collectives (RCC), mais leur élan pourrait être stoppé net dès mercredi prochain. Selon les évaluations, 15 à 30% des entreprises n'ont en effet pas mis en place la nouvelle instance unique de représentation du personnel, le fameux CSE, interdisant de

## UNE RÉFORME EXPÉDIÉE

2 MARS 2017

Dans son programme, Macron annonce une réforme du code du travail par ordonnance

23 MAI 2017

Macron reçoit les partenaires sociaux et lance sa réforme

6 JUIN 2017

Philippe transmet la feuille de route de la réforme aux syndicats

2 AOÛT 2017

L'Assemblée vote la loi d'habilitation donnant à l'exécutif le droit de légiférer par ordonnances

31 AOÛT 2017

Ultime réunion avant la présentation des cinq projets d'ordonnances

12 SEPTEMBRE 2017

Journée de mobilisation à l'appel de la CGT contre les ordonnances

22 SEPTEMBRE 2017

Macron signe les ordonnances, publiées le lendemain au JO

29 MARS 2018

Promulgation de la loi de ratification des ordonnances

## GLOSSAIRE

### 1. CSE

Cette représentation du personnel est désormais l'interlocuteur de l'employeur pour toutes les négociations. Elle remplace les délégués du personnel (DP), les comités d'entreprise (CE) et les CHSCT.

## COMITÉ SOCIAL ET ÉCONOMIQUE

### Le compte n'y est pas

Au 1<sup>er</sup> janvier prochain, date butoir fixée par les ordonnances travail pour la mise en place des comités sociaux et économiques (CSE), de nombreuses entreprises vont du jour au lendemain se retrouver hors la loi. Leur nombre est difficile à évaluer du fait des différents degrés d'avancement dans la procédure. Mais selon les chiffres du ministère du Travail, 50 000 CSE auraient été installés ces deux dernières années, 21 000 seraient en cours de mise en place et 15% à 20% manqueraient à l'appel. Un nombre de CSE manquants sous-estimé pour les syndicats de salariés, opposés depuis le début à cette disposition des ordonnances, qui avancent plutôt le chiffre de 30% d'entreprises n'ayant à ce jour lancé aucune démarche.

L'obligation de mettre en place cette nouvelle instance représentative du personnel concerne l'ensemble des entreprises de plus de 11 salariés. Fusion des délégués du personnel (DP), des comités d'entreprise (CE) et, dans les structures de plus de 300 personnes, des comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT), le CSE doit devenir l'interlocuteur unique de la direction dans toutes les futures négociations. Le retard accumulé n'est donc pas sans conséquence. «Au 1<sup>er</sup> janvier, les anciennes instances du personnel n'auront plus de personnalité morale, ce qui signifie que sans CSE il ne peut plus y avoir de concertation et que si l'on signe un accord, il ne sera pas valable», prévient Philippe Portier, secrétaire national de la CFDT.

### Contrainte injustifiée

Pour l'employeur, pris en défaut alors qu'il était chargé de lancer la procédure, les sanctions étaient pourtant plutôt dissuasives. Ne pas mettre en place de CSE est passible d'un an d'emprisonnement et de 7500 euros d'amende. Du côté des syndicats, on reconnaît que, souvent, il n'y a pas eu de malveillance de la part des patrons. «Parfois, ils avaient face à eux une représentation du personnel qui fonctionnait très bien et ils n'ont pas vu l'urgence de la remettre à plat», explique Karen Gournay, de FO.

Pour l'avocate Alexandra Sab-

be-Ferri, le problème était surtout la date butoir. «Dans beaucoup d'entreprises, les précédentes élections professionnelles avaient eu lieu il y a peu de temps. Être obligé d'en organiser de nouvelles avant fin 2019 alors qu'on était à mi-mandat a été vécu comme une contrainte complètement injustifiée»,

explique la fondatrice du cabinet Sagan Avocats. «On aurait dû laisser les entreprises mettre en place les CSE en suivant leur rythme», confirme Pascal Priou, de l'Unsa, pour qui les syndicats bien élus lors du scrutin précédent n'ont pas fait pression sur la direction pour qu'elle en organise un nouveau.

