

18 Décryptez la loi Travail et ses impacts sur les pratiques RH

Par Olivier Bach, avocat associé, Eole Avocats

La loi Travail, aussi dense que complexe, a fait couler beaucoup d'encre. Nous avons interviewé Olivier Bach, afin qu'il nous apporte son éclairage sur certaines dispositions qui prêtent à interrogation.

Validée pour l'essentiel par le Conseil Constitutionnel, la loi 2016-1088 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels est **entrée en vigueur** le 10 août 2016, au lendemain de sa publication au Journal officiel, à l'exception des dispositions nécessitant des décrets d'application et de celles expressément différées.

Cette loi a fait l'objet d'un commentaire dans notre Feuilleton rapide social 18/16 et d'un dossier pratique «Loi Travail», paru le 2 novembre 2016.

Certaines mesures de la loi sont **sujettes à interprétation**, essentiellement en matière de négociation collective (articulation entre les dates d'entrée en vigueur des accords majoritaires, règles de révision et de dénonciation d'un accord, accords de préservation et de développement de l'emploi, accords inter-entreprises), mais également en cas de transfert d'entreprise, de représentation du personnel et de santé au travail.

Nous avons soumis nos questions à Olivier Bach, avocat spécialisé en droit social.

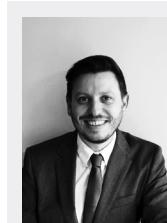
Accords majoritaires

Les nouvelles conditions de majorité des accords collectifs entrent en vigueur à des dates différentes selon les thèmes. Quelles conditions de validité doit-on appliquer à un accord collectif portant sur plusieurs thèmes ?

En prévoyant plusieurs dates d'entrée en vigueur (au 10 août 2016 ; au 1^{er} janvier 2017 ; au 1^{er} septembre 2019) selon les thèmes abordés, la loi ne facilite pas la tâche des DRH. Il faut, toutefois, faire preuve de **pragmatisme**, dans l'attente d'une clarification que j'espère voir arriver rapidement par le biais d'une circulaire DGT.

Ainsi, il me paraît opportun de «**déconnecter**» les thèmes en fonction de leur nature propre, laquelle influe sur la date d'entrée en vigueur des nouvelles dispositions. Si l'entreprise souhaite négocier un accord relatif à la durée et à l'aménagement du temps de travail, il est conseillé de le conclure en **totale autonomie**. Tout son contenu pourra ainsi s'appliquer selon les dispositions nouvelles, dès le 1^{er} janvier 2017.

Par exemple, dans le cadre de la **négociation annuelle obligatoire** (NAO), qui doit porter à la fois sur la durée du travail, et sur les salaires, je conseillerais aux entreprises de faire preuve de pédagogie en attirant l'attention des représentants des salariés sur la complexité à signer un accord commun à ces deux thèmes qui obéissent à des conditions de validité différentes et ainsi de privilégier la conclusion de deux accords, l'un sur la durée du travail, l'autre sur la rémunération.



Olivier Bach est avocat associé au sein du Cabinet Eole Avocats (anciennement Yramis Avocats) depuis 2005 et développe une spécialité en droit social (conseil et contentieux). Il a été précédemment collaborateur au sein du Cabinet Fromont Briens. Titulaire d'un DESS de Droit et relations sociales dans l'entreprise, il collabore régulièrement en qualité d'expert-formateur pour Francis Lefebvre Formation.

Toutefois, dans la mesure où il existe des imbrications entre ces deux notions, on peut également s'interroger sur le **périmètre de l'accord** sur la durée du travail. Doit-il inclure le régime des astreintes, le taux de majoration des heures supplémentaires ? Oui, selon moi, il convient d'entendre la durée du travail au sens large, avec ses conséquences en matière de rémunération.

On notera que, au final, la signature de deux accords pourrait aboutir à des **situations étranges**, à savoir que l'accord sur les salaires pourrait être valable, car signé par un syndicat minoritaire à plus de 30 %, alors que l'accord sur la durée du travail signé par ce même syndicat pourrait être invalidé par référendum.

