

VERS UN NOUVEAU DROIT DU TRAVAIL

I / L'ÉVOLUTION DU DROIT

Les ordonnances du 22 septembre 2017 accélèrent le processus.

■ **Elles stabilisent le rôle de la branche sur des domaines précis en dehors desquels s'applique la pleine compétence de principe des accords d'entreprise.**

■ Elles fusionnent unilatéralement et impérativement, dans un délai d'application rapproché, les IRP pour l'ensemble des entreprises avec des dispositions spécifiques concernant le dialogue social au sein des TPE. Sans constituer une réforme d'ensemble du contrat de travail, elles modifient des dispositions sur les motifs et la motivation des ruptures et sur les barèmes des indemnités dues en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse.

■ Elles aménagent sur le fond et dans le temps les règles concernant la pénibilité, le mot sinon la réalité disparaissant à cette occasion du code. Si d'autres réformes sont annoncées au printemps 2018 sur l'assurance-chômage, l'apprentissage et la formation professionnelle, ces ordonnances tendent à une stabilisation du droit du travail avec la volonté affirmée d'en finir avec des réformes successives et ponctuelles. Dans cette logique, la commission de réforme du code prévue par la loi du 8 août 2016 est supprimée.

■ **Tranchant la question de la soumission du contrat individuel de travail à l'accord collectif, l'article 3 de l'ordonnance n° 2017-1385 précise que les stipulations de l'accord se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail, y compris en matière de rémunération, de durée du travail et de mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise (C. trav., art. L. 2254-2, III, modifié).** Finie la suspension des clauses contraires du contrat de travail ; la conséquence est plus radicale : c'est un échange standard. Reste la possibilité pour le salarié, dans un délai d'un mois, de refuser par écrit la modification de son contrat de travail résultant de l'application de cet accord.

II / LA HIÉRARCHIE DES NORMES AVANT MACRON

Les sources du droit du travail étaient multiples et hiérarchisées. Un texte de rang inférieur ne pouvait déroger à une disposition de rang supérieur sauf si elle prévoyait une situation plus favorable pour le salarié.

■ Il existait un principe fondamental en droit du travail selon lequel, en cas de conflit de normes, c'est la plus favorable au salarié qui devait recevoir application.

Un usage professionnel selon lequel l'assureur est en droit d'appliquer, dans certaines circonstances, des reprises de commissions ne peut pas faire obstacle à l'application d'une disposition claire et précise du contrat de travail, fixant le règlement des commissions, dans la mesure où il est moins favorable au salarié. (Cass. soc., 10 avr. 2002, n° 00-41.001 D - Sem. Soc. Lamy n° 1073 p.14).

Article L2251-1 du code du travail (ex art.L132-4) : " Une convention ou un accord peut comporter des stipulations plus favorables aux salariés que les dispositions légales en vigueur. Ils ne peuvent déroger aux dispositions qui revêtent un caractère d'ordre public".

Les sources de droit du travail étaient dans l'ordre hiérarchique:

LA CONSTITUTION

La constitution dans son préambule reprend la déclaration des droits de l'homme qui pose le principe du droit au travail, de la liberté syndicale et de l'exercice du droit de grève.

PRINCIPES CONTENUS DANS LE PRÉAMBULE DE LA CONSTITUTION

Les droits et libertés regardant le droit du travail, contenus dans la Constitution de 1958, sont les suivants : l'égalité professionnelle entre hommes et femmes ;

l'interdiction, dans les relations de travail, de toute discrimination en fonction des origines, des opinions ou des croyances ;

le devoir de travailler, le droit d'obtenir un emploi et, en cas d'incapacité de travailler, le droit d'obtenir de la collectivité des moyens d'existence convenables ;

le droit pour tout homme de défendre ses intérêts par l'action syndicale et d'adhérer au syndicat de son choix ; le droit de grève ;

la participation à la détermination collective des conditions de travail et à la gestion des entreprises, par l'intermédiaire des délégués des travailleurs ;

la formation professionnelle.