Surtout que le nouveau CSE n'avait clairement pas le soutien des représentants des salariés: pour les syndicats, une seule instance à la place des DP, CE et CHSCT, cela signifie moins de mandats, moins d'heures de délégation, mais aussi des représentants du personnel moins spécialisés et donc moins armés pour défendre les salariés lors des négociations. «C'est normal que les syndicats crient au moins-disant social et qu'ils posent la question de la spécialisation. Mais cette nouvelle instance n'est-elle pas aussi plus efficace? Elle permet déjà à l'employeur de ne pas avoir à répéter les mêmes informations devant trois comités différents. Cela fait moins de réunions», assure Emmanuelle Barbara, grande prêtresse du social et associée chez August & Debouzy.

Quant à la spécialisation, ce n'est plus un impératif: beaucoup de problématiques sont transversales. «La santé au travail, par exemple, est un concept poreux. Il touche à la déconnexion, à l'égalité hommes-femmes, au handicap, au temps de travail... Notre époque veut que nous soyons plus généralistes», analyse Emmanuelle Barbara. Et l'avocate d'ajouter que le vrai problème avec le CSE est surtout la peur du changement.

La pratique semble d'ailleurs lui donner raison: outre les enthousiastes qui ont vu dans le CSE une opportunité de réduire leurs coûts syndicaux, la plupart des employeurs ont cherché à reproduire le modèle des précédentes instances représentatives, tandis que les élections ont attribué les mandats aux mêmes élus. ■ A.-H.P.



On va vers une remise en cause sans précédent du droit du travail

PHILIPPE MARTINEZ  
SECRETARE GÉNÉRAL DE LA CGT



C'est une occasion manquée, on ne fait pas assez confiance au dialogue social

LAURENT BERGER  
SECRETARE GÉNÉRAL DE LA CFDT



La réforme contient des éléments importants de régression sociale

JEAN-CLAUDE MAILLY  
EX-SECRETARE GÉNÉRAL DE LA CFDT

## INDEMNITÉS PRUD'HOMALES

### Le « barème Macron » déjà contourné par les salariés

C'est sans doute la mesure des ordonnances Pénicaud qui a fait couler le plus d'encre, et ce n'est pas terminé. Deux ans après son entrée en vigueur et malgré sa validation par la Cour de cassation, le « barème Macron », qui fixe des planchers et plafonds d'indemnités prud'homales en fonction de l'ancienneté, n'a pas réussi à dissiper le flou. En permettant aux entreprises de connaître à l'avance le montant des dommages et intérêts auxquels un salarié peut prétendre en cas de licenciement abusif, l'objectif du gouvernement était pourtant de rassurer les employeurs pour les encourager à embaucher en limitant les risques.

«Sur le principe, ce barème est un bon signal pour les entreprises et les investisseurs étrangers auxquels les prud'hommes faisaient très peur», reconnaît Anna Milleret-Godet, avocate chez Cohen & Gresser. Jusqu'à l'entrée en vigueur du dispositif, il n'existait en effet qu'une règle non écrite selon laquelle un mois de salaire était accordé pour un an d'ancienneté. «Désormais, on sait précisément que sept ans d'ancien-

neté donnent au minimum trois mois et au maximum huit mois, c'est plus clair», admet l'avocate. Sauf que dans la pratique les contournements ont rapidement été légion.

«Les juges du fond, et notamment les conseils de prud'hommes, n'en font qu'à leur tête et peuvent avoir une position contraire à la loi et à l'avis de la Cour de cassation! À Troyes, ils n'appliquent pas le barème, à Lyon non plus, mais il est appliqué à Paris et à Nanterre. En termes de sécurité juridique, cela se pose là», résume Alexandra Sabbe-Ferri, fondatrice de Sagan Avocats.

### Harèlement, nullité...

Le montant des indemnités pour licenciement abusif étant désormais plafonné, les salariés réclament de plus en plus en parallèle des dommages et intérêts supplémentaires en invoquant des situations de harcèlement ou de discrimination, voire la nullité du licenciement. Souvent avec le soutien des juges. «Quand on plaide le côté vexatoire du licenciement, les juges nous répondent qu'un licenciement est toujours vexatoire, ce qui est vrai.

Mais maintenant on obtient 1000 à 2000 euros supplémentaires», explique Alexandra Sabbe-Ferri.

Seule vertu reconnue au « barème Macron »: il a contribué à réduire le nombre de contentieux de façon significative (la baisse a commencé après la loi croissance de 2015 qui a durci les modalités de saisine des prud'hommes) et donc à sécuriser les employeurs. «Du point de vue de l'employeur comme du salarié, il est souvent préférable de transiger», explique Anna Milleret-Godet. Et ce, en raison des montants en jeu.