S'agissant des accords de maintien dans l'emploi, la loi exclut l'application des nouvelles règles de validité (accord majoritaire, validation par la majorité des salariés) à ces accords à compter du 1^{er} septembre 2019. Est-ce à dire que ces règles ne leur seront jamais applicables ou qu'elles s'appliqueront dès la parution du décret précisant les conditions de consultation des salariés pour valider les accords non majoritaires ?

Pour moi, le texte est clair. Il **exclut** l'application, dans tous les cas, des nouvelles règles de validité issues de la loi aux accords de maintien de l'emploi. En effet, ces accords suivent un **régime totalement spécifique** et ne pourront jamais faire l'objet d'un référendum à l'initiative d'un syndicat.

Il en est de même des accords relatifs aux **plans de sauvegarde de l'emploi** qui restent régis par les règles antérieures (accord majoritaire, pas d'accord sans délégué syndical). Compte tenu de la gravité des enjeux dans cette situation, le législateur n'a sans doute pas souhaité étendre la voie du référendum, préférant laisser les prérogatives aux seuls syndicats représentatifs.

En définitive, la loi confère à ces accords atypiques une autonomie totale par rapport au droit « commun » des autres accords collectifs.

Accord de préservation ou de développement de l'emploi

La frontière entre maintien et préservation de l'emploi pouvant apparaître ténue, un employeur pourrait-il négocier un accord de préservation de l'emploi dans une situation de graves difficultés économiques conjoncturelles ?

En effet, la frontière est mince... Pourtant, une différence fondamentale réside dans l'exigence d'un contexte de graves difficultés économiques conjoncturelles pour conclure un accord de maintien dans l'emploi. Pour autant, « qui peut le plus peut le moins » ! Rien n'interdit à une entreprise de conclure un accord de préservation de l'emploi, alors même qu'elle va très mal.

D'ailleurs, plus globalement, on peut s'interroger sur l'intérêt pour les entreprises de conclure désormais des accords de maintien de l'emploi qui n'ont d'ailleurs jamais eu le succès escompté (très peu d'accords de ce type ont été signés à ce jour). En effet, ce dispositif n'est guère attractif, car contraignant pour l'employeur en ce qu'il doit justifier de graves difficultés économiques et pour les représentants des salariés en ce qu'ils doivent s'engager sur un accord pouvant aboutir à des baisses de salaire, fût-ce afin d'éviter des suppressions d'emploi.

Au contraire, les employeurs, même en cas de difficultés, ont tout intérêt à opter pour des accords de préservation de l'emploi, plus souples à négocier.

En tout état de cause, cette nouvelle catégorie d'accord nécessite un décret d'application. Il n'est donc pas encore possible d'en signer actuellement. Mais à noter qu'un projet de décret a été présenté à la Commission nationale de la négociation collective et que nous en attendons sa publication prochaine.

En cas de recours à un expert-comptable, quelles sont les modalités de sa désignation ?

L'expert-comptable pourrait être désigné par le comité d'entreprise, alors même que la négociation de l'accord a eu lieu avec des délégués syndicaux. C'est en tout cas l'analyse que j'en opère à date. Les partenaires ayant conduit la négociation n'étant pas, le cas échéant, à l'origine de la désignation, quelques tensions pourraient naître entre les instances... A suivre, en pratique.

Les accords doivent comporter un préambule indiquant notamment leurs objectifs en matière de préservation ou de développement de l'emploi : quel est le degré de précision ?

Les interrogations sur le « préambule » de ce type d'accord restent nombreuses. Ce qui est certain, c'est que l'absence de préambule entraîne la nullité de l'accord. Le législateur n'a pas pris le soin de préciser les conséquences de son insuffisance... La sécurité juridique impose, à mon sens, le plus de précisions possibles, notamment sur le plan quantitatif. Il ne faut pas s'exposer à la censure. En outre, on peut penser que plus le préambule sera précis sur les objectifs de préservation de l'emploi en termes qualitatifs et quantitatifs, plus les employeurs obtiendront la signature de l'accord par les représentants des salariés.