Portant atteinte à la liberté du travail, la clause d'exclusivité doit, pour être valable, être indispensable, justifiée et proportionnée au but recherché ; elle est inopposable aux salariés à temps partiel. (Cass. soc., 11 juill. 2000, pourvoi n° 98-43.240, arrêt n° 3333 FS-P - Jurisp.Soc.Lamy n°65 du 03/10/2000). Vu le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, les articles L. 120-2, [L1121-1], L. 212-4-2 [L3123-1 et L3123-2.] et L. 751-1 [L7313-1et suiv.] du code du travail, l'article 5 de l'accord interprofessionnel des VRP ;

Attendu que la clause par laquelle un salarié s'engage à consacrer l'exclusivité de son activité à un employeur porte atteinte à la liberté du travail ; qu'elle n'est valable que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise et si elle est justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché ; qu'il en résulte que la clause d'un contrat de travail par laquelle un salarié s'engage à travailler pour un employeur à titre exclusif et à temps partiel ne peut lui être opposée et lui interdire de se consacrer à temps complet à son activité professionnelle;

LA CONVENTION INTERNATIONALE

La convention internationale signée entre deux pays doit être ratifiée par le parlement (assemblée nationale et sénat). Elle se situe entre la constitution et les lois. Elle est supérieure aux lois, mais inférieure à la constitution.

La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales reçoit régulièrement application en droit français (ex arrêt de l'assemblée plénière de la cour de cassation du 6/11/98 Cah.Prud'homaux 99 n°2 page 30 et Cass. Soc. 18/11/98 Bull 99 V n°506).

L'article 34 de la Constitution de 1958 désigne de manière générale les matières qui ne relèvent que de la loi, et celles qui peuvent être traitées par décret, la loi ne dégageant que les principes fondamentaux. Le droit du travail, et le droit syndical entrent dans la seconde catégorie.

Le Code du travail a été mis en place par la loi n° 73-4 du 2 janvier 1973. Il contient, sous forme codifiée, la plus grande partie des lois et décrets intervenus en droit du travail.

Les articles de loi sont précédés de la lettre L. ;

Les articles résultant de décrets pris en Conseil d'Etat sont précédés de la lettre R. ;

Les articles résultant de décrets simples sont précédés de la lettre D.

Le Code du travail a fait l'objet d'une recodification intégrale qui est entrée en vigueur à compter le 1er mai 2008 (L. no 2008-67, 21 janv. 2008, JO 22 janv.).

LA LOI

Les textes votés par le parlement (assemblée nationale et sénat) sont promulgués par le président de la République puis publiés au Journal Officiel. On trouve ces textes codifiés dans le code du travail dans la partie législative: les articles L...

L'ORDONNANCE

Le parlement peut confier au gouvernement le soin de prendre des dispositions , ayant valeur de loi, par ordonnance. Ces ordonnances étant ensuite validées par le parlement.

LE RÈGLEMENT

Les dispositions prises par le gouvernement appelées "règlement d'administration publique" ou "décret en Conseil d'Etat" sont codifiées dans la partie réglementaire du code du travail: les articles R...

LE DÉCRET SIMPLE

Les dispositions prises par le gouvernement sous forme de décret simple sont codifiées dans le code du travail dans la partie des décrets simples: les articles D...

LA CONVENTION COLLECTIVE

Accord conclu entre un groupement d'employeurs (ou un employeur) et une ou plusieurs organisations syndicales représentatives de salariés, en vue de fixer en commun les conditions minima de travail, dans une profession ou dans une branche d'activité.

La convention simple ne s'applique qu'aux entreprises adhérentes à l'organisation patronale signataire de la convention collective.

La convention étendue s'applique à tous les salariés et tous les employeurs qui entrent dans le champ d'application de la convention collective. Une convention est étendue par arrêté du ministère du travail.

La mention d'une convention collective sur le bulletin de paie vaut reconnaissance de l'application de la convention collective à l'entreprise (Cass. Soc. 18/11/98 Dictionn. Perman. Social Jurisp. Soc. Commentée 98 page 82).