Alexandra Sabbe-Ferri estime quant à elle que les salariés avec peu d'ancienneté ont le plus à perdre. «Un salarié sans ancienneté ne cotte pas cher, donc on le licencie sans motif car on est prêt à payer le barème. C'est ce qu'on commence à appeler un licenciement Macron», assure l'avocate qui s'était fait un nom en développant un moteur de recherche qui permettait, avant le barème, d'estimer les indemnités à toucher en cas de poursuite aux prud'hommes pour licenciement abusif... ■ A.-H.P.



# leurs effets

## spositions du code du travail.

fait toute négociation à partir du 1<sup>er</sup> janvier. « Les résultats sont contrastés mais le problème n'est pas la loi, ce sont les partenaires sociaux qui n'ont pas su s'emparer des nouveaux outils. On a mis une Ferrari entre les mains des partenaires sociaux et il en ressort pour l'instant une voiture qui roule mais pas du tout comme une Ferrari », résume Emmanuelle Barbara, associée au cabinet August & Debouzy.

Si les ordonnances ont bousculé les référentiels en permettant au dialogue social de prendre l'ascendant sur la loi, personne n'a encore appris aux partenaires sociaux à en tirer pleinement profit... ■

**Le 22 septembre 2017, à l'Élysée, Emmanuel Macron signait les ordonnances travail en présence de Muriel Pénicaud, ministre du Travail.**

PHILIPPE WOJAZER/AFP



**DÉCRYPTAGE**  
**Marc Landré**  
mlandre@lefigaro.fr

N'en déplaise à la majorité, il n'y a pas eu de « grand soir » social ou d'émergence d'un nouveau monde après l'élection d'Emmanuel Macron, en 2017. Les ordonnances Pénicaud ont en effet finalisé un processus permanent de réformes sociales entamé au début des années 2000. On peut même dater le début de cet agissement de la fin du siècle dernier avec... les lois Aubry sur les 35 heures qui prévoyait déjà qu'un accord d'entreprise de réduction du temps du travail s'imposerait aux contrats individuels et qu'un salarié en refusant les termes pourrait être licen-

cié *sui generis*, c'est-à-dire pour un autre motif qu'économique.

Toutes les évolutions du droit du travail de ces vingt dernières années ont rendu possibles les ordonnances Pénicaud de 2017. La loi Fillon de 2004 a ainsi lancé l'inversion de la hiérarchie des normes honnie par les syndicats en autorisant les entreprises à s'affranchir par accord, et à certaines conditions toutes levées par la suite, des droits et garanties négociés au niveau de la branche.

En autorisant respectivement les ruptures conventionnelles et les accords de maintien dans l'emploi (AME), les lois Bertrand de 2008 et Sapin de 2013 ont pour leur part permis deux évolutions ultérieures du droit du travail : la création des ruptures conventionnelles collectives pour déroger à un plan social et

la possibilité de réduire ses salaires pour se développer à l'étranger.

Ironie de l'histoire, ces évolutions ont parfois permis aux syndicats de faire des tête-à-tête surprenants. Ainsi la loi Bertrand de 2008 autorisait, à titre expérimental, les entreprises à proposer des contrats de projet de trois ans à leurs seuls cadres et ingénieurs.

### Tabous levés à gauche

Une disposition approuvée par la CGT qui ressemble à une mesure des ordonnances Pénicaud à laquelle la centrale de Montreuil s'est opposée : le CDI de chantier étendu à d'autres branches que le BTP. Idem pour FO, passée de l'opposition franche à la loi travail en 2016 à la neutralité honteuse des ordonnances en 2017...

Quoi qu'il en soit, Emmanuel

Macron n'aurait pas pu proposer une réforme aussi profonde du code du travail si le terrain n'avait pas été labouré avant son élection. Et notamment par la loi El Khomri, qui a mis en 2016 au cœur du débat la nécessaire adaptation de la législation (le besoin de flexibilité des entreprises et de sécurisation des salariés...) et levé nombre de tabous (comme la peur à l'embauche des patrons) dans l'opinion, particulièrement à gauche.

Sans le vouloir, Myriam El Khomri a alors facilité la tâche du chef de l'État tout en affaiblissant la capacité d'opposition des syndicats... Jusqu'à aujourd'hui, et le conflit contre la réforme des retraites le démontre, la transformation sociale est toujours un processus lent, sinueux et imprévisible en France. ■



## 2. Indemnités prud'homales

Le « barème Macron » fixe le plancher et le plafond des indemnités que peut percevoir un salarié aux prud'hommes en cas de licenciement abusif, en fonction de son ancienneté.