Il n'empêche qu'une circulaire administrative de la DGT, interprétant la question, serait encore ici la bienvenue.

A notre sens, l'accord devrait, outre les mentions déjà prévues par l'article L 2254-2 du Code du travail, également préciser son champ d'application, l'impact de ses clauses sur les contrats de travail des salariés visés et les modalités de sa sortie. Quelles autres clauses vous paraissent indispensables ?

Si les employeurs veulent favoriser la conclusion de ce type d'accord, les parties signataires pourraient prévoir, comme c'est obligatoirement le cas pour les accords de maintien dans l'emploi, une clause pénale due par l'employeur en cas de non-respect de ses engagements, notamment ceux de préservation de l'emploi définis dans le préambule. Ainsi, cette clause fixerait le montant et les modalités de versement des dommages et intérêts à verser aux salariés lésés.

L'articulation entre le « y compris en matière de rémunération » du premier alinéa de l'article L 2254-2 du Code du travail et le principe du maintien de la rémunération mensuelle contenu au 4^e alinéa du même article n'est pas évidente. Que comprendre ?

La loi prévoit que les dispositions de l'accord de préservation ou de développement de l'emploi se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail, y compris en matière de rémunération. Mais, le texte précise également que l'accord ne peut pas avoir pour effet de diminuer la rémunération mensuelle du salarié. Cette disposition reste nébuleuse... Elle traduit sans doute la volonté du législateur de rassurer les salariés et leurs représentants, en leur garantissant le maintien de leur salaire mensuel de base. En revanche, l'accord pourrait « jouer » sur les autres éléments du salaire n'ayant pas une périodicité mensuelle : prime semestrielle, 13^e mois, prime annuelle...

Espérons cependant que le décret d'application à paraître et devant préciser le salaire mensuel à considérer nous éclairera définitivement. Une position de l'administration est également souhaitable.

Accords interentreprises

Contrairement à la négociation de groupe, la loi n'indique pas que l'ensemble des négociations prévues par le Code du travail peut être engagé au niveau interentreprises. De même, aucune disposition ne dispense les entreprises d'engager leurs propres négociations obligatoires lorsqu'un accord de méthode est conclu au niveau interentreprises ou lorsqu'un accord portant sur le même thème a été conclu à ce niveau. Quelle conclusion en tirer quant aux thèmes ouverts à la négociation interentreprises ?

La loi Travail a créé un nouveau type d'accord : les accords interentreprises. Cette création « ex-nihilo » m'interroge... A la lecture de la loi, je constate que l'accord de niveau supérieur peut indiquer qu'il se substitue aux clauses des accords de niveau inférieur ayant le même objet. Ainsi, on pourrait penser que l'accord interentreprises pourrait préciser qu'il se substitue aux clauses portant sur un objet identique figurant dans les accords conclus au niveau de l'entreprise, ou même de l'établissement inscrit dans son périmètre. Certes, la loi ne précise pas, contrairement à la négociation de groupe, que l'ensemble des négociations prévues par le Code du travail peut être engagé au niveau interentreprises, mais l'« esprit » de la loi me conduit à l'assimilation.

Faut-il exclure d'engager les négociations obligatoires au niveau interentreprises ? Y compris au niveau d'une UES ?

Par prudence, et dans l'attente d'une meilleure appréhension de ces accords interentreprises, je continuerais à mener les négociations obligatoires au niveau usuel. En pratique, je ne suis pas certain de la pertinence de ce nouveau type d'accord. En effet, les hypothèses dans lesquelles plusieurs entreprises, sans liens capitalistiques ni ne s'inscrivant dans une unité économique et sociale (UES), auront la volonté de négocier un accord commun, me semblent rares.