L'ACCORD D'ENTREPRISE

Le code du travail impose une négociation annuelle sur les salaires effectifs, la durée effective et l'organisation du travail dans les entreprises où sont constituées une ou plusieurs sections syndicales d'organisations représentatives. Les accords ainsi signés s'appliquent à tout le personnel.

Article L2242-1 du code du travail (ex art.132-27) : " Dans les entreprises où sont constituées une ou plusieurs sections syndicales d'organisations représentatives, l'employeur engage chaque année une négociation sur les matières prévues

par le présent chapitre.

A défaut d'une initiative de l'employeur depuis plus de douze mois suivant la précédente négociation, celle-ci s'engage obligatoirement à la demande d'une organisation syndicale représentative.

La demande de négociation formulée par l'organisation syndicale est transmise dans les huit jours par l'employeur aux autres organisations représentatives.

Dans les quinze jours qui suivent la demande formulée par une organisation syndicale, l'employeur convoque les parties à la négociation annuelle.

LE CONTRAT DE TRAVAIL

Le contrat de travail est la convention par laquelle un salarié met son activité au service d'un employeur. Le contrat fixe les conditions d'exécutions et de rémunération.

L'USAGE

Il s'agit d'une pratique professionnelle ancienne et constante qui est en vigueur dans une profession ou dans une région. Le code du travail consacre les usages en matière de préavis: le délai de préavis est fixé par les usages ou la convention collective: (en matière de démission; pour le licenciement d'un salarié ayant moins de 6 mois d'ancienneté).

Dénonciation d'un usage

Si un employeur peut dénoncer un usage d'entreprise, cette dénonciation n'est régulière que si elle est adressée, d'une part, aux représentants du personnel et, d'autre part, à chacun des salariés bénéficiaires de l'avantage. Elle doit par ailleurs être précédée d'un délai de préavis suffisant pour permettre l'ouverture de négociations.

La dénonciation par l'employeur d'un usage n'est opposable à l'ensemble des salariés concernés qu'autant qu'elle a été précédée d'une information donnée, en plus des salariés, aux représentants du personnel dans un délai permettant d'éventuelles négociations.

III / LES PRINCIPALES CARACTÉRISTIQUES DU NOUVEAU DROIT DU TRAVAIL

Les principaux textes qui ont modifié le Code du travail depuis le début des années 2000 sont:

- la loi du 4 mai 2004 visait les rapports entre les accords de branche et les accords d'entreprise ;
- la loi du 31 janvier 2007 visait la loi et ses rapports avec la négociation nationale interprofessionnelle ;
- la loi du 25 juin 2008 visait le contrat de travail et la rupture conventionnelle ;
- la loi du 20 août 2008 visait la représentativité syndicale et la négociation d'entreprise appliquée au temps de travail ;
- la loi du 14 juin 2013 visait la négociation d'entreprise appliquée aux plans de sauvegarde de l'emploi (PSE);
- la loi du 5 mars 2014 visait la représentativité patronale et la négociation appliquée à la formation professionnelle ;
- la loi de du 17 août 2015 visait les institutions représentatives du personnel (IRP) et la fusion de celles-ci par la voie d'accords ainsi que, dans une certaine mesure, les instances de gouvernance des entreprises ;
- la loi du 8 août 2016 visait le champ de la loi, le bloc de la négociation collective ainsi que les rapports entre ce bloc et le contrat de travail ;
- les ordonnances du 22 septembre 2017, prises sur le fondement de la loi d'habilitation du 15 septembre 2017.

Un nouveau droit du travail est en train de se construire, réformant en profondeur les principaux éléments constitutifs de l'architecture des relations de travail, tel le « bloc de la négociation collective ».