## 3. RCC

La rupture conventionnelle collective, calquée sur la rupture conventionnelle individuelle mise en place en 2008 sous Sarkozy, vise à permettre à l'employeur de se séparer de salariés volontaires, en dehors de toute difficulté économique.

## 4. APC

L'accord de performance collective autorise l'employeur à modifier les conditions de travail des salariés (salaire, temps de travail...) sans avoir à justifier de difficulté économique. Son objectif est de permettre à l'entreprise d'anticiper des changements conjoncturels ou concurrentiels.

Nos référentiels sont bousculés car la loi bat en retraite au profit du dialogue social,

EMMANUELLE BARBARA  
ASSOCIÉE AUGUST & DEBOUZY

Les ordonnances ont facilité la vie des grandes entreprises, pas des petites,

ALEXANDRA SABBE-FERRI  
FONDATRICE DE SAGAN AVOCATS

Le bilan est plutôt positif, notamment du point de vue de l'employeur,

ANNA MILLERET-GODET  
AVOCATE COHEN & GRESSER



## ACCORD DE PERFORMANCE COLLECTIVE

### Un lent apprentissage

Pour le ministère du Travail, les résultats sont là : depuis leur création il y a deux ans par les ordonnances travail, 256 accords de performance collective (APC) ont été signés dans des entreprises. Il faut dire que les précédents dispositifs créés sous le quinquennat Hollande pour bâtir une « flexisécurité à la française », selon l'expression utilisée par le ministre du Travail d'alors, Michel Sapin, avaient fait un flop. Entre 2012 et 2017, seuls une quinzaine d'accords de maintien dans l'emploi (AME), de préservation ou de développement de l'emploi (APDE) ou de mobilité interne (AMI) ont finalement abouti. « Un véritable échec. Moi-même je n'en ai vu qu'un seul, un accord de mobilité qui finalement s'est transformé en plan de sauvegarde de l'emploi », confirme Anna Milleret-Godet, avocate chez Cohen & Gresser.

L'APC qui remplace les anciens accords doit apporter aux entreprises la souplesse nécessaire pour adapter leur fonctionnement à la conjoncture et à la concurrence.

Comme ses prédécesseurs, il permet en substance de modifier les conditions de travail, notamment les salaires (à la baisse), le temps ou le lieu de travail des salariés. Seule contrainte : obtenir l'accord de 50 % des syndicats en interne. Chez PSA, à Vesoul, en juin 2018, ils ont ainsi accepté d'allonger la durée hebdomadaire du travail de 35 heures à 37h45, soit 7,7 % de temps supplémentaire, pour une hausse de salaire de seulement 4,1 %. Mais si les syndicats signalent chez le constructeur automobile se sont félicités du compromis trouvé qui a permis de relancer l'activité sur le site, les APC restent encore largement controversés par les représentants des salariés, au niveau national, qui n'en voulaient pas.

Car contrairement à l'AME, l'employeur n'a plus besoin de justifier de difficultés économiques pour proposer les changements. « Cela veut dire que toutes les entreprises, quelle que soit leur situation, peuvent remettre en cause des clauses du contrat de travail des salariés », traduit Philippe Portier, de la CFDT. Aucune contrepartie chiffrée en termes d'emploi n'est obligatoire. « Sauver des emplois n'est même pas une condition à la mise en place des APC », assure Karen Gournay, de FO. Mais c'est surtout la durée de validité des accords de performance collective qui fait

bondir les syndicats. D'après l'étude réalisée par le cabinet de conseil en relations sociales Sextant, ils sont à durée... indéterminée dans 75 % des cas. « On est en droit de se demander si ces accords visent bien à redonner du souffle à l'entreprise en proie à des difficultés passagères ou si les employeurs l'utilisent comme un moyen de réduire les rémunérations et d'imposer des mobilités. Au final, soit le salarié accepte et ses conditions de travail sont revues à la baisse, soit il refuse et il est licencié », déplore Vanessa Jereb, de l'Unsa.