Dans le silence de la loi sur l'articulation entre l'accord interentreprises et les accords de branche (ou accords professionnels) dont relèvent les entreprises concernées par l'accord, doit-on en déduire que cet accord peut déroger sans limite aux textes conventionnels de niveau supérieur ?

A mon sens, l'ordre public conventionnel s'imposera également aux accords interentreprises. Il convient de raisonner à l'identique de ce qui se pratique pour un accord d'entreprise ou d'UES. Telle paraît être la volonté du législateur.

Révision d'un accord de groupe

Dès lors que les syndicats habilités à engager la procédure de révision sont différents selon que le cycle électoral est en cours ou achevé, quel cycle retenir si la procédure de révision d'un accord de groupe est engagée et que les élections professionnelles n'ont pas eu lieu en même temps dans toutes les entreprises du groupe ?

La philosophie de la loi Travail s'inscrit dans une volonté de fluidification des règles relatives au dialogue social. A mon sens, la lecture doit être extensive et, même si les élections professionnelles n'ont pas eu lieu en même temps dans toutes les entreprises du groupe, j'appliquerais la règle « cycle électoral achevé », selon laquelle tout syndicat représentatif dans le champ d'application de l'accord peut initier le processus de révision. Ce sera le cas si la majorité des entreprises du groupe ont renouvelé leurs instances ou si les entreprises les ayant renouvelées représentent en termes d'effectifs plus de la majorité des salariés du groupe.

Dénonciation d'un accord

Les accords sont désormais conclus en principe pour 5 ans. Quelles sont les modalités de dénonciation des accords à durée déterminée ?

Je n'ai identifié aucune disposition spécifique régissant des modalités dédiées de dénonciation pour les accords à durée déterminée (sauf pour la notion de maintien de la rémunération conventionnelle : C. trav. art. L 2261-14). Face à ce constat, les règles de dénonciation s'appliqueront aussi bien aux accords à durée indéterminée qu'aux accords à durée déterminée. Le régime juridique sera identique. Dans l'intervalle de la durée prévue à l'accord ou de la durée maximale de cinq ans prévue par la loi, les mécanismes applicables à la dénonciation s'appliqueront de manière uniforme. A mon sens, le maintien de la rémunération conventionnelle à défaut de nouvel accord, in fine, s'appliquera.

Comment interpréter les dispositions du Code du travail qui remplacent le maintien des avantages individuels acquis par le maintien de la rémunération conventionnelle ?

A la lecture de l'étude d'impact de la loi, le seul maintien de la rémunération conventionnelle en lieu et place de celui des avantages individuels acquis vise, pour les salariés comme les entreprises concernés, à régler plus clairement les problématiques issues du constat de l'échec des négociations collectives suite à la mise en cause ou la dénonciation d'un accord collectif. Par exemple, dans l'hypothèse de la mise en cause suite à transfert d'entreprise, un cumul de la rémunération conventionnelle maintenue et des nouveaux avantages conventionnels acquis du fait de l'absorption pourrait s'envisager si et seulement si aucun accord de transition ou d'adaptation n'était conclu.

Transfert d'entreprise

Comment s'articulent les dispositions déjà existantes du Code du travail qui prévoient la négociation d'un accord de substitution après le transfert d'entreprise avec les nouvelles dispositions qui autorisent la négociation avant le transfert ?

Ces deux dispositions se complètent. En prévoyant la possibilité de négocier un accord de substitution avant le transfert de l'entreprise, la loi n'a fait que reconnaître légalement une pratique déjà existante, connue sous le nom de « pré-négociation ».

Il reste que, en cas de conclusion d'un accord de substitution avant le transfert, il ne devrait pas être possible de conclure un autre accord après la mise en cause.