Ord. n° 2017-1385, 22 sept. 2017 , relative au renforcement de la négociation collective : JO 23 sept. 2017

Ord. n° 2017-1386, 22 sept. 2017 , relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales : JO 23 sept. 2017

Ord. n° 2017-1387, 22 sept. 2017 , relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail : JO 23 sept. 2017

Ord. n° 2017-1388, 22 sept. 2017 , portant diverses mesures relatives au cadre de la négociation collective : JO 23 sept. 2017

Ord. n° 2017-1389, 22 sept. 2017 , relative à la prévention et à la prise en compte des effets de l'exposition à certains facteurs de risques professionnels et au compte professionnel de prévention : JO 23 sept. 2017

Les principales caractéristiques de ce nouveau droit du travail sont les suivantes :

Un rééquilibrage entre les différentes sources du droit qui repose sur une inversion de la hiérarchie des normes. À une conception pyramidale du droit succède une architecture fondée sur la subsidiarité et la

définition du niveau de régulation adéquat en fonction de la matière traitée ;

la volonté de rapprocher le plus possible cette régulation du milieu du travail notamment par l'accord d'entreprise ou par des mécanismes de consultation des salariés. L'entreprise et la communauté de travail deviennent centrales.

INVERSION DE LA HIÉRARCHIE DES NORMES

Prévalence du contrat collectif d'entreprise sur le contrat individuel

Le Licenciement consécutif au refus est désormais fondé sur « une cause spécifique qui constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement

IV / LES MÉCANISMES DE CONSULTATION DES SALARIÉS

■ Entreprise de moins de 11 salariés. - Accord sur proposition unilatérale. -

Les entreprises dont l'effectif est inférieur à onze salariés et qui sont (comme c'est généralement le cas) dépourvues de délégués syndicaux peuvent désormais accéder à une forme de dialogue social.

L'employeur peut en effet, en application du nouvel article L. 2232-21 du Code du travail, proposer " un projet d'accord " sur les thèmes ouverts à la négociation collective.

Les salariés disposent, à compter de la présentation de ce projet, d'un délai de réflexion de quinze jours. À l'issue de celui-ci, s'il est " ratifié " à la majorité des deux tiers du personnel, il sera considéré comme un accord valide.

Les modalités de cette ratification par les salariés seront précisées par décret.

En conséquence, il profitera comme tous les contrats collectifs d'entreprise de la nouvelle prévalence sur la négociation de branche.

■ Entreprise comptant 11 à 20 salariés - Ratification d'un projet unilatéral. -

Lorsque l'entreprise franchit le seuil des onze salariés, mais qu'elle ne dépasse pas celui des vingt salariés, le dirigeant peut également proposer un projet d'accord à la collectivité des salariés à la condition qu'il n'y ait pas dans l'entreprise de membres élus du conseil social et économique (C. trav., art. L. 2232-23).

■ Entreprise de 11 à moins de 50 salariés - Négociation par un élu mandaté.

Dans les entreprises comptant entre 11 et moins de 50 salariés la négociation peut être conduite par un salarié mandaté par un syndicat représentatif de la branche ou, à défaut, par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives au niveau national et interprofessionnel.

Il est précisé qu'une même organisation ne peut mandater qu'un seul salarié. En revanche, il peut y avoir plusieurs négociateurs dès lors que plusieurs organisations syndicales qui y sont habilitées décident de mandater chacune un salarié.

En ce cas, " sa validité " suppose une majorité de suffrages exprimés par les salariés concernés.

Le législateur prévoit expressément qu'il peut s'agir d'un accord ou d'une convention portant sur tous les sujets ouverts à la négociation collective et que le contrat collectif peut être nouveau ou porter révision d'un précédent accord (C. trav. art. L. 2232-23-1, I, in fine). Dans ce cas encore, aucun dispositif relatif à la dénonciation n'est prévu.

■ Entreprise d'au moins 50 salariés - Détermination du négociateur.

Dans les entreprises comportant au moins cinquante salariés, le législateur reprend, assez largement, le dispositif ancien prévoyant une négociation par un élu et, à défaut, par un " simple " salarié mandaté.

Lorsque, dans l'entreprise, un comité social et économique existe, l'employeur doit faire connaître à ses membres, son intention de négocier par tous moyens permettant de lui conférer date certaine. Ces derniers disposent d'un mois pour faire connaître leur décision. Ils peuvent, pendant ce laps de temps, demander à être mandatés (ce qu'ils devront indiquer, dans ce même délai, à l'employeur).