### Réduire les coûts

Détourné de son but initial, l'APC serait donc devenu l'outil parfait pour permettre aux employeurs de réduire leurs coûts salariaux. Anna Milleret-Godet ne le croit pas. « C'est plutôt un très bon outil d'anticipation », avec de « vrais garde-fous pour les salariés » puisque l'accord ne peut pas être mis en place sans l'aval de leurs représentants, rappelle l'avocate. L'APC peut donc tout à fait être l'occasion de négocier des contreparties intéressantes, comme la création d'un accord d'intéressement ou, comme à Vesoul, d'instaurer des primes et une majoration des heures supplémentaires.

Très laconique, le texte légal qui prévoit ces accords n'aide pas non plus les employeurs à s'emparer de l'outil. Plutôt que de se dire que ce type d'accord offre une grande liberté de négociation, ils préfèrent rester sur les schémas connus et tenter de rapprocher l'APC d'un plan de départs volontaires ou d'un accord sur le temps de travail pour contourner les 35 heures. « Pour le moment, ce qui devrait être un véritable outil de discussion sur la stratégie de l'entreprise avec les salariés sert plutôt de préalable à un plan social, et cela conforte les syndicats dans leur idée que ces accords sont toujours contre les salariés », regrette Emmanuelle Barbara, associée au cabinet August & Debouzy. ■ A.-H.P.

## RUPTURE CONVENTIONNELLE COLLECTIVE

### Les employeurs commencent à l'adopter

Ni plan social (PSE) ni plan de départ volontaire (PDV), la rupture conventionnelle collective (RCC) commence juste à décoller. Malgré une accélération depuis le début 2019, seules 200 procédures de RCC ont été amorcées à ce jour, dont 136 sont allées à leur terme (PSA, Carrefour, Caisse des dépôts...).

Inspirée de la rupture conventionnelle individuelle mise en place sous Nicolas Sarkozy et dont le succès - avec 3,75 millions de séparations validées depuis 2008 - ne se dément pas, elle vise à permettre aux entreprises de se séparer de salariés volontaires, sans avoir à justifier de difficultés économiques et avec l'accord de ses syndicats.

Lancée le 1<sup>er</sup> janvier 2018, sa première utilisation a été une très mauvaise publicité pour le nouvel outil. « Le premier effet s'est trouvé être au travers de l'affaire Pimkie, l'enseigne de vêtements, qui, dès le lendemain de la publication, commençait une RCC avec pour objectif la fermeture de sites (37 magasins, NDLR) », rappelle

Emmanuelle Barbara, associée au cabinet August & Debouzy. De quoi alimenter le ressentiment à l'égard des RCC en montrant qu'elle n'a d'avantage que pour les employeurs souhaitant réduire les effectifs en échappant aux contraintes d'un PSE... Bloquée par les syndicats, la RCC de Pimkie se transformera en plan social classique quelques mois plus tard.

### Pouvoir de négociation

« Ce n'était pas malin, d'autant plus que la RCC n'était pas l'outil adapté à la situation », assure Emmanuelle Barbara. Telle qu'elle a été présentée par le gouvernement, la RCC n'a en effet pas vocation à être une dernière forme de plan de licenciement allégué. « C'est plutôt un outil d'anticipation et de restructuration à froid. Pour moi, c'est une possibilité pour l'employeur de discuter avec les syndicats, dans le cadre d'un dialogue social de qualité, et d'éviter si l'on ne se réorganise pas maintenant d'aller plus tard vers une restructuration plus dure », affirme Anna Milleret-Godet, du

cabinet Cohen & Gresser.

L'objectif peut effectivement être la réduction des effectifs, mais une entreprise peut aussi proposer une RCC pour revoir sa pyramide des âges ou embaucher sur un autre site. « Cela suppose des mesures d'accompagnement intéressantes car sinon cela n'a aucune chance d'aboutir », prévient aussi l'avocate, qui rappelle que l'accord de 50 % au moins des syndicats est nécessaire.

« Si c'est bien fait, c'est vraiment la liberté », confirme Emmanuelle Barbara, pour qui les syndicats ont un vrai pouvoir de négociation pour ajouter des garanties dans l'accord. D'autant plus que la RCC interdit de procéder à des licenciements si le nombre de candidats au départ n'est au final pas suffisant. « Si vous devez atteindre un nombre précis de départs, que vous êtes face à des difficultés économiques et qu'il faut se réorganiser rapidement, ce n'est pas forcément le bon outil et les PSE et les PDV conservent tout leur intérêt », assure pour sa part Anna Milleret-Godet. ■ A.-H.P.