Représentants du personnel

En cas de consultation à la fois du comité central d'entreprise et d'un ou plusieurs comités d'établissement, un accord peut définir l'ordre et les délais dans lesquels le CCE et le ou les comités d'établissement rendent et transmettent leurs avis. Pouvez-vous nous dire de quel type d'accord il s'agit ?

La loi ne précise malheureusement pas quel type d'accord permet de déterminer l'ordre et les délais de consultation. A mon sens, ce pourra être un accord collectif signé avec les syndicats représentatifs, dans l'hypothèse où il existe in situ un délégué syndical. A défaut, l'accord pourra être conclu avec la majorité des élus des comités d'établissement concernés, outre le comité central d'entreprise.

Santé en entreprise

La loi prévoit l'entrée en vigueur des mesures sur la médecine du travail et l'inaptitude à la date de publication des décrets d'application et, au plus tard, le 1^{er} janvier 2017. Quid si le décret sur la médecine du travail est publié après le 1^{er} janvier 2017 ?

133 décrets d'application sont attendus pour une mise en œuvre complète de la nouvelle loi Travail. On nous annonçait une publication rapide. Octobre devait voir de nombreux textes publiés au JO. Au 10 novembre 2017, rien ou quasiment rien n'a été fait... A mon sens, le décret sur la médecine du travail sera publié dans l'intervalle d'ici au 1^{er} janvier 2017 (et, plus probablement, entre le 15 et le 31 décembre, comme la plupart des décrets devant être publiés avant 2017).

J'avoue toutefois avoir du mal à répondre à cette question sur laquelle je ne veux pas me pencher, car je ne peux pas imaginer

que les pouvoirs publics ne respectent pas leurs propres engagements. Il en va de leur responsabilité. Le décret sera donc publié. Il est sûr qu'à défaut un véritable casse-tête juridique se posera, car les seules dispositions légales sur la médecine du travail ne suffisent pas pour qu'elle soient applicables en l'état.

En matière d'inaptitude, beaucoup de mesures n'ont pas besoin de décrets d'application. Sont-elles d'ores et déjà applicables ?

Par prudence, je répondrais qu'il convient de raisonner au travers du prisme de la protection du salarié (il s'agit de sa santé), comme serait susceptible de le faire un juge prud'homal. Dès lors qu'un texte est sujet à un doute ou une incertitude, j'incite toujours les employeurs, pour éviter tout risque contentieux, à appliquer ce qui va dans le sens du plus favorable au salarié.

Ainsi, par exemple, bien que la dispense de recherche de reclassement soit étendue à la maladie professionnelle, je conseillerais quand même aux employeurs, en cas de dispense par le médecin du travail, de continuer, jusqu'au 31 décembre 2016, à faire comme auparavant et à rechercher quand même un reclassement, du fait de l'incertitude entourant la date d'entrée en vigueur de cette mesure.

A l'inverse, j'appliquerais d'ores et déjà aux salariés dont la maladie n'est pas d'origine professionnelle les règles de consul-

tation des délégués du personnel sur le reclassement et de notification par écrit au salarié de l'impossibilité de le reclasser. La volonté du législateur étant de protéger au maximum les intérêts du salarié, c'est dans cette logique qu'il convient de raisonner pour chaque item concerné. Je le redis : la prudence est de mise.

Décryptez la loi « travail » : formation FLF/ EFL

Le 29 novembre 2016, aux salons Hoche (75008 Paris), Francis Lefebvre Formation organise, en partenariat avec les Editions Francis Lefebvre, une formation consacrée aux impacts de la loi Travail sur les pratiques RH. Coanimée par Maître Olivier Bach et Pascale Perez de Arce (chef de rubrique sociale, Editions Francis Lefebvre), cette session sera l'occasion de faire le point, dans une approche pragmatique, sur les mesures introduites par la loi du 8 août 2016, pour sécuriser les pratiques des entreprises, notamment en RH, au regard de leurs nouvelles obligations. Inscriptions sur le site www.flf.fr / Droit social – GRH / Actualité