Le dernier alinéa du nouvel article L. 2232-25-1 du Code du travail dispose qu'à l'issue de ce " délai, la négociation s'engage avec les salariés qui ont indiqué être mandatés par une organisation [syndicale représentative de branche] ou, à défaut, avec des salariés élus non mandatés, conformément à l'article L. 2232-25 ".

Dénonciation. Le législateur, s'il organise la révision et la conclusion dérogatoire, ne s'est, en revanche pas préoccupé de la dénonciation. Or, il serait utile que la collectivité des salariés puisse, par le truchement de ses élus ou des salariés mandatés, dénoncer une convention ou un accord collectif qu'elle estime contraire à ses intérêts.

Élus mandatés. La négociation peut, en premier lieu, être conduite avec un ou plusieurs membres du comité social et économique mandatés par " une ou plusieurs organisations syndicales représentatives dans la branche dont relève l'entreprise ou, à défaut, par une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives au niveau national et interprofessionnel " (C. trav., art. L. 2232-24, al. 1). S'il peut y avoir plusieurs salariés mandatés, chaque organisation syndicale ne peut en mandater qu'un seul. Un mandatement express est requis, ce qui ne laisse guère de place à un mandat apparent. Les organisations syndicales sont informées par l'employeur de sa décision d'engager des négociations, ce qui leur permet, si elles n'ont pas été déjà sollicitées par les salariés, d'éventuellement proposer un mandatement. Cette négociation peut porter sur l'ensemble des thèmes ouverts à la négociation collective. Elle permet de procéder à la conclusion d'une nouvelle convention ou d'un nouvel accord collectif ou à leur révision. L'entrée en vigueur de l'accord ou de la convention est subordonnée à une approbation par les salariés à la majorité de suffrages exprimés (dans des conditions qui doivent être déterminées par décret).

V / MODIFICATION DU LICENCIEMENT

L'ARTICLE 4 DE L'ORDONNANCE N° 2017-1387 ADOPTE DES MESURES PRÉVENTIVES, RECADRE LA PROCÉDURE INTERNE À L'ENTREPRISE, DIRIGE LE JUGE DANS SON APPRÉCIATION DU PRÉJUDICE SUBI.

Un formulaire type de lettre de licenciement

Les motifs énoncés dans la lettre de licenciement peuvent être précisés ou complétés

L'encadrement de l'indemnisation

La barémisation des dommages et intérêts

L'abaissement de l'ancienneté minimale pour l'indemnité de licenciement

La revalorisation du montant de l'indemnité de licenciement

La réduction du délai pour contester un licenciement

A / UN FORMULAIRE TYPE DE LETTRE DE LICENCIEMENT

L'article L. 1232-6 du Code du travail modifié par l'article 4 de l'ordonnance n° 2017-137, prévoit qu'un décret en Conseil d'État « fixe les modèles que l'employeur peut utiliser pour procéder à la notification du licenciement. Ces modèles rappellent en outre les droits et obligations de chaque partie ». Ils devront également être utilisés en cas de licenciement pour motif économique (C. trav., art. L. 1233-16 et L. 1233-42). Le but est de parvenir à une normalisation de la procédure, au besoin par l'emploi d'un formulaire type.

B / MOTIFS ÉNONCÉS DANS LA LETTRE DE LICENCIEMENT

L'article 4 de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 réécrit l'article L. 1235-2 du Code du travail s'attaquant ainsi à la jurisprudence Rogié Note 2 . Le texte de l'ordonnance initial (Ord. n° 3, 31 août 2017, art. 4) disposait que : « **Les motifs énoncés dans la lettre de licenciement (...) peuvent, après la notification de celle-ci, être précisés ou complétés, soit par l'employeur, soit à la demande du salarié, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État. La lettre de licenciement, complétée le cas échéant par l'employeur, fixe les limites du litige en ce qui concerne les motifs de licenciement. À défaut pour le salarié d'avoir formé auprès de l'employeur une demande en application de l'alinéa premier, l'irrégularité que constitue une insuffisance de motivation de la lettre de licenciement ne prive pas, à elle seule, le licenciement de cause réelle et sérieuse et ouvre droit à une indemnité qui ne peut excéder un mois de salaire** ».

Désormais : « les motifs énoncés dans la lettre de licenciement (...) peuvent, après la notification de celle-ci, **être précisés** par l'employeur soit à son initiative, soit à la demande du salarié, dans les conditions fixées par décret en Conseil d'État. La lettre de licenciement précisée le cas échéant par l'employeur, fixe les limites du litige en ce qui concerne les motifs de licenciement » L'énonciation de nouveaux motifs au cours de la procédure semble donc exclue. Les précisions sont apportées soit spontanément par l'employeur soit à la demande du salarié. Mais « préciser un motif » peut ouvrir d'assez larges possibilités que les juges devront circonscrire. Quant à la limite temporelle de ce droit, non plus à l'erreur, mais à la complétude, elle n'est pas indiquée, y compris dans la nouvelle version. Dans la mesure où il est rappelé que c'est la lettre de licenciement qui fixe les limites du litige, il est vraisemblable que cette précision doit intervenir avant l'engagement d'un contentieux. Mais quand ?

C / SANCTION EN CAS D'INSUFFISANCE DE MOTIVATION.

L'article L. 1235-2 du Code du travail nouvellement modifié distingue deux hypothèses : – si le salarié n'a pas formé auprès de l'employeur une demande de précision, l'irrégularité que constitue une insuffisance de motivation de la lettre de licenciement ne prive pas, à elle seule, le licenciement de cause réelle et sérieuse. Ceci suppose donc une initiative du salarié. Ici, la jurisprudence Rogié Note 4 est écartée et la sanction sera celle d'une irrégularité de forme : une indemnité qui ne peut excéder un mois de salaire ; – dans l'hypothèse inverse, il est sans doute possible d'admettre, qu'en présence d'une demande de précision du salarié, l'absence ou l'insuffisance de réponse de l'employeur fait présumer un défaut de cause réelle et sérieuse. C'est donc le salarié qui a la main sur ce point et il est à craindre que les demandes de précision deviennent systématiques réintroduisant la jurisprudence Rogié et ôtant une bonne part de son intérêt à cette tentative d'évolution. Le texte enfin rappelle que la sanction des irrégularités formelles est une indemnité maximale d'un mois de salaire sauf hypothèse où le licenciement est sans cause réelle et sérieuse. Le préjudice est dans ce dernier cas réparé par l'indemnité allouée pour irrégularité de fond. Rien ne change.

D / PROCÉDURE JUDICIAIRE

Évaluation du préjudice en cas pluralité de motifs de licenciement. - Le nouvel article L. 1235-2-1 du Code du travail dispose « qu'en cas de pluralité de motifs de licenciement, si l'un des griefs reprochés au salarié porte atteinte à une liberté ou à un droit fondamental, la nullité encourue de la rupture ne dispense pas le juge d'examiner l'ensemble des griefs énoncés, pour en tenir compte, le cas échéant, dans l'évaluation de l'indemnité à allouer au salarié, sans préjudice des dispositions de l'article L. 1235-3-1 ». L'ordonnance n° 2017-1387, dans son article 4, va ici à l'encontre de la position de la Cour de cassation pour laquelle le grief de l'atteinte à une liberté fondamentale empêchait l'employeur de se prévaloir d'autres motifs Note 5 . Est-ce à dire que la prise en compte des autres griefs pourrait remettre en cause la sanction de la nullité du licenciement ? Certes non. La nullité est toujours encourue. En revanche, un tel examen peut impacter l'évaluation de l'indemnité allouée, dans le respect cependant du minimum posé par l'ordonnance, c'est-à-dire 6 mois de salaire.

E / DÉLAI DE RECOURS . - L'article 6 de l'ordonnance n° 2017-1387 réduit le délai de recours de deux ans à un an, en cas de rupture du contrat de travail : « Toute action portant sur la rupture du contrat de travail se prescrit par 12 mois à compter de la notification de la rupture » (C. trav., art. L. 1471-1, modifié). Le délai d'action se trouve ainsi aligné sur celui retenu en matière de licenciement pour motif économique (C. trav., art. L. 1235-7, modifié par Ord. n° 2017-1387, 22 sept. 2017, art. 6).

F / L'ENCADREMENT DE L'INDEMNISATION

Encadrer le montant des dommages et intérêt dus en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, revoir l'indemnité de licenciement à la hausse, telles sont les deux orientations suivies.

1- La barémisation des dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse

11. - La question n'est pas neuve. La loi du 14 juin 2013 avait déjà réservé un traitement fiscal avantageux aux indemnités versées dans le cadre d'un accord trouvé devant le bureau de conciliation dès lors qu'elles ne dépassaient pas le barème retenu. Procédé incitatif qui n'a pas connu un grand succès ! La loi Macron du 6 août 2015 a introduit la possibilité pour le juge de prendre en compte un référentiel indicatif fixant le montant de l'indemnité de licenciement irrégulier susceptible d'être allouée, en fonction notamment de l'ancienneté, de l'âge et de la situation du demandeur par rapport à l'emploi Note 6 . Rappelons que le Conseil constitutionnel avait censuré l'article 266 de la loi Macron qui modifiait l'article L. 1235-3 du Code du travail qui prévoyait des minima et maxima d'indemnisation, exprimés en mois de salaires, variant en fonction, d'une part, de l'ancienneté du salarié dans l'entreprise et, d'autre part, des effectifs de l'entreprise, ce dernier critère ayant été considéré comme instituant, en méconnaissance du principe d'égalité devant la loi, une différence de traitement injustifiée Note 7 . Non repris par la loi du 8 août 2016, l'encadrement des dommages et intérêts fixés par le juge figure dans l'article 2 de l'ordonnance n° 2017-1387, au titre des dispositions relatives à la réparation du licenciement irrégulier ou sans cause réelle et sérieuse.

2 - Montants minimaux et maximaux. - En cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, le juge peut proposer la réintégration du salarié dans l'entreprise. Si l'une ou l'autre des parties refuse cette réintégration, le juge octroie une indemnité au salarié. Cette indemnité, à la charge de l'employeur est désormais fixée à un montant compris entre des montants minimaux et maximaux établis en fonction de l'ancienneté du salarié dans l'entreprise. Les montants minimaux sont différents selon que l'entreprise emploie habituellement moins de 11 salariés ou 11 salariés et plus (C. trav., art. L. 1235-3, modifié)

Ancienneté du salarié dans l'entreprise (années complètes)	Indemnité minimale (en mois de salaire brut) dans les entreprises de 11 salariés et plus	Indemnité minimale (en mois de salaire brut) dans les entreprises de moins de 11 salariés	Indemnité maximale (en mois de salaire brut)
0	Sans objet	Sans objet	1
1	1	0,5	2
2	3	0,5	3,5
3	3	1	4
4	3	1	5
5	3	1,5	6
6	3	1,5	7
7	3	2	8
8	3	2	8
9	3	2,5	9
10	3	2,5	10
11	3	3	10,5
12	3	3	11
13	3	3	11,5
14	3	3	12
15	3	3	13
16	3	3	13,5
17	3	3	14
18	3	3	14,5
19	3	3	15
20	3	3	15,5
21	3	3	16
22	3	3	16,5
23	3	3	17
24	3	3	17,5
25	3	3	18
26	3	3	18,5
27	3	3	19
28	3	3	19,5
29	3	3	20
30 et au-delà	3	3	20

VI / L'INDEMNITÉ LÉGALE DE LICENCIEMENT

Ancienneté. - L'article 39 de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 modifie l'article L. 1234-9 du Code du travail, pour abaisser l'ancienneté minimale dont doit disposer un salarié pour bénéficier d'indemnités de licenciement. Celle-ci passe ainsi de douze mois à huit mois.

Revalorisation du montant.

- Annoncé par le Gouvernement Note 17, le montant de l'indemnité légale de licenciement est revalorisé de 25 % pour les dix premières années d'ancienneté par décret du 25 septembre 2017 Note 18. L'indemnité de licenciement ne peut être inférieure aux montants suivants : - 1/4 de mois de salaire par année d'ancienneté pour les années jusqu'à dix ans [contre 1/5 de mois auparavant, soit une revalorisation de 25 %] ; - 1/3 de mois de salaire par année d'ancienneté pour les années à partir de dix ans [contre 2/15 auparavant] (C. trav., art. R. 1234-2, remplacé). Le décret ajuste les modalités de calcul du salaire de référence lorsque la durée de service du salarié dans l'entreprise est inférieure à douze mois. Dans ce dernier cas, le calcul de l'indemnité se fait au prorata du nombre de mois complets précédant le licenciement (C. trav., art. R. 1234-1 et R. 1234-4, modifiés). Ces dispositions sont applicables aux licenciements et mises à la retraite prononcés à partir du 27 septembre 2017 ainsi qu'aux ruptures conventionnelles conclues à partir de cette même date.

Évolution du droit

Le constat est qu'un nouveau droit du travail est progressivement en train de se construire. Ce nouveau droit s'attache à réformer en profondeur, sans les supprimer, les principaux éléments constitutifs de l'architecture de nos relations du travail. Il s'agit de la loi, du « bloc de la négociation collective » constitué par les accords nationaux interprofessionnels, les accords de branche, les accords d'entreprise, du contrat de travail, des

institutions représentatives du personnel et des instances de gouvernance de l'entreprise.

Une commission de spécialistes devait être constituée à cet effet pour réécrire progressivement de nouveaux pans du code du travail. (la commission de réforme du code prévue par la loi du 8 août 2016 est supprimée) Les ordonnances du 22 septembre 2017 accélèrent le processus et ont un champ plus large. Elles stabilisent le rôle de la branche sur des domaines précis en dehors desquels s'applique la pleine compétence de principe des accords d'entreprise. Par ailleurs, elles fusionnent unilatéralement et impérativement, dans un délai d'application rapproché, les IRP pour l'ensemble des entreprises avec des dispositions spécifiques concernant le dialogue social au sein des TPE.

D'autres réformes sont annoncées au printemps 2018 sur l'assurance-chômage, l'apprentissage et la formation professionnelle.

Les principales caractéristiques de ce nouveau droit du travail sont les suivantes :

Un rééquilibrage entre les différentes sources du droit qui repose sur une **répartition claire entre ce qui relève de la loi, de la négociation et du contrat**. À une conception pyramidale du droit succède une architecture fondée sur la subsidiarité

Le souci de rompre avec une évolution du droit du travail qui devenait de plus en plus procédural et contentieux. Les procédures et les contentieux servent à garantir les droits et la validité des accords collectifs. Ils ne sont pas un point central autour duquel s'organisent toutes les relations du travail. La refonte des IRP et de leurs modes de consultation ainsi qu'un cadrage des règles de fond et de délais des recours contentieux s'inscrivent dans cette logique ;

La construction de ce nouveau droit du travail n'est pas définitivement achevée.

Si les ordonnances confèrent davantage de place à la négociation collective, elles instituent en même temps, notamment, dans les TPE des dispositifs de démocratie directe qui font abstraction des acteurs naturels de cette négociation que sont les syndicats représentatifs.

Si par la place centrale donnée aux accords d'entreprise la loi du 8 août 2016 et les ordonnances du 22 septembre 2017 s'attachent à développer une régulation de proximité la plus proche possible du milieu du travail, en même temps la constitution d'une nouvelle IRP avec le comité social et économique conduit insensiblement à faire remonter le dialogue social au niveau des centres de décision des entreprises.

Le rôle du juge est encadré, notamment par la barémisation impérative des indemnités dues en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse.

C'est un moyen d'amorcer du dialogue social dans des entreprises sans représentation des salariés, notamment dans les TPE, non un moyen de refuser le principe même de la légitimité des syndicats sans lesquels la négociation, seul moyen d'engager une réforme profonde du code, deviendrait vite une coquille vide.

La place des accords et conventions de branche est sensiblement affaiblie au profit des conventions et accords collectifs d'entreprise. Ces derniers l'emportent aussi, dans certains cas, sur les contrats de travail. Leur conclusion est facilitée grâce à la modification du régime du référendum et de la négociation dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux.